





Moreno 1580 - S2000DLF - Rosario  
Telefax 0341-4267301/2  
República Argentina  
editorial@editorialjuris.com  
libreria@editorialjuris.com  
www.editorialjuris.com

Esta edición se terminó de imprimir  
en agosto de 2021

Hecho el depósito que marca la ley 11.723.  
Derechos reservados  
Prohibida su reproducción total o parcial.

Impreso en Argentina  
Printed in Argentina

edición rústica

ISBN 978-950-817-443-7

Molina, Marcelo José

Un tiempito para tus derechos entre un mate y un café / Marcelo José Molina ; Ilustrado por Jorge Molina ; Prólogo de Mario Chaumet ; Andrea Meroi. - 1a ed - Rosario : Juris, 2021.

480 p. : il. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-950-817-443-7

1. Derecho de Familia . 2. Violencia Familiar. 3. Derecho a la Salud. I. Molina, Jorge, ilus. II. Chaumet, Mario, prolog. III. Meroi, Andrea, prolog. IV. Título.  
CDD 346.015

*Marcelo José Molina*

# **UN TIEMPITO PARA TUS DERECHOS**

entre un mate y un café

Los derechos de las familias, de las personas y de la niñez. El matrimonio: impedimentos, divorcio, nulidad, bienes. Las uniones convivenciales. La compensación económica. El parentesco. La filiación por la naturaleza y por las técnicas humanas de reproducción asistida. La adopción. La responsabilidad parental, cuidado personal compartido y unilateral. La cuota alimentaria. La debida comunicación con los hijos. La tutela. La salud mental, restricciones y declaración de incapacidad. Sistema de apoyos y curadores. Las internaciones involuntarias. La violencia familiar y la violencia de género. Protección de la vivienda.





*A Agustín y Ana, por enseñarme a ser papá, día tras día;*

*A Julieta, por estos más de treinta años de caminar juntos la vida;*

*A mis padres Chola y Pepito, a mi hermano Jorge y a Violeta, mi sobrina;  
a mis abuelos Pepe, Laura, Rosa y Chenko, y a mi familia toda;*

*A mis amigos, a mis amigas, de todos mis tiempos;*

*A todas las personas que me han permitido asomarme  
a un derecho palpable y humano;*

*A los tiempiteros y a quienes han colaborado, activamente,  
con la concreción de este proyecto*





## ÍNDICE

<b>Abreviaturas y referencias .....</b>	<b>23</b>
<b>Prólogo .....</b>	<b>25</b>
<b>Un tiempito para tus derechos.....</b>	<b>27</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>31</b>
1. Las palabras y el mundo jurídico .....	31
2. Las normas y su orden jerárquico .....	32
3. Las convenciones internacionales, los códigos y las leyes .....	34
4. Las normas procesales y las normas de fondo .....	35
5. El proceso judicial en el fuero de familia.....	36
6. Los fallos de los jueces .....	40
7. La estructura del poder judicial.....	41
8. Jurisdicción y competencia.....	43
9. Los casos que involucran a personas de distintos países .....	44
10. ¿Cómo llevamos todos estos conceptos a nuestra vida cotidiana? .....	45
<b>Capítulo I - Las personas.....</b>	<b>49</b>
1. Las personas y las familias.....	49
2. ¿Qué significa la palabra “capacidad” para el derecho?.....	50
3. ¿Cuáles son las personas incapaces de ejercer sus derechos?.....	51
4. Las niñas, niños, y adolescentes y su capacidad.....	51
4.1. Las personas menores de edad .....	53
4.1.1. ¿Todas las personas menores de edad están en la misma condición? .....	53
4.1.2. ¿Cómo ejercen sus derechos las personas menores de edad?.....	54
a) ¿Cuáles son esos actos permitidos? .....	54
b) Los adolescentes y las decisiones respecto del cuidado de su salud ....	55
b.1) Adolescentes menores de dieciséis años .....	55
b.2) Adolescentes mayores de dieciséis años .....	56
b.3) Las leyes especiales.....	57
4.1.3. ¿Cuándo se alcanza el ejercicio pleno de los derechos?.....	58
a) La mayoría de edad.....	58
b) La emancipación .....	58
b.1) ¿Qué no pueden hacer las personas emancipadas? .....	59

5. Las personas con discapacidades mentales.....	59
5.1. Las personas con discapacidades mentales en la vida cotidiana.....	60
5.1.1. Restricción a la capacidad.....	61
5.1.2. Declaración de incapacidad.....	62
5.1.3. El proceso judicial para restringir la capacidad de una persona y para declararla incapaz. Designación de apoyo y curador.....	62
a) ¿Quiénes pueden iniciarlo?.....	62
b) ¿Ante qué juez se inicia y cómo se desarrolla?.....	63
c) ¿Qué requisitos particulares tiene este juicio?.....	64
d) ¿Qué debe contener la sentencia y cuál es su alcance para las personas?.....	65
5.1.4. ¿Cómo afecta la sentencia a terceros? Los actos nulos.....	66
5.1.5. ¿Por qué se debe revisar periódicamente la sentencia?.....	67
5.1.6. ¿Cuándo cesa la restricción a la capacidad o la declaración de incapacidad?.....	68
5.2. Los inhabilitados.....	68
5.3. El tratamiento de la salud mental: la ley de salud mental.....	69
5.3.1. Las internaciones.....	70
a) Internaciones voluntarias.....	72
b) Internaciones involuntarias.....	72
b.1) Control judicial de legalidad de la internación involuntaria.....	75
5.4. Salud mental y sistema penal.....	76
6. Representación de las personas con incapacidad de ejercicio y asistencia de las personas con capacidad restringida o inhabilitadas.....	76
6.1. Representación de las personas con incapacidad de ejercicio y con restricciones a su capacidad.....	77
6.1.1. Los progenitores y la responsabilidad parental.....	78
6.1.2. La tutela.....	78
a) Los tutores.....	79
b) ¿Quiénes no pueden ser tutores?.....	80
c) ¿Quiénes están obligados a denunciar la situación de un niño, niña o adolescente que requiera la designación de tutores?.....	81
d) Tutores designados por los progenitores.....	82
e) Tutores nombrados por los jueces: la tutela dativa.....	83
f) Caso especial de los parientes guardadores o a quienes se les delegó el ejercicio de la responsabilidad parental.....	84
g) Caso especial del curador de una persona incapaz que tiene hijos menores.....	84
h) La tutela especial.....	84
h.1) Cuando hay conflicto de intereses.....	85
h.2) En función de los bienes de la persona menor de edad.....	86
h.3) En situaciones de urgencia.....	86



i) Otorgamiento de la tutela y designación de los tutores (discernimiento de la tutela) .....	87
j) Inventario y avalúo de los bienes recibidos .....	87
k) Ejercicio de la tutela.....	88
k.1) Actos prohibidos.....	88
k.2) Actos que requieren autorización judicial .....	89
k.3) Inversiones de bienes de la persona menor de edad.....	90
l) La retribución de los tutores .....	92
m) Cuentas de la tutela .....	93
n) Terminación de la tutela .....	95
ñ) Remoción de los tutores .....	96
6.1.3. Curatela .....	96
a) Funciones de los curadores .....	96
b) Los curadores.....	96
c) Normas que rigen a la curatela .....	97
d) Curatela de la persona condenada a pena privativa de la libertad de más de tres años .....	97
6.2. Asistencia .....	98
6.3. El Ministerio Público.....	98
6.3.1. Actuación en el ámbito judicial .....	99
a) Actuación complementaria.....	99
b) Actuación principal .....	99
6.3.2. Actuación en el ámbito extrajudicial .....	100
7. La asistencia jurídica directa: abogadas y abogados de niños, niñas y adolescentes .....	100
7.1. Los fundamentos normativos.....	101
7.2. ¿Cuándo corresponde su actuación? .....	102
7.3. ¿Quién paga los honorarios y gastos de los abogados de niñas, niños y adolescentes? .....	103
8. Las personas y los casos vinculados con países extranjeros .....	104
<b>Capítulo II - Los derechos de la niñez .....</b>	<b>105</b>
1. Algunos conceptos y distinciones preliminares.....	105
2. Las respuestas jurídicas a la problemática de la niñez .....	109
3. ¿Cuál es el concepto de niñas y niños? .....	112
4. El interés superior de los niños y de las niñas .....	112
5. El centro de vida .....	114
6. Los derechos de los niños.....	115
6.1. El derecho a la vida .....	116
6.2. El derecho a la dignidad y a la integridad personal .....	116
6.3. El derecho a la vida privada e intimidad familiar .....	117

6.4. El derecho a la identidad.....	117
6.5. El derecho a la familia de origen .....	118
6.6. El derecho a la salud.....	121
6.7. El derecho a la educación.....	122
6.8. El derecho a la libertad.....	124
6.9. El derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen.....	125
6.10. El derecho a ser escuchado y a la participación procesal.....	125
6.11. El derecho al nivel de vida .....	126
6.12. Deber de comunicar y de recepcionar denuncias .....	126
6.13. Los niños, niñas y adolescentes y las leyes penales .....	127
6.14. Otros derechos reconocidos y compromisos asumidos por nuestro país .....	129
7. El sistema de protección integral .....	131
7.1. Las medidas de protección integral y las medidas excepcionales.....	132
7.2. Las medidas de protección integral .....	133
7.3. Las medidas de protección excepcional.....	136
7.3.1. Finalidad .....	136
7.3.2. ¿Cuándo se pueden ordenar?.....	137
7.3.3. ¿Quién ordena la medida y la concreta? .....	138
7.3.4. ¿Cómo se hacen efectivas las medidas excepcionales? .....	138
a) Las familias de acogimiento o solidarias.....	140
b) Las instituciones .....	141
7.3.5. Plazo máximo de duración de una medida excepcional .....	141
7.3.6. ¿Qué sucede luego de concretada la medida? El control de legalidad .....	142
a) Control de legalidad formal .....	143
b) Control de razonabilidad .....	144
7.3.7. Finalización de la medida excepcional.....	144
a) Cese de la medida excepcional .....	145
b) Propuesta para una situación definitiva de los niños .....	146
8. Los tiempos de la niñez .....	146
<b>Capítulo III - El matrimonio .....</b>	<b>149</b>
1. Breves aclaraciones previas.....	149
2. El noviazgo.....	150
3. La boda .....	152
3.1. ¿Qué impide casarte?.....	152
3.1.1. Impedimentos que pueden posibilitar la nulidad del matrimonio ..	153
a) Impedimentos no dispensables ni convalidables.....	153
a.1) Vínculos de parentesco .....	153

a.2) Un matrimonio subsistente .....	154
a.3) Crimen.....	154
b) Impedimentos dispensables y convalidables.....	154
b.1) Edad .....	154
b.2) Salud mental .....	155
3.1.2. Impedimentos que no habilitan solicitar la nulidad el matrimonio.	155
3.2. ¿En qué consiste la oposición a la celebración del matrimonio? .....	155
3.2.1. Los motivos.....	155
3.2.2. ¿Quiénes pueden formular esa oposición? .....	156
3.2.3. ¿Cómo se tramita la oposición?.....	156
3.3. La celebración del matrimonio.....	157
3.3.1. La celebración ordinaria .....	157
3.3.2. Las modalidades de celebración extraordinarias.....	158
a) Matrimonio en artículo de muerte .....	159
b) Matrimonio a distancia .....	159
4. ¿Cuándo un matrimonio es un matrimonio y cuándo es un matrimonio inválido? Un contrapunto entre existencia y nulidad .....	160
4.1. Los requisitos para que un matrimonio sea matrimonio .....	161
4.2. La nulidad del matrimonio .....	161
4.2.1. Nulidad absoluta del matrimonio .....	162
4.2.2. Nulidad relativa del matrimonio .....	162
4.2.3. Los efectos de la nulidad: buena y mala fe .....	164
5. ¿Cómo se prueba el matrimonio? .....	166
6. Derechos y deberes de los cónyuges.....	168
7. La disolución del matrimonio .....	169
7.1. La muerte .....	169
7.2. Ausencia con presunción de fallecimiento.....	170
7.3. El divorcio.....	171
7.3.1. El inicio del trámite de divorcio. Propuesta reguladora de efectos .	171
7.3.2. Continuación del trámite .....	173
a) El dictado de sentencia de divorcio. Notificación. Inscripción en el registro civil .....	173
b) La presentación conjunta .....	174
c) La presentación unilateral .....	174
d) Homologación del convenio .....	175
7.4. La atribución de la vivienda familiar.....	176
7.4.1. Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar.	
El “canon locativo” .....	177
7.4.2. ¿Cuándo cesa la atribución? .....	178
7.5. ¿Qué es la compensación económica? .....	178
7.5.1. ¿Cómo puede establecerse y cuál es el plazo para reclamarla? .....	179
7.5.2. ¿En qué consiste la compensación económica? .....	180

7.5.3. ¿Cómo se determina la compensación? .....	181
8. El matrimonio y los casos vinculados con países extranjeros.....	181

#### **Capítulo IV - El régimen patrimonial del matrimonio..... 185**

1. Antes del matrimonio: las convenciones o acuerdos prematrimoniales .....	186
2. Los sistemas patrimoniales del matrimonio.....	187
2.1. ¿En qué momento se hace la opción por uno u otro sistema? ¿Puede luego modificarse? .....	188
2.2. Las disposiciones comunes a los dos regímenes patrimoniales.....	188
2.2.1. El deber de contribución a las cargas del hogar.....	189
2.2.2. Protección de la vivienda familiar.....	190
a) El asentimiento del otro cónyuge .....	190
b) La prohibición de ejecución de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio .....	192
2.2.3. Representación entre cónyuges .....	192
2.2.4. Responsabilidad solidaria de los cónyuges .....	193
2.2.5. Las cosas muebles no registrables.....	194
3. El régimen de comunidad.....	195
3.1. Si no se opta por el de separación, rige el de comunidad.....	195
3.2. Bienes propios y bienes gananciales.....	195
3.2.1. Dos datos importantísimos: las fechas de comienzo y de finalización del régimen de comunidad.....	196
a) ¿Cuál de las dos fechas tiene mayor peso? .....	197
3.2.2. Criterios para determinar si un bien es ganancial o es bien propio. 198	
a) La presunción de ganancialidad.....	198
b) Son propios los bienes que fueron adquiridos hasta la fecha del casamiento y gananciales los que se incorporaron después .....	198
c) Son siempre gananciales los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar .....	199
d) Los frutos y los productos.....	199
e) Las reglas que se saltan las fechas .....	201
e.1) Son propios los adquiridos a título gratuito: herencia, legado o donación.....	201
e.2) Los bienes que reemplazan a otros bienes .....	203
e.2.1) El trueque .....	203
e.2.2) La inversión del dinero .....	204
e.2.3) La adquisición de bienes mediante reinversión de otros bienes.....	205
e.2.4) Créditos o indemnizaciones.....	206
f) Las crías de los ganados.....	206
g) Las adquisiciones por un derecho “anterior a” que se concretan o regularizan “después de” .....	206

h) Los incrementos y las mejoras de los bienes .....	208
h.1) Mejoras sobre bienes propios o gananciales .....	208
h.2) Compra de partes indivisas .....	209
h.3) Las acciones de una sociedad .....	209
h.4) Derechos que se perfeccionan .....	210
i) Las cosas de uso personal, laboral o profesional .....	211
j) Las indemnizaciones por daño moral y físico.....	212
k) Derechos inherentes a las personas.....	212
l) Los derechos intelectuales.....	213
m) Indemnizaciones por muerte del otro cónyuge.....	214
3.2.3. La prueba del carácter propio .....	214
3.3. Las deudas de los cónyuges.....	215
3.3.1. La mirada externa: ¿sobre qué bienes puede cobrarse el acreedor? .....	216
3.3.2. La mirada interna: ¿quién debe soportar efectivamente esa deuda? Las recompensas.....	217
3.4. La gestión de los bienes de la comunidad.....	219
3.4.1. La libertad en la gestión de los bienes propios y el asentimiento del otro cónyuge respecto de la vivienda familiar .....	219
3.4.2. La gestión de los bienes gananciales y el asentimiento del otro cónyuge para disponer o gravar ciertos bienes .....	219
3.4.3. La gestión de los bienes adquiridos conjuntamente .....	222
3.4.4. Fraude entre cónyuges .....	223
3.4.5. Administración sin mandato expreso .....	224
3.4.6. Los contratos entre cónyuges.....	224
3.5. La disolución, liquidación y partición del régimen de comunidad .....	225
3.5.1. Extinción del régimen de comunidad .....	226
a) La muerte real y la muerte presunta .....	226
b) La nulidad del matrimonio y el divorcio .....	226
c) La separación de hecho.....	227
d) La separación judicial de bienes .....	228
3.5.2. La indivisión postcomunitaria.....	230
a) La indivisión postcomunitaria como consecuencia de una disolución por muerte. Indivisión hereditaria .....	230
b) La indivisión postcomunitaria en vida de ambos cónyuges .....	231
b.1) Obligación de informar y facultad de oponerse.....	232
b.2) Medidas urgentes que pueden solicitarse .....	232
b.3) Uso de los bienes indivisos .....	232
b.4) Frutos y rentas de los bienes indivisos.....	233
b.5) Las deudas: el pasivo.....	233
3.5.3. La liquidación de la comunidad .....	234
a) Determinación de las recompensas.....	235

b) Prueba de la recompensa .....	236
c) Monto de la recompensa .....	236
d) Liquidación.....	236
3.5.4. La partición de la comunidad.....	237
4. El régimen de separación de bienes.....	238

## **Capítulo V - Las uniones convivenciales..... 241**

1. Las uniones de hecho a las que se reconocen los efectos de las “uniones convivenciales” conforme al Código Civil y Comercial .....	241
1.1. Requisitos .....	243
2. Las otras uniones familiares de hecho .....	244
3. La prueba de la existencia de una unión convivencial. La registración .....	245
4. Los pactos de convivencia .....	246
4.1. Contenido de los pactos de convivencia .....	246
4.2. Modificación, rescisión y extinción .....	248
4.3. Efectos de los pactos de convivencia respecto de terceros.....	248
5. Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia .....	248
5.1. Los bienes.....	248
5.2. El régimen primario.....	249
5.2.1. El deber de asistencia .....	249
5.2.2. Contribución a los gastos del hogar.....	249
5.2.3. Responsabilidad por las deudas frente a terceros.....	250
5.2.4. Protección de la vivienda familiar.....	250
6. Cese de la convivencia.....	251
7. Los efectos del cese de la convivencia .....	252
7.1. Compensación económica .....	252
7.2. Atribución del uso de la vivienda familiar .....	253
7.2.1. Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes .....	254
7.3. Distribución de los bienes .....	255
8. Las uniones convivenciales y los casos vinculados con países extranjeros .....	258

## **Capítulo VI - El parentesco ..... 261**

1. ¿Qué es el parentesco? .....	261
2. ¿Cómo se origina el parentesco? Parentesco por naturaleza, por TRHA, por adopción y por afinidad .....	262
3. El árbol del parentesco.....	264
4. ¿Cómo se computan los grados?.....	265
5. Derechos y deberes de los parientes .....	267
5.1. Alimentos .....	267
5.2. Derecho de comunicación.....	267

<b>Capítulo VII - La filiación .....</b>	<b>269</b>
1. Introducción.....	269
1.1. Las tres fuentes de la filiación .....	269
1.2. Igualdad de efectos .....	270
1.3. Doble vínculo filiatorio .....	270
1.4. Algunos aspectos para tener especialmente en cuenta.....	271
1.4.1. El matrimonio igualitario .....	271
1.4.2. La identidad de género .....	272
1.4.3. Las técnicas de reproducción.....	273
2. La filiación por técnicas de reproducción humana asistida .....	274
2.1. La voluntad procreacional .....	274
2.2. El derecho a la información de las personas nacidas por TRHA con gametos de terceros .....	276
2.3. La gestación por sustitución o maternidad subrogada.....	277
2.4. ¿Qué sucede si fallece alguna de las personas que pretendían ser progenitores?.....	278
3. Determinación de la filiación.....	279
3.1. Determinación de la maternidad .....	279
3.2. Determinación de la filiación matrimonial .....	280
3.2.1. Presunción .....	280
3.2.2. Matrimonios homosexuales .....	281
3.2.3. Situaciones conflictivas.....	282
a) Situación especial en la separación de hecho.....	282
b) Matrimonios sucesivos .....	282
3.2.4 ¿Cómo queda determinada y se prueba la filiación matrimonial? ...	283
3.3. Determinación de la filiación extramatrimonial.....	283
3.3.1. El reconocimiento .....	283
a) ¿Cómo se hace el reconocimiento? .....	284
b) Notificación del reconocimiento .....	284
c) Características. Irrevocabilidad del reconocimiento .....	285
d) Reconocimiento del hijo por nacer.....	285
e) Reconocimiento del progenitor biológico en adopciones plenas .....	285
3.3.2. Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida...	286
3.3.3. La sentencia en juicio de filiación .....	286
4. Acciones de filiación .....	286
4.1. Características de las acciones de filiación .....	287
4.2. Inadmisibilidad de la demanda de impugnación de la filiación por TRHA ya sea matrimonial o extramatrimonial .....	288
4.3. Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial La impugnación previa.....	289
4.4. Las pruebas genéticas .....	289

4.4.1. ¿Con quiénes pueden realizarse las pruebas genéticas? .....	289
4.4.2. La negativa a someterse a las pruebas biológicas.....	290
4.4.3. Padre presunto fallecido .....	291
4.5. ¿Ante qué jueces tramita una acción de filiación? .....	291
4.6. Acción de reclamación de filiación .....	291
4.6.1. ¿Quién puede demandar y hasta cuándo? .....	291
4.6.2. ¿Qué sucede con la filiación por TRHA? .....	292
4.6.3. Reclamación de filiación matrimonial.....	292
4.6.4. Reclamación de filiación extramatrimonial .....	292
4.6.5. Casos en los que sólo está establecida la filiación materna. Actuación del registro civil. Inicio de la acción por el Ministerio Público.....	293
4.6.6. La posesión de estado .....	293
4.6.7. La convivencia.....	294
4.6.8. Alimentos provisorios .....	294
4.6.9. Daños y perjuicios.....	295
4.6.10. Acción del adoptado en adopción plena contra sus progenitores. ....	295
4.7. Acciones de impugnación de filiación .....	296
4.7.1. Impugnación de la maternidad.....	296
4.7.2. Impugnación de la filiación presumida por la ley .....	296
4.7.3. Acción de negación de filiación presumida por la ley.....	297
4.7.4. Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley .....	298
4.7.5. Impugnación del reconocimiento .....	299
a) Situación de la persona reconociente. La acción de nulidad del reconocimiento .....	300
5. La filiación y los casos vinculados con países extranjeros .....	301

## **Capítulo VIII - La adopción..... 305**

1. Adopción y filiación .....	306
2. La adopción: un derecho de los niños .....	307
2.1. ¿Cuál es el derecho, entonces, de quienes pretenden ser padres adoptivos?.....	308
3. La familia de origen .....	308
3.1. El derecho a conocer sus orígenes .....	309
3.1.1. ¿Cómo se gestiona este derecho? .....	311
4. ¿Quiénes pueden ser adoptados? .....	311
4.1. La adopción de una persona que ya ha sido adoptada .....	311
4.2. Las personas menores de edad .....	312
4.3. Las personas mayores de edad .....	313
4.4. Igualdad entre hermanos .....	313
5. ¿Quiénes pueden ser adoptantes?.....	313
5.1. Situación de las personas casadas o en unión convivencial .....	314



5.2. Situación de las personas divorciadas o cesada la unión convivencial.....	314
5.3. Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores .....	314
5.4. Adopción por los tutores.....	315
6. Los tipos de adopción.....	315
6.1. Adopción plena .....	315
6.1.1. ¿Cuándo los jueces pueden otorgar una adopción plena?.....	316
6.1.2. Subsistencia de vínculos con la familia de origen .....	317
6.2. Adopción simple.....	317
6.2.1. Efectos .....	317
6.2.2. Revocación.....	319
6.2.3. Creación de vínculos jurídicos con la familia del adoptante .....	320
6.2.4. Conversión .....	321
6.3. Adopción de integración .....	321
6.3.1. Efectos .....	322
6.3.2. Reglas específicas para la adopción de integración .....	322
6.3.3. Efecto retroactivo .....	323
6.3.4. Revocación.....	323
7. El proceso de adopción .....	323
7.1. La declaración de situación de adoptabilidad .....	324
7.1.1. Niños sin filiación establecida o cuyos padres fallecieron .....	325
7.1.2. Decisión voluntaria de los padres de dar en adopción .....	326
7.1.3. Medidas excepcionales sin resultados positivos.....	327
a) Plazo máximo de duración de una medida excepcional .....	328
b) El procedimiento posterior .....	329
7.2. La selección de la familia adoptiva .....	330
7.2.1. La prohibición de la selección directa por los progenitores.....	331
7.2.2. La guarda de hecho.....	332
a) Las eventuales excepciones y el rol de los jueces de familia .....	332
b) Particular situación de las familias solidarias o de acogida .....	333
7.2.3. El registro de adoptantes.....	335
a) Postulantes inscriptos y postulantes rechazados.....	336
b) Postulantes admitidos o inscriptos .....	337
c) Postulantes no admitidos.....	337
7.2.4. La selección de la nómina remitida por el registro de adoptantes ..	338
7.3. La guarda con fines de adopción.....	339
7.3.1. Plazo de la guarda .....	339
a) El “arrepentimiento” de la familia seleccionada. La “devolución” de los niños .....	340
7.3.2. Registración de guardas preadoptivas y de adopciones .....	341
7.4. El juicio de adopción .....	341
7.4.1. ¿Ante qué jueces tramita?.....	341
7.4.2. ¿Cuándo y quiénes lo pueden iniciar? .....	342

7.4.3. ¿Quiénes intervienen?.....	342
7.4.4. La sentencia de adopción .....	343
8. Nulidad de la adopción.....	343
8.1. Nulidades absolutas .....	344
8.2. Nulidades relativas .....	344
8.3. Efectos de la declaración de nulidad .....	345
9. Inscripción .....	345
10. El nombre y apellido de los hijos adoptivos .....	345
10.1. El nombre propio, nombre de pila, o prenombre .....	345
10.2. El apellido de los hijos adoptivos .....	346
11. La adopción internacional .....	347
12. Las adopciones y los casos vinculados con países extranjeros .....	349
<b>Capítulo IX - La responsabilidad parental .....</b>	<b>351</b>
1. Concepto legal de responsabilidad parental .....	351
2. Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental .....	353
2.1. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.....	353
2.2. ¿Quiénes son los titulares de la responsabilidad parental? .....	354
2.3. Vicisitudes en el ejercicio de la responsabilidad parental. Los desacuerdos reiterados.....	355
2.4. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental .....	356
2.5. Progenitores adolescentes .....	357
2.6. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores .....	358
3. Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales.....	360
3.1. Prohibición de malos tratos.....	360
3.2. Cuidado personal .....	361
3.2.1. Clases .....	361
3.2.2. Cuidado personal compartido .....	362
3.2.3. Cuidado personal unilateral.....	363
3.2.4. Deber de informar .....	363
3.2.5. Plan de parentalidad.....	364
3.2.6. Desacuerdos sobre el cuidado personal. Judicialización del conflicto.....	365
3.2.7. Otorgamiento de la guarda a un pariente .....	366
3.3. Alimentos.....	367
4. Deberes de los hijos .....	367
5. Progenitores e hijos afines .....	367
5.1. Delegación en el progenitor afín .....	368
5.2. Ejercicio conjunto con el progenitor afín.....	368

5.3. Alimentos a cargo del progenitor afín .....	368
6. Representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad.....	369
6.1. Los hijos menores de edad y los procesos judiciales.....	369
6.2. Los hijos menores de edad y los contratos.....	370
6.3. La administración de los bienes de los hijos menores de edad.....	370
6.4. Actos que necesitan autorización judicial .....	372
6.5. Obligación de realizar inventario.....	372
6.6. Pérdida de la administración .....	373
6.7. Rentas de los bienes de los hijos.....	373
7. Extinción de la responsabilidad parental.....	373
8. Privación y suspensión de la responsabilidad parental .....	375
8.1. Causales de privación de la responsabilidad parental.....	375
8.1.1. Causales que requieren una sentencia que declare la privación .....	376
8.1.2. Causales automáticas vinculadas a la violencia familiar y de género .....	377
8.1.3. La rehabilitación .....	380
8.2. Suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.....	380
9. Responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos .....	382
9.1. ¿Cuándo cesa la responsabilidad civil objetiva de los padres por los hechos dañosos de sus hijos? .....	383
9.2. Responsabilidad de los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, tutores o curadores .....	384
10. Restitución internacional de niños .....	385
10.1. Los convenios internacionales.....	387
10.1.1. Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay .....	387
10.1.2. Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores .....	389
10.1.3. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores .....	394
10.2. Casos en los que no hay convenios internacionales vigentes .....	398
11. La responsabilidad parental y otros casos vinculados a países extranjeros ..	399
<b>Capítulo X - Los alimentos .....</b>	<b>401</b>
1. Elementos comunes .....	401
1.1. ¿Qué debe cubrir la cuota alimentaria? .....	401
1.2. Alimentos ordinarios y extraordinarios .....	402
1.2.1. Los reclamos concretos de alimentos extraordinarios.....	404
1.2.2. ¿A cuánto asciende la contribución por alimentos extraordinarios? .....	404

1.3. Alimentos provisorios y definitivos .....	405
1.3.1. Los alimentos provisorios .....	406
1.4. ¿Desde cuándo se deben alimentos? .....	407
1.5. Forma de pago .....	407
1.5.1. Retención por la empleadora o por un tercero .....	408
1.6. ¿Qué sucede cuando no se paga la cuota alimentaria? .....	409
1.7. El proceso judicial.....	409
1.7.1. ¿Ante qué jueces se solicitan?.....	410
1.7.2. Revisión - Apelación.....	410
1.7.3. Mediación prejudicial obligatoria .....	410
1.7.4. Homologación de acuerdos .....	411
1.8. ¿Quién paga los gastos y honorarios de un juicio de alimentos?.....	412
1.9. La modificación de la cuota alimentaria .....	413
1.9.1. ¿Cómo se actualiza la cuota alimentaria?.....	414
1.9.2. ¿Cuándo se incrementa o disminuye la cuota alimentaria? .....	415
1.9.3. ¿Cómo es el juicio de adecuación o modificación de la cuota alimentaria? .....	416
1.10. Incumplimiento de las obligaciones alimentarias .....	416
1.10.1. ¿Cómo se reclaman los alimentos impagos? .....	417
1.10.2. Mecanismos para evitar el incumplimiento de las obligaciones alimentarias.....	419
a) Las normas penales .....	419
b) Registro de Deudores Alimentarios Morosos.....	419
1.11. Algunas particularidades muy importantes .....	420
2. Alimentos entre parientes .....	421
2.1. ¿Quiénes son los parientes que se deben alimentos? .....	421
2.2. ¿Qué se debe probar? .....	423
2.3. ¿Cuándo cesa la obligación alimentaria entre parientes? .....	423
2.4. Salud mental y discapacidad. Situaciones de vulnerabilidad .....	423
2.5. Los nietos.....	424
3. Alimentos en favor de los hijos bajo responsabilidad parental y desde los dieciocho a los veintiún años .....	424
3.1. ¿Cuánto se debe pagar por alimentos en favor de los hijos menores de veintiún años? .....	424
3.1.1. ¿Qué sucede con el alimentante que tiene varios hijos con distintas personas? .....	425
3.2 ¿Desde cuándo se adeudan esta clase de alimentos? .....	426
3.3. ¿Hasta cuándo se adeudan esta clase de alimentos? .....	426
3.3.1. ¿Se debe solicitar judicialmente el cese? .....	427
3.4. ¿Quiénes pueden reclamar estos alimentos? .....	427
3.4.1 Hijo entre dieciocho y veintiún años .....	427

3.4.2. Hijo mayor de edad que se capacita .....	428
3.4.3. Hijo no reconocido .....	429
3.5. Alimentos en favor de la mujer embarazada .....	429
3.6. Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores .....	430
3.7. Reclamo a ascendientes .....	430
3.8. ¿Debe pagar alimentos el cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro cónyuge o conviviente?.....	431
4. Alimentos entre cónyuges .....	432
4.1. Alimentos durante la convivencia y la separación de hecho .....	432
4.2. Alimentos posteriores al divorcio .....	433
4.3. ¿Cuándo cesa la obligación alimentaria entre cónyuges? .....	433
5. Alimentos entre convivientes .....	433
6. Algunos supuestos especiales .....	434
7. Reclamaciones en o desde el extranjero .....	435
<b>Capítulo XI - El derecho a la debida comunicación .....</b>	<b>437</b>
1. El derecho a la comunicación .....	437
2. Las personas involucradas .....	438
2.1. Las personas legitimadas para reclamar .....	439
2.1.1 La persona en situación de vulnerabilidad .....	439
2.1.2. Los parientes legitimados .....	440
2.1.3. Otras personas legitimadas .....	441
2.2. La persona obligada a permitir el contacto .....	441
3. Los distintos diseños de sistemas de comunicación .....	442
4. Los acuerdos privados .....	444
5. El proceso judicial para determinar el derecho a la comunicación .....	445
5.1. La pretensión ejercida por la persona en situación de vulnerabilidad .....	447
6. Los incumplimientos reiterados .....	448
6.1. El delito de impedimento u obstrucción de contacto .....	450
7. El derecho a la debida comunicación y los casos vinculados a países extranjeros.....	450
<b>Capítulo XII - Violencia de género y violencia familiar .....</b>	<b>451</b>
1. Diferencias entre violencia familiar y de género .....	451
2. La violencia contra las mujeres o violencia de género .....	454
2.1. Las definiciones de la ley .....	456
2.2. Tipos de violencia .....	456
2.2.1. Violencia física .....	456
2.2.2. Violencia psicológica .....	457

2.2.3. Violencia sexual .....	457
2.2.4. Violencia económica y patrimonial.....	458
2.2.5. Violencia simbólica .....	458
2.2.6. Violencia política.....	459
2.3. Las manifestaciones de la violencia contra la mujer .....	459
2.3.1. Violencia doméstica contra las mujeres .....	459
2.3.2. Violencia institucional contra las mujeres .....	460
2.3.3. Violencia laboral contra las mujeres .....	460
2.3.4. Violencia contra la libertad reproductiva.....	460
2.3.5. Violencia obstétrica .....	461
2.3.6. Violencia mediática contra las mujeres .....	462
2.3.7. Violencia contra las mujeres en el espacio público .....	462
2.3.8. Violencia pública-política contra las mujeres .....	462
2.4. El procedimiento .....	462
2.4.1. La denuncia.....	463
2.4.2. Jueces competentes.....	465
2.4.3. Medidas urgentes que pueden ser adoptadas .....	465
2.4.4. Continuidad del procedimiento. Prueba. Resolución. Recursos .....	467
3. La violencia doméstica o familiar .....	470

**Anexo - La protección de la vivienda.....** 473

1. La afectación del inmueble asiento de la vivienda .....	474
2. El inmueble afectado.....	474
3. Destino del inmueble y su habitación efectiva.....	475
4. El propietario constituyente.....	475
5. Los beneficiarios.....	476
6. ¿En qué consiste la protección? .....	476
7. Otros efectos.....	478
8. Desafectación y cancelación de la inscripción.....	478

## Abreviaturas, referencias y remisiones

### Abreviaturas

**CABA** - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**CCyC** – Código Civil y Comercial

**CEDAW** – Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

**CIDN** – Convención Internacional de los Derechos del Niño

**CN** – Constitución Nacional

### Referencias

**(706)** - artículo 706 del Código Civil y Comercial

**(434, a)** - inciso a del artículo 434 del Código Civil y Comercial

**(438, 1er p)** - primer párrafo del artículo 438 del Código Civil y Comercial

**(L. 26.061, 3)** - artículo 3 de la ley 26.061

**(L. 26.485, 3, d)** - inciso d del artículo 3 de la ley 26.485

**(CN, 14)** - artículo 14 de la Constitución Nacional.

### Remisiones dentro del libro

**(ver 7)** – Ver punto 7 del mismo capítulo

**(ver cap. X, 1.7.4)** – Ver el punto 1.7.4. del Capítulo X

**(ver cap. III, 7.3.2.a)** – Ver apartado a) del punto 7.3.2. del capítulo III





## Prólogo

Seamos sinceros: la consideración social hacia el mundo jurídico ha descendido a pisos bajísimos hoy en día. Seguramente, hay allí una conjunción de factores muy difíciles de discernir como la rusticidad de las prácticas tribunalicias, la demora en las respuestas jurisdiccionales, la sobredosis de información (y desinformación) mediática respecto de las causas judiciales, entre tantas otras, que socavan cada vez más esa imagen.

Una parte quizá pequeña de la incompreensión ciudadana respecto de aquello que hacemos abogados y jueces tiene que ver con nuestra resistencia y nuestra incapacidad de transmitir en términos llanos y asequibles a los “legos” (así llamamos los abogados a los “no abogados”) la razón de ser del derecho, su importancia social, su abrumadora presencia y cumplimiento en nuestras vidas y —entonces, recién entonces— los alcances, modos de acción, requisitos y tantos otros aspectos de su operatividad ante el conflicto.

Somos Andrea y Mario... abogados, profesores universitarios, compañeros y amigos de Marcelo José Molina, quien hoy añade a esa larga lista de actividades que tejen su hoja de vida aquella de “divulgador” y “gran contribuyente” a la invaluable tarea de hacer conocer el derecho y de hacerlo comprensible para todos y cada uno de los ciudadanos.

Desde ya, este libro no es una obra de divulgación cualquiera. Como ocurre con tantas profesiones, el derecho se maneja con un “tecnolecto”, un lenguaje plagado de expresiones que solo los “iniciados” (en este caso, “abogados”) pueden conocer y reconocer y que los hace, por esa misma razón, indispensables. Muy a la altura de estos tiempos, “Un tiempito para tus derechos” ha encontrado el tono y la medida para traducir esa jerigonza indescifrable al idioma de sus legítimos dueños: todas las personas tenemos “el derecho” de entender “el derecho”, ese instrumento irremplazable para la convivencia humana.

El ámbito elegido no es casual: nuestro autor sigue siendo, en mucho, aquel juez de familia comprometido con su vocación de crear las condiciones para la solución de esos especiales conflictos en los que se juega la persona misma (por ejemplo, en la discapacidad) o en los que estallan las relaciones personales de ese espacio tan cambiado y tan cambiante como el de “las familias”.

Difícilmente encontremos una rama del mundo jurídico que haya experimentado la vertiginosa conmoción de tantos y tan sólidos cimientos. A qué dudarlo, estamos ante un campo necesitado de difusión entre todos los ciudadanos, pero también de actualización permanente entre los propios

abogados. Y es que quienquiera que hoy supere los cuarenta años en la Argentina habrá sido testigo de transformaciones inimaginables en instituciones fuertemente atravesadas por “valores” y con alta emocionalidad: matrimonio, divorcio, filiación, mayoría de edad, vejez, salud mental, identidad de género, igualdad de género, violencias...

Precisamente por esa centralidad y alto impacto del derecho de las familias en nuestras vidas, resulta tan bienvenida esta obra, destinada a la noble misión de comunicar ese derecho a la sociedad en su conjunto. Se trata de una típica manifestación de aquello que —en un sentido muy universitario del término— denominamos “extensión”: una acción destinada a promover el desarrollo y a transferir el conocimiento y la cultura a la comunidad. En esta tarea, una expresión socialmente relevante será el uso que esta obra pueda tener en los establecimientos educativos y las muy diversas manifestaciones de la sociedad civil.

Esa transferencia de conocimiento es posible porque en el libro se hacen inteligibles unos conceptos de gran dificultad técnica (por ejemplo, “bien ganancial” o “curatela”) sin hacerles perder rigor y precisión en la traducción. En atención a los muchos repliegues del saber popular, esta obra también está destinada a desbaratar mitos y creencias muy extendidas (“los primos hermanos no se pueden casar”), emprendiendo una muy necesaria alfabetización jurídica.

Y bien, esta obra exhibe una nueva faceta de nuestro autor y suma una mueca más a la sonrisa de admiración que se nos dibuja cada vez que nos comparte alguna de sus iniciativas: la conmovedora colección de cuentos “Cuánto tiempo es un tiempito”, el guion de la homónima obra de teatro, su puesta en escena con la participación entusiasta de operadores reales convertidos en actores aficionados...

Ahora es el “tiempo” de “Un tiempito para tus derechos”. Ese “tiempito” que bien vale que vos, nosotros, todos, nos hagamos... porque ya se sabe, a nadie escapa la necesidad de tomar decisiones del ámbito personal y familiar, y nada mejor que estar informados para —al menos— tener la chance de tomar mejores decisiones.

Bienvenido, en suma, “Un tiempito para tus derechos”, un libro que nos ilusiona con una mirada menos despectiva y más complaciente hacia eso que —como bien dice Marcelo— tantos intentamos hacer, lo mejor que sabemos y podemos, todos los días.

*Rosario, julio de 2021.*

*Andrea A. Meroi – Mario E. Chaumet*

## Un tiempito para tus derechos

Mi nombre es Marcelo José Molina, rosarino, del barrio Refinería –en verdad se llama Las Malvinas- cincuentitantos años, padre, esposo, hijo, nieto, hermano, primo, amigo, conocido, ciudadano, alumno, docente, muy mal deportista; también ayudante de almacén, socio, compañero, hincha, bancario, delegado gremial, eterno estudiante de piano, escritor por afición, actor en borrador, tomador de cortados y compartidor de mesitas de bar, entre otras cosas más. Todo eso soy, aun respecto de aquello que he sido y de aquello que fui, ya que van conmigo.

Cursé mi primaria en la queridísima escuela Monseñor Agustín Boneo, de la Obra Don Orione. Luego, mi formación pasó por la universidad pública: hice mi secundaria en la Escuela Superior de Comercio y luego me recibí de abogado en la Facultad de Derecho, ambas de la Universidad Nacional de Rosario. Ah, ¡disculpame!, no te lo dije en el párrafo anterior, soy abogado.

¡Sí! ¡Abogado! Un abogado que es juez, agregó. Por cierto, estoy muy orgulloso de mi título y de mi función. (Quizá pienses que no tengo todos los patitos en fila y te entiendo, el ejercicio de la abogacía y la labor de los jueces no se encuentran entre las mejor ponderadas por la comunidad. Sin embargo, muy posiblemente tengas entre tus familiares, tus amigos, tus conocidos, personas que ejercen la abogacía o la función judicial y que no encajan en aquel concepto disvalioso. Pues bien, yo conozco a muchos, y puedo decirte que son la gran mayoría).

El derecho es mi pasión, pero no es mío. Tampoco es de los jueces, ni de los abogados, ni de ningún funcionario. El derecho es en tanto sea de la gente y para que eso se logre debe ser conocido por todos. Por ese sendero camina este librito.

Hace un tiempo publiqué un pequeño libro que se titula “¿Cuánto tiempo es un tiempito?” en el que recopilé vivencias que tuve en mis diez años de juez de familia, otras de los tribunales y finalmente algunas anécdotas que dejan entrever mi infancia y mi adolescencia (que, en definitiva, es donde podés hallar las bases de las decisiones de los jueces). El librito, al que se puede acceder gratuitamente en Internet, tiene ilustraciones de mi hermano Jorge Alberto Molina, distinguidísimo artista plástico cuya obra te espera si mirás con atención cuando camines por las calles de Rosario.

En 2019 y después de recorrer muchas localidades de la provincia de Santa Fe dando charlas para la comunidad en general con la excusa de presentar el librito, decidí escribir una obra de teatro -quizá una categoría demasiado pretenciosa a la vista del producto final- y ponerla en escena con la actuación de jueces, secretarías, prosecretarías, relatores y empleados del poder judicial rosarino



más un grupo de actrices y actores adolescentes. Se llamó “¿Cuánto tiempo es un tiempito? (teatro para debatir)” y la presentamos en cuatro oportunidades en Rosario, también en Santa Fe, Junín, Mar del Plata, San Martín y Pilar.

Con la pandemia decidimos subir a YouTube el video del estreno y con ese material fuimos ampliando las exhibiciones de la obra, lo que nos ha permitido llegar a distintos países de Latinoamérica.

Así, con el paso del tiempo, aquella idea de reflejar anécdotas tribunalicias en un librito se transformó en un proyecto pedagógico de divulgación de derechos.

Este libro se enmarca en ese proyecto.

Durante varios meses me senté a escribir, casi a mano alzada, acerca de los temas que decidí incluir como si estuviese dando una charla para la comunidad. Luego, chequeaba con libros de juristas destacados y con los fallos más recientes para abreviar las posibilidades de errores u omisiones. Esos textos básicos se los pasaba a tres **abogados** y una **abogada**, todos ellos muy jóvenes, que forman parte del Proyecto “El Tiempito” desde sus inicios y que están en la trinchera del fuero de familia: **Carolina Ferroni, Hernán Andrés Julián, Tomás Sosa Landeuix y Marco Pedraza**. Cuatro sabuesos que hurgaban los capítulos y anotaban en los márgenes opiniones y sugerencias, con especial atención a más y nuevos ejemplos, palabras dislocadas e interpretaciones escondidas. Unos días después, nos sentábamos a debatir y así lo hicimos capítulo por capítulo. Con las sugerencias que entendí pertinente incorporar, surgió un nuevo texto que fue puesto a revisión de otras dos abogadas tiempiteras: **Fania Calamante y Susana Novelli** quienes, con otra mirada, proponían nuevas observaciones al texto.

Una vez que el proyecto de libro estuvo completo imprimí varias copias y las puse a consideración de dos profesoras universitarias de derecho de familia, **Diana Brustia y Eliana González**, y de diez personas cuyo común denominador es no tener una relación directa con el derecho o con el ámbito forense: **Betiana Guerrini y Fabián Cavallotti**, comerciantes, **Matilde Dalmau**, antropóloga, **Julieta de Paul**, psicóloga, **Santiago Serrati**, periodista, **Nora Menegozzi** y **Daniel Exquibel**, empleados bancarios jubilados, **Sofía Ferrari-Gino**, nutricionista, **Emanuel Gardini**, actor, profesor y director de teatro y **María Eugenia Gabrielli**, fonoaudióloga.

Como te darás cuenta, con tantas personas que han brindado sus aportes para que este libro resultase accesible para toda la comunidad no es posible mantener la redacción en primera persona del singular. Así que, poco a poco, te irás encontrando con un “nosotros” que poco tiene que ver con el plural mayestático ni con ninguna motivación lingüística o de estilo.



Ahora bien, ¿**qué buscamos con este libro**? Bien, explicar algunos de los derechos que forman parte de nuestra vida familiar casi como si estuviésemos en una charla de café, pero sin abandonar una mirada técnica jurídica. Nos proponemos aclarar dudas y desmitificar algunas creencias instaladas en nuestra comunidad como “verdades jurídicas”. Desde ya que **no son consejos o recomendaciones para casos particulares**; para ello debés recurrir a profesionales del derecho y, en su caso, a profesionales del área de la salud o de las disciplinas que intervengan en los problemas familiares.

Las explicaciones están redactadas, claro está, desde mi mirada del derecho, a partir de aquella interpretación que considero más acertada. No vas a encontrar grandes definiciones ni medulosos conceptos, ni palabras en latín o con un vocabulario más cercano al medioevo que al siglo XXI, o al menos hemos hecho un enorme esfuerzo por evitarlo. Cada tanto haremos una excepción cuando los vocablos usados por la ley se alejan mucho del significado corriente que le damos a las mismas palabras, ya sea por ser distinto, más amplio o más restringido.

¿**Qué temas abarca el libro**? Si bien sabemos que el derecho en su conjunto -directa o indirectamente- impacta en la vida familiar, hemos elegido incluir solamente aspectos propios del **derecho de familia, de las personas, de la salud mental, de la niñez y de la violencia familiar y de género**. Ese recorte de temas lo proponemos al hilo de las materias que, en general, les son asignadas a **los juzgados de familia de nuestro país**, es decir, **el fuero de familia**, aun cuando en algunas provincias los mismos temas son abordados por distintos tipos de juzgados (de familia, civiles, de niñez, de violencia familiar, por ejemplo).

**Para quienes deseen o necesiten acudir directamente al texto de las leyes, hemos incluido algunas referencias** de modo tal que no obstaculicen ni interfieran en la lectura. Así, cuando entre paréntesis se señale un número, se relaciona con ese artículo del Código Civil y Comercial mientras que si se trata de otro tipo de norma (convenciones, tratados, constituciones, leyes) se indicará su nombre o número y el artículo respectivo. Por ejemplo: **(706)** refiere al artículo 706, **(434, a)** al inciso a) del artículo 434 y **(438, 1<sup>er</sup> p)** al primer párrafo del artículo 438, todos ellos del Código Civil y Comercial; mientras que **(L. 26.061, 3)** alude al artículo 3 de la ley 26.061, y **(CN, 14)** al artículo 14 de la Constitución Nacional.

La redacción sigue las normas comunes de la lengua española hablada en Argentina, en tanto es el idioma con el que se comunica la mayor parte de nuestra comunidad, sin perjuicio de resaltar las invisibilizaciones o exclusiones de género cuando la situación de invisibilización o exclusión así lo requiriese mediante el uso de las posibilidades que brinda nuestra lengua a tal fin.

También en pos de lograr una lectura más ágil hemos evitado incluir notas al pie o citas bibliográficas.

Esperamos haber alcanzado esos objetivos y, así, que encuentres justificado dispensarle un tiempito a la lectura de las siguientes líneas.

## Introducción

### 1. Las palabras y el mundo jurídico

¿Un libro de divulgación de derechos debería empezar con un concepto o definición de “derecho”? Puede ser. Pero no será este el caso.

Vamos a tratar de vislumbrar algunas ideas generales que nos permitan dibujar en nuestra cabeza una imagen más o menos fidedigna de aquello que el “derecho” es, al menos desde el cordón de la vereda y para nuestra vida cotidiana.

En los noticieros de la televisión escuchamos decir frases como “¡me someteré a lo que resuelva la justicia!, o “hicimos las denuncias del caso ahora la justicia tiene la palabra!”. También lo escuchás en tu casa: “¡mamá, no es justo, ahora le toca a ella lavar los platos!”, o “¡qué injusticia, unos tanto y otros tan poco!”.

Algunas de estas frases, a veces, se expresan de este modo: “¡no hay derecho, hacemos lo mismo y él gana más que yo!”. Sin embargo, difícilmente escuches a un grupo de personas enardecidas y angustiadas por una situación dolorosa que les ha tocado vivir, gritando “¡derecho, derecho, derecho!”, sino que lo harán clamando por “¡justicia, justicia, justicia!”.

Entre café y café, en un asado con amigos, en la radio, también se esgrimen afirmaciones como estas: “mi mamá está esperando que el director le firme la resolución y empieza a cobrar la pensión”, “¡las leyes están todas mal hechas!”, “hay una ordenanza que no permite abrir los sábados”, “¡todavía estoy esperando que me firmen el decreto!”. Cuando yo era chico era muy común escuchar “yo no hablo en pesos-ley, hablo en plata vieja”. Ante la muerte de una persona joven seguramente alguien dirá, “¡esto no respeta el orden natural!”, “¡va contra las leyes de la lógica!”, “¡es la ley de la vida!”.

Justicia, derecho, ley, orden, decreto, ordenanza, resolución, poder, son todas palabras que se usan en múltiples sentidos pero que, al menos intuimos, conviven en una misma familia.

Esos “múltiples sentidos” nos hablan de que no siempre son empleadas con un mismo significado. Así, “**justicia**” es usada como un valor -aquello que es justo o injusto- y **también como un sinónimo de “poder judicial”**, es decir, de aquellos que tienen en sus manos “hacer justicia” (claro está, como valor).

“**Derecho**” suele identificarse con “**la ley**” a tal punto que muchas personas consideran que el estudio del derecho importa una memorización tozuda de leyes. Sin embargo, en ciertas ocasiones se marcan diferencias. Un ejemplo: una



señora habita en una casa que es propiedad de su pareja con quien convive desde hace más de treinta años; la pareja fallece luego de una larga enfermedad; los herederos logran el desalojo de la señora y una vecina exclama “¡qué ley más injusta, ella tiene derecho a vivir allí, es su casa!”.

Bien, este juego de conceptos, de sus significados, de sus alcances y de sus consecuencias que en modo “casero” estamos describiendo, ha sido abordada por **la filosofía** y en especial por los **filósofos del derecho** en un debate que lleva siglos de existencia y que supera con creces mis posibilidades mínimas para dar cuenta de él. Sin embargo, vamos a acordar algunas aristas para entendernos.

Cuando en este libro hablamos de “**justicia**” lo hacemos en relación a un **valor** y si nos referimos a uno de los poderes del Estado utilizaremos “**el poder judicial**” o más puntualmente “**los jueces**”, en su caso.

Si decimos “**derecho**” vamos más allá de la “ley” y nos extendemos tanto a las **normas**, como a la **realidad social** y a los **valores** que se encuentran en juego en las relaciones humanas.

Los vocablos “**normas**”, “**normativa**”, “**legislación**”, los vamos a emplear como conceptos generales que comprenden tanto a los códigos y las leyes (que son las normas que emite el Congreso de la Nación o las Legislaturas provinciales), los decretos (aquellos que, en general, son dispuestos por el Presidente de la Nación, los Gobernadores y los Intendentes, por ejemplo), y las ordenanzas municipales.

Vamos a referirnos más detenidamente acerca de algunas de estas palabras.

## 2. Las normas y su orden jerárquico

Las normas no son todas iguales, algunas son más importantes que otras y, de ese modo, conforman un sistema que responde a un **orden jerárquico** en el que, las que están más abajo tienen que ser coherentes y no ir en contra de lo que ordenan las de más arriba.

Como estamos en un país federal tenemos un sistema normativo que rige en toda la Nación y un sistema normativo vigente en cada una de las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

En el tope de todos los sistemas, nacional y provincial, está la **Constitución Nacional**. A ella responden las Constituciones provinciales y de la CABA y todas las normas desde la más pequeña del más pequeño de los poblados hasta los códigos que dicta el Congreso de la Nación.

Nuestra **Constitución Nacional** ostenta una característica que la distingue muy





particularmente de otras: ha declarado que ciertos **Tratados Internacionales de Derechos Humanos** que nuestro país ha firmado tienen **jerarquía constitucional**, es decir también se encuentran al tope de la escala normativa. Los tratados y convenciones internacionales son acuerdos suscriptos por nuestro país con otros países del mundo que, en algunos casos, son alcanzados en el marco de organismos internacionales de los que somos miembros -la Organización de las Naciones Unidas o la Organización de los Estados Americanos, por ejemplo, y en otros son directamente suscriptos con otro Estado y otros Estados.

Los tratados de derechos humanos que tienen **jerarquía constitucional** son: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño” (CN 75, 22).

A ese elenco inicial de tratados y convenciones se les pueden sumar otros en tanto ello sea aprobado por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, es decir otros pactos internacionales pueden alcanzar la jerarquía constitucional. En ese sentido, se han incorporado: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al menos hasta julio de 2021 en que estamos redactando esta Introducción.

Bien, retomemos: por debajo de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vamos a encontrar al resto de los Tratados y Convenciones Internacionales, a las leyes del Congreso de la Nación y los decretos del poder ejecutivo nacional, a los que podríamos sumar las resoluciones y disposiciones administrativas entre otras normas de menor jerarquía. Entre esas convenciones internacionales entendemos pertinente destacar a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores que protege los derechos de las personas mayores de sesenta años y fuera aprobada por nuestro país en 2017.

En las provincias y en la CABA también vamos a tener un sistema normativo similar pero que está restringido al ámbito local de cada una de ellas. Así,



tendremos las Constituciones provinciales y de la CABA, las leyes que dictan sus Legislaturas y los decretos de los Gobernadores de las provincias y otras normas inferiores. Respecto de las municipalidades, comunas y otras localidades, cada Provincia instrumenta distintas estructuras mas, en general, hallaremos ordenanzas municipales y decretos de los intendentes o jefes locales.

### 3. Las convenciones internacionales, los códigos y las leyes

A medida que avances en la lectura de este libro vas a hallar, recurrentemente, algunas normas en particular que están íntimamente relacionadas con la vida familiar y con la vida personal.

En nuestra materia tienen una marcadísima importancia ciertas **convenciones internacionales** de esas que tienen jerarquía constitucional. Particularmente nos vamos a asir de la **Convención Internacional de los Derechos del Niño**, de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, también llamado Pacto de San José de Costa Rica, la **Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**, (CEDAW, por su sigla en inglés), y la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**.

Por su parte, las normas del **Código Civil y Comercial** serán el **eje principal** por donde se articulará este libro. Aquí debemos decir que los **Códigos** también son leyes pero ostentan la particularidad de ser un conjunto sistematizado de normas que rigen una misma materia. Así, tenemos el **Código Penal** que agrupa a las leyes penales, es decir, aquellas que tipifican delitos y establecen penas, el **Código Civil y Comercial** que es el que rige las relaciones entre particulares, las personas, el nombre, las familias, las obligaciones, los contratos, los derechos respecto de las cosas, las sucesiones, y existen otros códigos como el **Aeronáutico**, el **Aduanero**, y el de **Minería**.

Algunas **leyes nacionales** se relacionan íntimamente con la concreción de los derechos establecidos en las convenciones internacionales sobre derechos humanos, a punto tal que pueden ser consideradas “casi” una reglamentación de esos derechos. Sólo por mencionar algunas: “**la ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes**” (L. 26.061), “**la ley de salud mental**” (L. 26.657), “**la ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales**” (L. 26.485), entre otras, y sus reglamentaciones. Las provincias y la CABA cuentan también con leyes locales que reflejan esas normas nacionales, en algunos casos mediante simples adhesiones y en otros con ordenamientos propios elaborados en consonancia con la normativa nacional.



#### 4. Las normas procesales y las normas de fondo

En las series policiales estadounidenses habrás escuchado muchas veces la pregunta “¿el jurado ha llegado a un veredicto?” y ante la respuesta afirmativa habrás visto al presidente del jurado levantarse y leer un texto escrito en un papelito que dice más o menos así: “por el delito de homicidio en primer grado hallamos al acusado: ...”.

Aquí en argentina no lo llamamos homicidio en primero, segundo o tercer grado, sino que reciben otros nombres: homicidio simple, homicidio culposo, etcétera. Claro está que es necesario tener una norma que nos diga cuándo hay homicidio, cuándo es simple, cuándo es culposo, qué penas reciben, cuándo se agravan o se atenúan esas penas, entre otros aspectos. Pues bien, todo eso lo asume el **Código Penal**, aunque hay también algunas leyes penales por fuera de ese código como sucede con las leyes electorales que tipifican delitos para esa materia en particular. Allí vamos a encontrar el conjunto de normas que nos dicen cuándo una conducta es un delito y qué penas están previstas.

También habrás visto en series y en películas a una persona en una prisión diciéndole a otra: “hace treinta años que estoy preso, pero soy inocente”. Se trata de una persona a la que le aplicaron una pena de esas que está en el Código Penal y para ello debe haber habido alguien que la acusó de haber cometido un delito, alguien que lo defendió diciendo que era inocente y jueces que resolvieron declarándolo culpable. Todo ese camino, acusación, defensa, debate de las pruebas y finalmente la sentencia se encuentra regulado en el Código de Procedimientos en lo Penal.

Las normas que están en el Código Penal, en el ejemplo que estamos proponiendo, forman parte del **derecho de fondo**, al igual que las que están en el **Código Civil y Comercial** y en las leyes a las que hablamos en el punto anterior. Hay otras, claro está, como las normas laborales que están en la Ley de Contratos de Trabajo, las del Código de Minería, la ley de defensa del consumidor y muchísimas más.

Las normas que pautan el procedimiento -aquellas que trazan el camino a seguir para arribar a una sentencia- forman parte del **derecho de forma o derecho procesal**, por ejemplo, el **Código de Procedimientos Penal**, el **Código de Procedimientos Civil y Comercial**, el **Código de Procedimientos Laboral**.

En nuestro país, **las normas de fondo** las dicta el **Congreso de la Nación**, mientras que las **normas procesales** son competencia de las Provincias y de la CABA para sus respectivas jurisdicciones, aunque también vamos a tener códigos procesales federales que son los que rigen los procedimientos ante la justicia federal.

Respecto de los procedimientos en materia de derecho de familia, niñez, salud mental y violencia familiar y de género, algunas provincias los incluyen dentro de los códigos de procedimientos civiles y comerciales mientras que otras cuentan con códigos específicos como los casos de las provincias de Córdoba, Río Negro, Entre Ríos, Chaco, Formosa y Mendoza.

## 5. El proceso judicial en el fuero de familia

En el punto anterior nos hemos referido a ese sendero que debe transitarse para, en el ámbito del poder judicial, arribar al dictado de una sentencia.

Si bien lo podés pensar como un “trámite” hay muchas notas que nos van a permitir distinguir al “proceso judicial” de los “trámites administrativos”. Cuando vos tenés que gestionar la habilitación de un kiosco u obtener la licencia de conductor, por ejemplo, vas a ir al organismo municipal que corresponda y vas a iniciar una gestión llenando formularios y siguiendo luego una serie de pasos hasta obtener o no el resultado esperado. Pero siempre te vas a estar dirigiendo a la misma autoridad, no hay otras personas que no sea el organismo municipal. Puede ser que no estés de acuerdo con la respuesta que te dieron y quieras cuestionarlo. Allí deberás iniciar una gestión distinta, se abrirá un “procedimiento administrativo” que incluirá la revisión de lo decidido por autoridades superiores pero que siempre estará dentro de la órbita misma de la administración pública.

Ahora bien, si vos sos una mamá que tiene dos hijos y que no logra que el padre de ellos pague la cuota alimentaria vas a tener que llevar esa **pretensión** ante los **jueces** para que ellos determinen si tenés razón y en cuánto tenés razón. A diferencia del ejemplo del párrafo anterior, los jueces no son quienes te tienen que pagar la cuota, sino que, en tanto son imparciales, deberán escuchar también al padre de los nenes. La **pretensión** se formula mediante una **demanda** y quien la hace es llamada **parte actora o demandante**, mientras que la persona de quien se requiere el cumplimiento de esa pretensión es denominada **parte demandada o accionada**.

La parte demandada puede **aceptar o rechazar** la pretensión en un acto jurídico procesal cuyo nombre es “**contestación de demanda**”. Si la acepta decimos que “**se allana a la demanda**”, y -en la mayoría de los casos, pero no en todos- los jueces dictarán una sentencia que, en el ejemplo, pasará por fijar la cuota alimentaria indirectamente acordada.

Puede suceder que **el demandado se oponga** a la pretensión, allí se transitarán nuevos caminos: se deberá **abrir la etapa probatoria** para que ambas partes puedan **acreditar** sus afirmaciones mediante la aportación de **documentos**, la

**declaración de testigos**, la realización de **informes periciales**, y muchos otros medios probatorios. Una vez que se cierra ese período, las partes les informarán a los jueces su punto de vista respecto de la pretensión, la contestación y la prueba producida, mediante una pieza jurídica que se llama **alegato**. Luego, los jueces estarán en condiciones de **dictar sentencia**.

Bien, esta descripción es **solo un esquema básico dado que en un proceso real se pueden abrir múltiples senderos y pequeños caminos** –que el demandado no se presente, que sean varios demandados, que se cuestionen ciertas pruebas, que haya pequeños procesitos dentro del proceso principal- cuya descripción excede el cometido de este libro. Sin embargo, este “esquema”, con distintas modalidades (escrito, oral) lo podemos hallar en cualquier proceso civil, de familia, comercial, laboral.

En el fuero de familia, el proceso tiene algunas particularidades que lo distinguen y que, en líneas generales, las vamos a encontrar en el Código Civil y Comercial. En esa norma –que es una norma de fondo pero que ordena ciertos elementos que deben ser tenidos en cuenta por las leyes locales- se indica que los procesos deben respetar los principios de **tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente** (706, 1er p).

El principio de **tutela judicial efectiva** se refleja en la real y concreta posibilidad de que puedas acceder al poder judicial, es decir, que no te topes con obstáculos perfectamente evitables y que te alejen del proceso. En ese sentido, los jueces deben derrumbar esos valladares cuando no facilitan ese acceso o hacer los ajustes que razonablemente correspondan al caso, claro está, sin violentar su imparcialidad. Pero también este principio impone el dictado de una decisión fundada –buena, mala, más o menos pero que exponga con claridad sus fundamentos- en un tiempo razonable. Además, que esa sentencia sea cumplible; es decir, que no termine siendo un “cuadrado para colgar en el comedor” sino que sea de utilidad para quien formuló la pretensión o, en su caso, se defendió de una pretensión injustificada. Específicamente nos dice que 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 (706, a).

La **intermediación** refiere a la necesaria cercanía que deben tener los jueces con las personas que intervienen en el caso sometido a su decisión. Así, deben tomar conocimiento directo de esas personas, escuchar sus voces, observar sus miradas, sus gestos. Obliga a los jueces a ir más allá de las letras y de los papeles -sin que ello importe menospreciar a esas letras y a esos papeles- y descubrir a las personas escondidas tras la tinta. Está íntimamente vinculada con la **oralidad** que concibe un proceso en el que las partes puedan ser escuchadas por los



jueces y funcionarios más allá de aquellos pasos que necesariamente serán escritos.

Se actúa con **buena fe y lealtad procesal** cuando las partes se desempeñan en el juicio sustentado aquello que entienden les corresponde por derecho sin abusar del derecho, mediante el uso de un lenguaje claro, sin medias tintas, sin hacer zancadillas o usar lo que comúnmente se conoce como “chicanas”. Los jueces deben estar atentos para evitar este tipo de conductas y, en su caso, dictar las medidas necesarias para corregirlas.

Sobre la **oficiosidad y el acceso limitado al expediente** vamos a volver unas líneas más abajo.

Asimismo, establece que:

Los jueces ante los cuales tramitan estas causas **deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario** (706, b). Esta exigencia obliga a los Estados a rever aquellos casos en los que la materia de familia es, aún hoy en día, abordada por jueces que tienen a su cargo también otras, como son los casos de jueces que atienden simultáneamente causas civiles, comerciales, de familia, laborales, también llamados “de fuero pleno” o “multifueros”. La necesidad de apoyo multidisciplinario es indiscutible al menos en el fuero de familia: trabajadores sociales, psicólogos, psiquiatras, psicopedagogos, antropólogos, entre otros profesionales.

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 (706, c). Acerca del **interés superior del niño** ampliaremos en el capítulo II punto 4.

Como veremos al tratar los derechos de las personas con capacidad restringida y de los niños, niñas y adolescentes, el Código marca y resalta el derecho de ellos a ser escuchados en todos los procesos que los afecten directamente y a que su opinión sea tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso (707).

En función de que en el fuero de familia se debaten, en su gran mayoría, asuntos de índole privada, se estableció una restricción al acceso al expediente judicial, el que está **limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso** (708, 1er p). Esta norma es **importantísima** porque pone una barrera a la injerencia injustificada de personas ajenas a la familia y al proceso respectivo, especialmente para aquellos casos que involucran a personas públicamente conocidas o que han trascendido por los medios de comunicación masiva, como así también respecto de aquellos que indebidamente desean conocer qué sucede con tal o cual familia. La limitación abarca aun a los casos en que las **actuaciones o expedientes de familia son requeridos por otros**



**juzgados para otros procesos.** En esos casos, sólo se puede autorizar la remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva (708, 2° p).

Aquí corresponde hacer una aclaración, esta regla que vimos en el párrafo anterior no quiere decir que las sentencias o decisiones que se adopten no puedan ser publicadas, dado que en muchos casos pueden fijar tendencias de importancia (ver punto siguiente), sino que debe preservarse por todos los medios posibles cualquier posibilidad de identificación de las personas tanto sea por sus nombres, apellidos, datos personales u otro tipo de referencias (escuelas a la que asisten los niños, números de partidas, centro de salud en el que son atendidos, etc). Para ello, se sustituyen nombres por iniciales o se invisibilizan los otros datos, por ejemplo.

La norma nacional también indica a los jueces de familia que deben impulsar las actuaciones por su propia iniciativa, que en términos técnicos se denomina **impulso de oficio o impulso oficioso** (709). Veamos este supuesto: la parte demandada se ha opuesto a la demanda, ha dicho, por ejemplo, “yo no soy el padre” en un juicio en el que se le reclama la filiación de un niño. El paso siguiente es abrir la etapa probatoria. Tradicionalmente, si la actora no lo pedía pues los jueces no estaban obligados a hacer nada. El **impulso de oficio** les indica a los jueces que deben ordenar la apertura de la etapa probatoria sin que nadie se lo pida. Eso **no permite a los jueces suplantar a las partes** en la formulación de pretensiones u oposiciones dado que debe, en todos los casos, **conservar su imparcialidad**. Tampoco lo habilita a ordenar pruebas que no hayan sido solicitadas por las partes, con algunas excepciones que marca la ley, como por ejemplo la realización de la prueba de ADN en un juicio de filiación, o también cuando están en juego derechos de personas en situación de vulnerabilidad para garantizarles a las mismas un debido proceso. Ese impulso oficioso **no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces** (709, 2° p), como sucede con la liquidación del régimen patrimonial matrimonial. En algunas situaciones pueden presentarse dudas acerca de si ciertas reclamaciones tienen un exclusivo contenido económico o si se sustentan, en verdad, en situaciones de vulnerabilidad, tal el caso de la “compensación económica” que veremos al tratar “matrimonio” y “uniones convivenciales” (caps. II, 7.5 y cap. V, 7.1).

En **materia probatoria** rigen los “**principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba**” (710). Es decir, que se puedan ofrecer todo tipo de pruebas sin que se rechacen algunas de antemano. Ello no quiere decir que en ciertos procesos la ley exija determinada prueba, a punto tal que los jueces, en su caso, pueden ordenarlas por sí mismos como vimos en el párrafo anterior.

Un aspecto de suma importancia es saber **quién está obligado a acreditar los**





**hechos del conflicto.** La importancia es tal que si esa persona, obligada a probar, no lo hace pues pierde el pleito. A esto se denomina **carga de la prueba**. En un esquema procesal tradicional, quien tiene la carga de la prueba es la parte actora mientras que la demandada podría limitarse únicamente a negar los hechos. En materia de familia, **la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar** (710). En el ejemplo de los alimentos, la mamá debería probar cuáles son los ingresos del papá demandado. Si ese papá es un empleado en relación de dependencia quizá no encuentre demasiados obstáculos, pero si es un empresario, un accionista, un inversor, una persona con un alto nivel de vida cuyos ingresos son desconocidos, será él quien esté en mejores condiciones de probar esos ingresos.

En cuanto a los **testigos** cabe señalar que en la generalidad de los procesos no podrán ser testigos los familiares o personas allegadas (amigos, por ejemplo). Sin embargo, en el fuero de familia son esas personas las que conocen con mayor precisión lo que ha sucedido entre las partes. Por ende, están permitidos, pero, según las circunstancias, los jueces están facultados para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados (711).

## 6. Los fallos de los jueces

El poder judicial aplica las normas a los casos concretos y dirige conflictos individuales, mas no tiene facultades para legislar. Así, mediante la emisión de una sentencia los jueces resuelven un conflicto que se ha puesto a su consideración y, respecto de ese conflicto, la sentencia se muestra como una norma particular.

Aplicar una ley presupone que, con anterioridad, se la ha **interpretado** y se ha evaluado que el caso a resolver se encuentra abarcado por esa norma. En tanto y en cuanto los fallos contienen una **interpretación de las normas** es dable pensar que esa interpretación sea **tenida en cuenta por otros jueces para otros fallos**. De ese modo, podrás inferir muy fácilmente que, si bien los fallos se dictan para resolver conflictos individuales, pueden tener una proyección mucho mayor y repercutir en otros casos.

De allí que uno de los datos que son tenidos en cuenta a la hora de abordar conflictos pasa por establecer **qué han dicho los jueces sobre la interpretación de cierta norma**. A ello llamamos **jurisprudencia**, es decir, el conjunto de fallos judiciales dictados en casos concretos cuya interpretación de las normas será tomada en cuenta por los estudiosos de los derechos, por otros jueces y, directa o indirectamente, por la comunidad en general.

Hay que tener muy en cuenta cuál es el tribunal que emitió el antecedente





jurisprudencial para ponderar si obtendrá o no el seguimiento por otros jueces. Así, si el fallo es emitido por la **Corte Suprema de Justicia de la Nación**, la interpretación que adopte el máximo tribunal de nuestro país será especialmente tenida en cuenta por los jueces inferiores a punto tal que para apartarse deberá brindar argumentos suficientes. Cuando la jurisprudencia ha marcado un sendero certero y coincidente en la interpretación de cierta institución jurídica se suele hablar también de **doctrina judicial**.

Los jueces ostentan también la responsabilidad de **controlar la constitucionalidad de las leyes que aplican**. Anteriormente habíamos dicho que las leyes tienen que ser coherentes y consecuentes con la Constitución Nacional y con los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos. Los jueces pueden evaluar que, **para un caso concreto y no para la generalidad de los casos**, cierta norma **vulnera las garantías y derechos constitucionales**. Como se trata de una situación de **extrema gravedad**, los jueces deben ejercer esta facultad de un modo restrictivo y, en todos los casos, deben intentar compatibilizar las normas con el orden constitucional y buscar una interpretación que permita integrar la norma y la solución del caso concreto, recurriendo en muchos casos a otras normas también aplicables. Si ello no es posible, **declarará la inconstitucionalidad de la norma** y no la aplicará al caso concreto.

El paso del tiempo y los cambios en la conformación de nuestra sociedad imponen una visión distinta respecto de normas cuya constitucionalidad nadie hubiese cuestionado con anterioridad. Un ejemplo claro lo tenemos con el **divorcio no vincular**, es decir, con aquel divorcio que no te permitía volver a casarte. Durante décadas la constitucionalidad de esta norma no estaba cuestionada hasta que los rotundos cambios habidos en nuestra comunidad y en la forma que la comunidad concebía al matrimonio permitieron una interpretación distinta que llevó a la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** a declararla inconstitucional. Ese fallo provocó una catarata de fallos de los tribunales inferiores que llevaron a una necesaria reforma legislativa.

En las últimas décadas se ha incorporado un control más: el **control de convencionalidad**, que es el que debe realizarse respecto de las normas del **Pacto de San José de Costa Rica (o Convención Interamericana de Derechos Humanos)** y de la interpretación que del mismo haya hecho la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Es decir, los jueces deben analizar, en el caso concreto, si la norma que corresponde aplicar no contraviene disposiciones de esa Convención Internacional con especial atención a los fallos de la Corte mencionada. Sobre este aspecto volveremos en el punto siguiente.

## 7. La estructura del poder judicial

Volvamos a los noticieros. Muchas veces habrás tenido acceso a noticias como estas, ya sea porque estabas viendo un noticiero, ya sea porque te afectaban



particularmente: “se ha desbaratado una banda de narcotraficantes, los detenidos han quedado a disposición de la Justicia Federal de...”, “la jueza provincial hizo lugar a una demanda para que se cambie el apellido de una niña...”, “la Cámara de Apelación en lo Laboral revocó la sentencia de primera instancia y dispuso la reincorporación de todos los empleados...”, “el fallo de la Corte provincial fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en consecuencia...”.

Como ya hemos deslizado en los párrafos anteriores, nuestro país cuenta con dos ordenamientos judiciales principales: el poder judicial federal y los poderes judiciales provinciales. Ante estos últimos tramitan la mayor parte de las causas judiciales dado que el poder judicial federal asume el tratamiento de aquellos conflictos donde se ponen en juego intereses del Gobierno Federal o aquellos que las leyes le asignan de un modo especial como sucede con los delitos vinculados al narcotráfico, las demandas contra obras sociales nacionales, por ejemplo. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires también hallarás al poder judicial federal -los tan renombrados tribunales de Comodoro Py, por ejemplo- y el poder judicial local que es ejercido por los “tribunales nacionales”. Esto puede llevar a alguna confusión en función de los nombres recibidos -federal y nacional- mas el elemento diferenciador pasa por entender que la “los tribunales nacionales” son a la Ciudad de Buenos Aires lo que para las provincias son los “tribunales provinciales”. En verdad es una materia pendiente desde 1994 en que la Ciudad de Buenos Aires alcanzó el estatus de Ciudad Autónoma en tanto debería contar con su propia organización judicial.

La estructura de funcionamiento es más o menos similar para todos esos poderes judiciales. En términos muy generales -y hacemos esta salvedad porque cada provincia tiene su propio ordenamiento orgánico- el tratamiento inicial de las causas judiciales es asumida por los **jueces de primera instancia**. Los jueces de primera instancia van adoptando decisiones en el curso del proceso -resoluciones- hasta arribar al dictado de una decisión final a la que llamamos **sentencia**. Esa sentencia, a pedido de los interesados, puede ser **revisada** por otros jueces, que son los jueces de **segunda instancia** también llamados **camaristas** y son quienes integran las **Cámaras de Apelación**.

Las Cámaras de Apelación -hay distintas conforme la materia que traten, Cámara Penal, Cámara Civil y Comercial, Cámara Laboral, etcétera- emiten una decisión que es la **sentencia o fallo de segunda instancia**. Esta resolución, también a pedido de parte, puede ser llevada a consideración de un **tribunal superior** que es el que está al tope de cada ordenamiento. Así, la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** es el máximo tribunal de todos los poderes judiciales de nuestro país, tanto en el orden federal como local. A su vez, cada provincia cuenta con sus respectivos **Tribunales Superiores o Cortes Supremas locales** cuyos fallos pueden ser también revisados por la Corte Nacional. La CABA



cuenta con un Tribunal Superior de Justicia mas, por el momento, no abarca a las materias que tratamos en este libro, ni al fuero civil y comercial en general las que siguen siendo abordadas por los tribunales nacionales (se limita actualmente a lo contencioso administrativo, tributario y contravencional).

En tanto nuestro país ha firmado la **Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)**, hemos aceptado la intervención de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en aquellos casos en los que tenga aplicación esa Convención Internacional y que les sean sometidos a su consideración. Cuando la parte demandada es nuestro país, sus fallos son de cumplimiento obligatorio. Amén de ello, la interpretación jurídica efectuada por esa Corte debe ser considerada por los tribunales argentinos, tanto sea en los casos propios como en aquellos dictados contra otros países.

Desde ya que los poderes judiciales cuentan con otros organismos tales como el **Ministerio Público**, los **equipos interdisciplinarios**, el **cuerpo médico forense**, entre otros. Respecto de ellos nos vamos a ir refiriendo en los respectivos capítulos cuando demos cuenta de sus funciones, responsabilidades y actuación.

## 8. Jurisdicción y competencia

Un vecino gestionaba ante el Intendente una extensión de diez metros de un caño de agua para proveer a su casa de ese servicio; el intendente le contestó: "Mire, no podemos llevarle el agua porque usted está fuera de nuestra jurisdicción, usted tiene la casa en el pueblo vecino".

Prendiste la radio y la periodista de noticias policiales estaba terminando su crónica con estas palabras: "Finalmente, los dos maleantes quedaron demorados en la Comisaría 19 por razones de jurisdicción" y para luego agregar "La jueza federal se declaró incompetente y remitió las actuaciones a la justicia provincial".

Tanto jurisdicción como competencia son vocablos usados con distintos alcances, a veces como sinónimos, a veces para significar cosas distintas, del mismo modo que los que vimos anteriormente.

En la crónica policial que nos sirve de ejemplo, **jurisdicción** es utilizado como el ámbito territorial donde opera esa Comisaría; en ese mismo sentido fue usado por el Intendente en tanto no extendió el caño de agua por fuera de los límites de su municipio.

Si bien todos corremos el riesgo de confundir el uso cotidiano con los conceptos técnicos, aquí vamos a utilizar el vocablo "**jurisdicción**" con su contenido más técnico desde el punto de vista del derecho: la autoridad de los jueces para poder interpretar y aplicar las leyes y juzgar en los casos concretos.

Distinta perspectiva tendremos cuando nos refiramos a **cómo se distribuye el trabajo de los jueces**. En otras palabras, ¿cuáles son los casos en los que



intervendrán cada uno de los jueces? ¿Todos? ¿Algunos? ¿Cuáles? Una pauta la otorgan las especialidades dentro del derecho: derecho civil, penal, laboral, de familia, por ejemplo. Esas ramas del derecho, cuando las llevamos al ámbito judicial, son llamadas **materias**, y en ese sentido vas a escuchar hablar de jueces **con competencia en la materia penal, en la materia de familia, en materia laboral**, por ejemplo. Aquí nos vamos a encontrar también con que cierta **materia** es propia de la **justicia federal** y otras de la **provincial**. Así, por ejemplo, el tratamiento de los delitos vinculados con el narcotráfico es **competencia exclusiva de la justicia federal**, mientras que, en términos muy generales, los homicidios, robos, delitos sexuales, por ejemplo, son **competencia de la justicia provincial**.

Otra arista a tener en cuenta es un cierto ámbito territorial establecido también en función de la cantidad de personas que habitan un cierto territorio. Desde esa perspectiva tendremos **competencia territorial**.

Hay otras pautas para distribuir la competencia, pero estos dos aspectos nos permitirán ahondar en una frase muy utilizada: **“el juez se declaró incompetente”**. Esa declaración se relaciona con un análisis que ha hecho ese juez respecto de si el caso que se somete a su consideración se encuentra dentro de la competencia que le fuera asignada. Así, por ejemplo, si un accidente de tránsito se produjo en un municipio que está fuera del ámbito territorial de su competencia, se declarará incompetente; o si la demanda debía presentarse ante los jueces del domicilio donde se ubica el centro de vida de un niño y se ingresa ante otro juzgado, quien es su titular podrá declararse también incompetente.

Si dos jueces se declaran competentes o incompetentes a la vez respecto de un mismo asunto, el conflicto lo dirime el tribunal que sea superior común a ambos. Por ejemplo, si dos jueces de familia de una misma localidad se declaran incompetentes respecto de un asunto, será la Cámara de Apelación a la que pertenezcan la que dirima ese conflicto y establezca cuál debe asumir el caso.

## 9. Los casos que involucran a personas de distintos países

Nuestro fuero de familia recibe, en una marcada mayoría de casos, conflictos jurídicos suscitados entre personas que viven dentro de una misma localidad. En otras ocasiones, que suelen ser muchas, entre personas domiciliadas dentro de una misma provincia, pero en lugares distintos. Otros casos, vinculan a personas que tienen su residencia en distintas provincias.

Sin embargo, el común denominador de todos ellos es el derecho sustancial que le es aplicable: el Código Civil y Comercial y las leyes de fondo dictadas por el Congreso de la Nación. La determinación de quiénes serán los jueces que deben



intervenir -en el caso, por ejemplo, de un padre que vive en Córdoba y pide el cuidado personal de sus hijos que viven en Trenque Lauquen, surgirá también de nuestro derecho interno, para el caso será el centro de vida de los hijos.

La situación se hace más compleja cuando los casos relacionan a personas que viven en nuestro país con otras que habitan en el extranjero como así también aquellos casos en los que se pongan en juego derechos originados en el extranjero y que deban ser abordados por los jueces argentinos, por ejemplo, o donde haya bienes en el extranjero.

Ese conjunto de normas es regulado y estudiado por el **derecho internacional privado** cuya legislación básica surge de los tratados y convenciones internacionales que nuestro país haya firmado -los que se aplican en primer término- y, en caso de no existir los mismos, las normas establecidas en el Código Civil y Comercial (2594 a 2671).

Existen dos extremos que, en general, deben ser resueltos: **ante qué jueces deben tramitar los casos que se presenten** -en nuestro caso los jueces argentinos o los jueces extranjeros- y **cuál es el derecho que debe aplicarse**, es decir, el derecho nacional o el derecho extranjero. En los distintos capítulos vamos a hacer una referencia -quizá muy elemental- a estas normas, con un carácter más bien informativo en función de la complejidad de los casos particulares que contemplan.

## 10. ¿Cómo llevamos todos estos conceptos a nuestra vida cotidiana?

Podríamos continuar barajando múltiples aspectos del derecho y de conceptos que suelen generar confusiones a la hora de abordarlos en nuestra vida cotidiana, mas entiendo que con estos que hemos visto más los que trataremos particularmente en el desarrollo del libro, es más que suficiente.

Ahora bien, todo lo que comentamos en los párrafos anteriores estará atravesado por su puesta en marcha y por la marcha en sí misma. Creo que para cerrar esta Introducción viene bien reproducir un artículo de mi autoría que el diario La Capital de Rosario incluyó en su edición del 28 de setiembre de 2018 y que se titula "**Las patas en el barro, las manos en la Constitución**":

*Hace un tiempo publiqué en el libro "¿Cuánto tiempo es un tiempito?" un breve relato titulado "Los que noés" y, a partir de lo expuesto, me parece oportuno desempolvarlo, con algunos agregados y algunas actualizaciones.*

*Todos los días veo, en los Tribunales de Rosario, gente ejerciendo sus derechos. Lo hacen con la compañía de profesionales de la abogacía y*



*la procuración, claro está. Yo soy abogado desde hace casi veintinueve años y amo apasionadamente esta tarea. ¿Cuál es esa tarea?*

*Creo saber qué no es, más bien algunos pocos “qué-no-es” acotados al fuero de familia.*

*Sé que no somos nosotros los que ejercemos el derecho, son ellos.*

*Sé que poner en acto el ejercicio del derecho de otro no es proponer un silogismo ni resolver como silogismo.*

*Sé que poner en acto el ejercicio del derecho de otro no es una declamación de convenciones, constituciones, códigos o grandes letras, palabras o frases.*

*Sé, también, que no es llenar de escritos, peticiones, pretensiones y recursos como tampoco lo es hacer de requisitos previos la base de la no respuesta.*

*Sé también que poner en acto el ejercicio del derecho de otro no se reduce al derecho.*

*Ese “poner en acto” sólo lo entiendo con las “patas” en el barro, las suelas en los pasillos, los valores de la Constitución en la cabeza y la mirada en la mirada del otro.*

*Las personas que cotidianamente asisten al fuero de familia, como sucede también en los otros fueros, le están encomendando una porción de su vida, a veces una porción gigante de su vida. La enorme mayoría pone sobre el escritorio, o hace escribir en papelitos, todas sus tristezas y sus miserias, sus mezquindades, sus dolores, sus angustias, sus lágrimas, sus perversiones. A veces, una vez cada tanto, sus virtudes y sus alegrías. Quienes las reciben, como así también quienes las acompañan, no forman parte de sus afectos, no comparten necesariamente sus costumbres, no interpretan las palabras del mismo modo, no son ellas ni son ellos. Se da allí una situación de soledad comparable únicamente con la que tienen quienes ejercen la magistratura a la hora de firmar las decisiones (a ésta última la llamo: “la soledad del gancho”).*

*Ese conjunto de tristezas, miserias, mezquindades, dolores, angustias, lágrimas, perversiones, virtudes y alegrías, miradas, gestos, costumbres, idiomas, signos, creencias, símbolos, son el terreno, son el territorio, es un piso plagado de desniveles y de piedritas. Quienes acompañan, quienes reciben, quienes atienden, quienes informan, quienes deciden, deben conocerlo como conocen la vereda donde jugaban en la niñez. Deben saber mirar en la mirada del otro, hurgar en sus gestos, ponerse en sus zapatos.*



*Las “patas” en el barro nos colocan en una situación muy distinta frente a la duda y a la pregunta. Algo así como si tiene una duda, dude. Busque, investigue, pregunte. Vuelva a dudar. Haga bollitos de papel y vuelva a escribir. Las “patas” en el barro también nos permiten corregir y si ya no se puede, pedir disculpas.*

*¿Se relaciona esto con el “sentido común”? A mi juicio, no. Actuar y decidir con “las patas en el barro” sólo encuentra un sendero adecuado si nuestras manos están sobre los valores y las normas de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.*

*Sin embargo, nunca debemos olvidar que todas las letras de todas nuestras frases de todos nuestros libros de todos nuestros textos solo valen si hay otro. Si no lo hay, solo quedamos nosotros que, precisamente, no somos los que ejercemos los derechos.*





## Capítulo I

### Las personas

#### 1. Las personas y las familias

Las familias están conformadas, esencialmente, por seres humanos. Es cierto que otros seres vivos, como las mascotas y las plantas, algunos objetos -la vivienda, los muebles, las fotos- también forman parte de ella. Desde otra mirada, podemos sumar a un emprendimiento económico familiar y en ese sentido puede haber también sociedades íntimamente relacionadas con la vida cotidiana de una familia. Todos ellos, seres humanos, mascotas, objetos, sociedades, están entrelazados por una historia común que puede remontarse largamente en el tiempo o que quizá tenga solo unos pocos días.

Vamos a posar nuestra mirada en los seres humanos, sin perder de vista la relación con los otros seres, objetos y recuerdos.

Como estamos en un libro de derechos a **los seres humanos los vamos a denominar “personas humanas”**. Aquí vamos a señalar que para la ley los seres humanos no son las únicas personas, también existen las **“personas jurídicas”**, como son el Estado, ya sea nacional, provincial, municipal o extranjeros, las sociedades, las asociaciones civiles y fundaciones, las iglesias, mutuales, cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal.

Seguramente te preguntarás **cuál es el concepto de familia**, si es que hay uno solo. Todos tenemos un concepto de aquello que es y de aquello que no es una familia, por nuestra experiencia de vida, por lo que hemos aprendido, por nuestros valores, por nuestra cultura, por nuestros orígenes.

Un ejercicio interesante es pensar la idea de familia desde el punto de vista de “a quién dejamos afuera de ella” con ese concepto nuestro. Si pienso en familia como personas que conviven puedo preguntarme ¿los novios no son familia? Si no son familia no están amparados por las leyes de violencia familiar. Quizá, entonces, la “convivencia” no sea un requisito ineludible y sí lo sea la idea de reproducción potencial, mas ello deja afuera a quienes no desean tener hijos. Puedo pensar, románticamente, que la definición pasa por el amor de pareja o el amor entre padres e hijos, y excluyo así a quienes no se unen desde el amor sino desde la conveniencia. También puedo identificar a los vínculos familiares con las relaciones de parentesco y sumarle matrimonio y uniones convivenciales y en la puerta se quedarán dos amigas que se consideran hermanas y conviven dispensándose ese trato todos los días a tal punto que sus vecinos se extrañarían



al saber que solo son amigas.

Pensar un concepto de familia desde la perspectiva del derecho, es decir para una comunidad en su conjunto, pone en jaque nuestro sistema de creencias y nos obliga a abrir nuestras cabezas. Pues bien, ya adelantamos que este no es un libro donde hallarás conceptos o definiciones, mas a medida que vayas leyendo vas a ir encontrando algunas para ir revisando tu propio concepto. Sí podemos decir que en este texto no encontrarás distinciones o categorizaciones en función de la orientación sexual de sus integrantes o del número de miembros. Al menos aquí, todas son familias.

Las personas humanas que conforman una familia se encuentran en distintas situaciones tanto sea en sí mismas consideradas como así también en el vínculo con los demás miembros. Algunas familias estarán integradas por niños, jóvenes, adultos o ancianos; otras tendrán entre sus miembros a personas con discapacidad; en otros casos habrá trabajadores o desocupados, estudiantes, empresarios; en otras habrá miembros que conviven y otros que no.

Aquí vamos a hacer un nuevo recorte, de esa multiplicidad de aspectos vamos a tomar un rasgo muy importante para nuestra vida cotidiana: **los derechos, las personas y el ejercicio de esos derechos.**

## 2. ¿Qué significa la palabra “capacidad” para el derecho?

Cuando en nuestras conversaciones usamos la palabra “capacidad” nos referimos en general a ciertas aptitudes que una persona tiene para hacer o desarrollar ciertas actividades, si bien también la aplicamos con otro alcance como cuando nos referimos, por ejemplo, a la capacidad de un estadio de fútbol.

También usamos la palabra “discapacidad” en el sentido de una disminución o carencia de aptitud para hacer ciertas cosas. A quienes sufren esa disminución o carencia solemos llamarlos “discapacitados”. Aquí vamos a usar “persona con discapacidad”.

En el ámbito del derecho la palabra “capacidad” se relaciona con la aptitud para poder ser titular de un derecho o para poder ejercer un derecho.

Un niño de corta edad, por ejemplo, hereda varios inmuebles por el fallecimiento de su padre; él es titular de esos inmuebles, pero por sí mismo no puede alquilarlos. Es decir, **tiene capacidad para ser titular del derecho de propiedad y la llamamos “capacidad de derecho” (22) pero no puede aún ejercerlo por sí mismo porque es muy pequeño; y a este aspecto lo denominamos capacidad de ejercicio (23)** que en este caso se muestra como incapacidad. Sin embargo, en el ejemplo que damos, el inmueble de igual modo



se puede alquilar. ¿Cómo lo hace el niño propietario? Ejerce sus derechos a través de quien lo represente legalmente, su madre, para el caso.

Desde otro punto de vista decimos que **todas las personas tienen capacidad de derecho** en general, porque todas pueden ser titulares de esos derechos. **¿Puede limitarse esta capacidad? Sí, pero solo respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados, es decir, para situaciones muy específicas (22):** por ejemplo, en materia de sucesiones no pueden ser sucesores testamentarios los ministros de cualquier culto que hayan asistido en su última enfermedad a la persona que falleciera (2482, c), los funcionarios públicos no pueden contratar en interés propio respecto de los bienes que administran (1002, a), en el régimen de comunidad de gananciales los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí (1002, d), si bien sobre este último ejemplo volveremos más adelante.

También, en principio, **todas las personas podemos ejercer los derechos de los que somos titulares**. Sin embargo, es posible que ese ejercicio sea muy limitado en función de una determinada situación particular (23). Por ejemplo, una empresaria agrícola sufre un accidente automovilístico y permanece en estado vegetativo, es claro que **sigue siendo la titular de su empresa, de su casa, su automóvil, mas no puede ejercer ninguno de esos derechos por sí misma**, necesita de alguien que la represente.

### 3. ¿Cuáles son las personas incapaces de ejercer sus derechos?

La ley incluye en esta categoría a:

- ✓ “la persona por nacer” (24, a);
- ✓ “la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente”, es decir, las personas menores de dieciocho años quienes, como veremos, podrán ejercer sus derechos en mayor o menor medida en función de dicho grado de madurez (24, b);
- ✓ “la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión que disponga esa decisión” (24, c).

Vamos a extendernos particularmente en cada una de estas situaciones:

### 4. Las niñas, niños, y adolescentes y su capacidad

Los niños son todos los seres humanos hasta los dieciocho años de acuerdo con la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN, 1).

Cuando nuestro país ratificó esta Convención declaró que para nuestro

derecho ese concepto “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano **desde el momento de su concepción y hasta los 18 años** de edad” (ver cap. II, 3). Por su parte, el Código Civil y Comercial, que es posterior a esa ley de ratificación, norma que “**la existencia de la persona humana comienza con la concepción**” (19).

Todos conocemos que la unión de un óvulo y un espermatozoide genera un embrión, que el embrión se anida luego en el útero de una mujer (biológicamente considerada) y que allí se dan una serie de procesos y transformaciones que permiten el nacimiento de un niño. Ahora bien, también sabemos que esa unión inicial puede darse de una forma natural, mediante las relaciones sexuales, o artificial, mediante las que conocemos como “técnicas humanas de reproducción asistida” (inseminación artificial, fecundación in vitro, etc.).

Así las cosas, no siempre la unión inicial entre óvulo y espermatozoide ocurre dentro del cuerpo humano, puede darse fuera como en la fecundación in vitro. Entonces **¿cuándo se produce la concepción?** Se ha dado, desde la perspectiva del derecho, una gran discusión al respecto. Si bien subsiste aún este debate, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un fallo muy conocido (Artavia Murillo contra Costa Rica), interpretó que **la concepción se produce en el momento en que el embrión anida en el útero**, mientras que la unión inicial de espermatozoide y óvulo es fecundación. Algo similar ocurre en nuestro derecho dado que la ley, para establecer cuándo es la época de la concepción, toma en cuenta al “**embarazo**”. Literalmente expresa: “Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento” (20).

En síntesis, **para nuestro país las personas por nacer también son niños** mas es preciso señalar que todos sus derechos se encuentran condicionados al nacimiento con vida, dado que si ello no se produce se considera que la persona nunca existió (21).

Los derechos de niñas, niños y adolescentes son, en gran medida, el común denominador de este libro, en tanto y en cuanto volveremos sobre ellos una y otra vez. Los vamos a encontrar al hablar específicamente de sus derechos humanos, cuando desarrollemos capacidad, alimentos, responsabilidad parental, comunicación, filiación.

Ahora bien, a veces escuchamos la palabra “niños” o “niñas, niños y adolescentes” y otras veces “menores” o “personas menores de edad”, **¿son sinónimos?**

Ambos vocablos abarcan a las mismas personas, es decir, a todas las personas que no han cumplido la edad de dieciocho años. Sin embargo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN, 1) coloca a esas personas en la categoría “niño” mientras que el Código Civil y Comercial nos habla de “persona menor de edad” (25).

Si pensamos en la diferente jerarquía de las normas señaladas en el párrafo anterior -recordemos que la Convención tiene “jerarquía constitucional”- podemos pensar que **el concepto de “niñas, niños y adolescentes” se expresa desde la perspectiva de la totalidad de sus derechos humanos como tales**, mientras que el concepto de **“personas menores de edad”**, se relaciona con un aspecto de esos derechos vinculado exclusivamente con **la capacidad jurídica de esas personas**, cuáles derechos pueden ejercer por sí mismos, en cuáles necesitan la asistencia de adultos.

Sin embargo, en nuestra vida cotidiana vamos a escuchar usadas estas palabras casi como si fuesen sinónimos. Esto lo podemos notar también en el nombre de algunas instituciones, por ejemplo, los “juzgados de **menores**”, “dirección de **minoridad**”, etc. Más allá de la **carga peyorativa que ostenta la palabra “menores”**, si repasamos lo expuesto en los párrafos anteriores podemos inclinarnos, sin temor a equivocarnos, por el uso de **niñas, niños y adolescentes** en tanto es más abarcativo, extenso y respetuoso.

En esta parte del libro hablaremos de las “personas menores de edad” y más adelante nos “referiremos a los niños, niñas y adolescentes” desde esa perspectiva mayor a la que hemos aludido.

#### 4.1. Las personas menores de edad

Entonces, desde la perspectiva de la capacidad, **las personas menores de edad son aquellas que no han alcanzado la edad de dieciocho años**; por el contrario, **personas mayores son las que han superado dicha edad** (25).

##### 4.1.1. ¿Todas las personas menores de edad están en la misma condición?

Desde esta misma perspectiva de la capacidad jurídica hemos visto que entre las “personas con incapacidad para ejercer sus derechos” la ley incluye a quienes **“no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente”**. Esto ya nos habla de **distintas situaciones entre las mismas personas menores conforme su desarrollo madurativo y ello repercute en una mayor o menor amplitud de los derechos que pueden ejercer**. Los ejemplos son sobreabundantes: no es la misma la situación de un bebé de meses respecto de una persona de



quince años, o de quien tiene quince años, pero padece un retraso madurativo respecto de otra persona de ocho años sin ese tipo de dolencias, **la capacidad de ejercicio será marcadamente distinta.**

También se prevén algunas situaciones donde se pauta una edad determinada para el ejercicio de los derechos o para la concreción de un derecho. Por ejemplo: las personas menores de edad **que tienen diez años deben prestar su consentimiento para ser adoptados** (617, d).

La actual legislación contempla el concepto de “**adolescente**” que **es la persona menor de edad que cumplió trece años** (25, 2° p). Si bien establece edades específicas para el ejercicio de ciertos derechos -como vimos en el ejemplo de la adopción- la categoría “adolescente” facilita la comunicación e interpretación normativa y reconoce una etapa de la vida con marcadas distinciones respecto de la anterior (la niñez) y la posterior (adultez), quizá desde una perspectiva más sociológica o psicológica.

#### 4.1.2. ¿Cómo ejercen sus derechos las personas menores de edad?

La regla general es que **las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes** (26, 1er p, 100).

La ley establece que los representantes de las **personas por nacer** (101, a) **y de las personas menores de edad** (101, b) no emancipadas, es decir, que no contrajeron matrimonio, son **los padres**.

Ahora bien, si los padres han fallecido, o ambos son incapaces, o han sido privados de la responsabilidad parental o suspendidos en el ejercicio de la responsabilidad parental (ver cap. IX, 8), el representante legal es quien resulte designado **tutor** (101, b; ver 6.1.2).

Sin embargo, la propia **ley flexibiliza este principio general** y nos dice que la persona menor de edad “que cuenta con edad y grado de madurez suficiente **puede ejercer por sí los actos que le son permitidos** por el ordenamiento jurídico” (26, 2° p).

##### a) ¿Cuáles son esos actos permitidos?

La ley establece estas autorizaciones tanto desde un punto de vista general como también para situaciones en particular.

Una clara norma general la encontramos para los casos donde hay **conflicto de intereses entre la persona menor de edad y sus representantes legales**. En ese caso, la ley prevé que la persona menor de edad **puede intervenir en**



**juicio con asistencia letrada** (26, 2° p). Sobre este aspecto, la asistencia letrada, volveremos en el punto 7 de este capítulo.

Un derecho para todas las personas menores de edad, sea cual fuere su edad y sea cual fuere su desarrollo madurativo, es el de **“ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”** (26, 3° p). Ese derecho a ser oído se traduce con mayor precisión en un **“derecho a ser escuchado”**, es decir, a que lo que se diga **sea tenido en cuenta y sea ponderado por quien oye**. Asimismo, la ley también nos habla de **“participar en las decisiones sobre su persona”** y ello se palpa en nuestra vida cotidiana. Claro está que, a medida que la persona menor de edad va creciendo su nivel de participación será mayor y, en algunos casos, puede ser decisivo. **No importa de modo alguno que los progenitores deban asentir todo lo que sus hijos deseen, pero no pueden desconocer sin más las opiniones de sus hijos sobre su propia vida**. Una situación de desacuerdo en la que la decisión de los progenitores pueda ser tildada de **“arbitraria”** puede dar lugar a un juicio donde, por ejemplo, un adolescente cuestione tal decisión y se presente autónomamente con la asistencia de un profesional del derecho (ver 7).

También la persona menor de edad que cuenta con un **título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización** (30). Puede administrar y disponer de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a esa misma profesión (30). Por ejemplo, una joven se recibe de procuradora a los diecisiete años, para empezar a ejercer no necesita la autorización de sus padres y para reclamar honorarios impagos puede estar en juicio sin la asistencia de sus progenitores.

Vamos a encontrar autorizaciones o habilitaciones para situaciones más particulares en distintas normas, como es el caso del **consentimiento que tienen que prestar los niños a partir de los diez años para ser adoptados** al que hemos referido anteriormente (617, d).

Nos centraremos en la siguiente situación específica:

## **b) Los adolescentes y las decisiones respecto del cuidado de su salud**

La legislación establece distintos alcances conforme las edades de los adolescentes:

### **b.1) Adolescentes menores de dieciséis años**

Desde los **trece a los dieciséis** años tienen **“aptitud para decidir por sí**



respecto de aquellos **tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física**". Esa aptitud es presumida por la ley, mas puede demostrarse lo contrario, es decir, que no la tiene (26, 4° p).

Ahora bien, en el mismo período de edades, **"si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores"** (26, 5° p). Si se genera un conflicto entre el adolescente y sus progenitores, se debe resolver teniendo en cuenta el superior interés del adolescente sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico (26, 5° p).

La norma puede generar algunas dudas y distintos criterios de interpretación que se deberán zanjar en función de cada situación en particular. Las aristas que se deberán abordar radicarán, en gran medida, en determinar qué se entiende por "tratamientos no invasivos" o "tratamientos que no comprometen su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física" y "tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida", desde un punto de vista objetivo -para la generalidad de los casos- y desde la perspectiva individual de tal o cual adolescente en concreto.

Actualmente está vigente una Resolución del Ministerio de Salud de la Nación (Res. 65/2015) -a la que hace referencia el texto de la ley 27.610 de "interrupción voluntaria del embarazo"- en la que se fijan reglas para interpretar la capacidad de las personas menores de edad en cuanto a sus derechos sexuales y reproductivos. Conforme a esta norma el concepto de "invasivo" está atado al de la gravedad y al de riesgo de vida o riesgo para la salud. De ese modo, concluye, por ejemplo, que la colocación de un dispositivo intrauterino no es una práctica invasiva -en los términos del Código Civil y Comercial- en tanto no importa un compromiso para la salud. Sin embargo, existen otras interpretaciones más restrictivas respecto de qué es invasivo y qué no.

## **b.2) Adolescentes mayores de dieciséis años**

A partir de los **dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo** (26, 6° p). La lectura de esta norma nos puede llevar a una percepción equivocada -al igual que cuando escuchamos hablar de **"mayoría médica anticipada"**- en tanto se puede interpretar que a partir de los dieciséis años se logra una suerte de "mayoría de edad" en el cuidado de la salud, cuando en verdad la norma ha utilizado la expresión "como un adulto". Si bien ya el elemento diferenciador no pasa



por determinar si estamos frente a tratamientos invasivos o no, el límite viene dado por el alcance que le imprimamos al “cuidado de su propio cuerpo”. Así, habrá que establecerse si tal o cual decisión vinculada con una práctica médica puede ir más allá de ese cuidado y comprometer su cuerpo -como sucede con vasectomía, una ligadura de trompas o una adecuación genital de una mujer transgénero-o que lleve a poner en riesgo su propia vida. Se ha evaluado que entre las prácticas que pueden ser decididas a partir de los dieciséis años sin autorización de los representantes legales -aun cuando puedan ser calificadas de “invasivas”- son los tatuajes, los piercings, las cirugías estéticas reparadoras y la donación de sangre, como se lee en la página oficial [www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/capacidad-de-los-menores-de-edad](http://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/capacidad-de-los-menores-de-edad) consultada el 13/07/2021).

### **b.3) Las leyes especiales**

Finalmente, deben ser consideradas también algunas leyes especiales que fijan otras pautas para los casos que abarcan. Veamos algunos ejemplos:

En la **ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo** se ha previsto que las personas mayores de dieciséis años tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento para ejercer los derechos que le otorga la ley (L. 27.610, 8, a) mientras que para las personas menores de dieciséis se requiere su consentimiento informado y procederse conforme al artículo 26 del Código Civil y Comercial y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, que antes comentáramos. En ese sentido, el Ministerio de Salud ha aprobado un “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo” (Resolución 1535/2021) en el que se lee: “las adolescentes de entre 13 y 16 años pueden consentir en forma autónoma, a menos que deba utilizarse para la práctica un procedimiento que implique un riesgo grave para la salud o la vida de la adolescente. En estas últimas situaciones, es necesario, para su consentimiento, la asistencia de sus progenitores, representantes legales, personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas allegadas o referentes afectivos. Esta asistencia implica acompañar al/la titular del derecho, es decir, a la/el adolescente, para que pueda decidir sobre la interrupción del embarazo. En estos casos excepcionales, si existiera una negativa de quien asiste a la adolescente a acompañar su decisión, podrá ser asistida para brindar su consentimiento por otra/o referente afectivo. Si no existiera esta posibilidad, el conflicto se resolverá desde el equipo de salud teniendo en cuenta el interés superior de la adolescente, la regla de no sustitución del consentimiento y su aptitud para decidir en base al desarrollo de su autonomía progresiva”.

En la **ley de identidad de género** se establece que si la persona que solicita la rectificación registral de su sexo y el cambio de nombre de pila e imagen -por no coincidir con su identidad de género autopercibida- es menor de dieciocho años, la petición debe ser efectuada “a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a” con asistencia del abogado del niño, como así también que la posibilidad de recurrir a la autorización judicial cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno de los representantes legales (L. 26.743, 5).

#### 4.1.3. ¿Cuándo se alcanza el ejercicio pleno de los derechos?

##### a) La mayoría de edad

Como ya hemos adelantado, **el ejercicio pleno de los derechos se alcanza al arribar a la mayoría de edad**, es decir, a los **dieciocho años**. Sin embargo, como veremos unas líneas más abajo, se pueden registrar situaciones donde continúe la restricción de derechos por la propia condición de la persona, por ejemplo, cuando sufre una dolencia mental.

##### b) La emancipación

En una situación distinta se encuentra la persona menor de edad que **contrae matrimonio** dado que, por tal razón, alcanza **el ejercicio autónomo de sus derechos casi en plenitud** (27, 2º p). Jurídicamente lo denominamos “**emancipación**” y, como dijimos, el único acto jurídico que la genera es el matrimonio.

La **emancipación no se pierde ni siquiera si el matrimonio es anulado**. Se dice que es “**irrevocable**” (27, 3er p). Sin embargo, si la persona menor de edad es declarada “**cónyuge de mala fe**” en el juicio de nulidad de matrimonio, para esa persona sí cesa “a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada” (ver cap. III, 4.2.3). Por ejemplo: dos adolescentes de dieciséis años contraen matrimonio con las autorizaciones correspondientes (404), luego el padre de una de ellas reconoce que es el progenitor de ambas cónyuges, situación que solo era conocida por una de las dos. El matrimonio es nulo en tanto se celebró entre dos hermanas unilaterales (403, b y 424) cuyo vínculo fraterno se instituye por un acto posterior mas una de ellas sabía cuál era su situación real y celebró el matrimonio de mala fe. Pues bien, la emancipación cesa respecto de ella cuando la sentencia de nulidad del matrimonio ya no

pueda ser revisada por ningún otro juez. Respecto de la otra cónyuge, continúa emancipada.

Desde otro punto de vista, la ley también establece que “si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad” (27 últ. p). Por ejemplo, un tío decide donar a su sobrina una suma de dinero que le debe ser entregada el día en que alcance la mayoría de edad. Si la sobrina contrae matrimonio antes de los dieciocho años y consecuentemente se emancipa, aun así su tío no está obligado a adelantar su compromiso sino que podrá aguardar hasta que ella alcance la edad de dieciocho años.

### **b.1) ¿Qué no pueden hacer las personas emancipadas?**

Las personas menores de edad emancipadas no pueden, **ni con autorización judicial**:

- ✓ “aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito” (28, a); es el caso particular de personas menores de edad que están bajo tutela porque sus padres han fallecido, por ejemplo. En ese caso, como ya lo veremos, la emancipación hace cesar la tutela, pero la persona emancipada no puede aprobar por sí las cuentas que tiene que rendir quien fuera su tutor;
- ✓ “hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito” (28, b); por ejemplo, si una abuela donó a su nieto un departamento y el nieto luego contrae matrimonio, no puede el nieto emancipado donar ese departamento, pero sí venderlo con autorización judicial;
- ✓ “afianzar obligaciones” (28, c), es decir, no puede “salir de garantía” para un contrato de alquiler, por ejemplo.

Otros actos sólo los pueden hacer **con autorización judicial**. Es el caso al que referimos anteriormente, bienes recibidos a título gratuito (donados, por ejemplo) que la persona emancipada quiere vender. Para ello requiere autorización de los jueces (29).

Por supuesto que una vez alcanzada la mayoría de edad se asume plena capacidad jurídica.

## **5. Las personas con discapacidades mentales**

En mayor o en menor medida, todos conocemos personas que sobrellevan una discapacidad mental, ya sea porque forman parte de nuestras familias o de familias conocidas, ya sea porque las hemos encontrado en la escuela, en



el trabajo, en el club. Es decir, estas personas viven en nuestra comunidad y se relacionan con las restantes personas al igual que quienes no padecen estas discapacidades. Sin embargo, por las propias características de su discapacidad, en algunos aspectos reciben un abordaje jurídico distinto dirigido a brindarles una mayor protección.

Sólo para hacer más sencilla esta explicación vamos a pensar a las personas con discapacidad mental en tres situaciones: en su vida cotidiana, en el tratamiento de salud y en el sistema penal.

### 5.1. Las personas con discapacidades mentales en la vida cotidiana

Las personas somos todas diferentes, tenemos mayores aptitudes para algunas cosas, menores para otras. Quienes padecen de una enfermedad mental también. Ya sea por su dolencia, ya sea por el mayor o menor grado de estímulos y de educación recibidos, no todas pueden ser abarcadas por una única categoría jurídica. Por ello, no reciben el mismo tratamiento jurídico.

Veamos: Una persona puede estar imposibilitada de conocer el valor del dinero a partir de la enfermedad que la aqueja, sin embargo, trabaja y obtiene su salario, todos los días se traslada en el sistema de transporte público y utiliza tarjetas prepagas. Quizá otra persona, por permanecer en estado vegetativo, se halla prácticamente imposibilitada de relacionarse con el mundo sin la asistencia de otros.

Es decir, en el primer ejemplo vemos a alguien que puede hacer un sinnúmero de cosas excepto algunas y, en el otro, estamos frente a quien no puede hacer nada por sí misma. En tanto son dos situaciones extremas, podemos pensar que entre ellas hay muchas otras situaciones más o menos graves.

Como estamos hablando de personas con discapacidad mental debemos partir del supuesto que tal afección restringe en mayor o menor medida la capacidad para hacer cosas, esa que antes llamamos “**capacidad de ejercicio**” dado que, si no fuese así, pues no habría un problema jurídico. De ese modo, cuanto más profunda sea la afección, más limitaciones generará sobre la capacidad jurídica.

Cuando la persona con discapacidad mental puede hacer muchas cosas excepto algunas nos encontramos ante un supuesto de **restricción a la capacidad de ejercicio** (32).

En el otro extremo, cuando la persona con discapacidad mental prácticamente no puede hacer ningún acto jurídico por sí misma, estamos ante un caso de **declaración de incapacidad de ejercicio** (32, últ. p).



Ahora bien, **nuestro derecho considera que todos tenemos una plena capacidad de ejercicio y las limitaciones para esa capacidad son la excepción** (23 y 31, a). De ese modo, fácil es colegir que, en esta materia específica, la **regla general** es la “**restricción a la capacidad**” y **solo excepcionalmente** puede recurrirse a la “**declaración de incapacidad**”.

### 5.1.1. Restricción a la capacidad

¿A quiénes puede restringírsele la capacidad?

La legislación dice que los jueces pueden restringir la capacidad de las personas para determinados actos si se dan estas circunstancias (32, 1er p):

- ✓ la persona tiene que ser mayor de trece años;
- ✓ se acredita que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad;
- ✓ se estima que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En estos supuestos debe determinarse **cuáles son los actos jurídicos que la persona no puede hacer por sí sola**. Para poder realizar esos actos, contará con la ayuda de otra persona a quien se denomina “**apoyo**” (43, últ. p).

El **apoyo** puede actuar de dos modos:

- ✓ **Apoyo-asistente:** en este caso, la persona con capacidad restringida conserva la capacidad para decidir la realización de cierto acto jurídico pero dicho acto sólo será válido si la persona designada como apoyo lo suscribe junto con ella (102).
- ✓ **Apoyo-representante:** aquí el acto jurídico sólo puede ser decidido y concretado por el “apoyo”, quien actúa en representación de la persona con capacidad restringida (101, c).

Los jueces en su sentencia tienen que establecer no sólo cuáles son los actos restringidos sino también las funciones del apoyo **con los ajustes razonables** en función de las necesidades y circunstancias de la persona (32, 2° p). Tales ajustes razonables imponen a los jueces un conocimiento pleno del caso concreto, de la persona que padece la enfermedad mental, su entorno familiar y social, evolución, autonomía, etc.

Debemos distinguir esta designación de quienes desarrollan labores de “asistentes terapéuticos” que como su nombre lo indica están vinculados con el desarrollo de una terapia (ya sea médica, psicológica, psiquiátrica, ocupacional, etc.), y de quienes en los hechos asisten a la persona.

También, desde una perspectiva más amplia, los jueces pueden adoptar medidas de apoyo de carácter judicial o extrajudicial para facilitar a la persona con discapacidad mental la toma de decisiones sobre sí mismo, para administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general, en orden a **promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida** (43, 1° y 2° p).

### 5.1.2. Declaración de incapacidad

La declaración de incapacidad sólo puede ser dispuesta cuando la persona se encuentra imposibilitada -por su salud mental- de ejercer, en la práctica, la generalidad de sus derechos por sí misma. Son situaciones extremas y de excepción. Literalmente la norma dice: “Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador” (32. últ. p).

La persona declarada incapaz no puede desarrollar por sí misma ningún acto jurídico, los que sólo son otorgados por su representante legal a quien se llama “**curador**” (101, c).

### 5.1.3. El proceso judicial para restringir la capacidad de una persona y para declararla incapaz. Designación de apoyo y curador

Los jueces son quienes determinan, luego de un juicio, si se trata de una restricción o de una declaración de incapacidad y, en su caso, quién o quiénes serán apoyo o curadores. Al igual que en el caso de la tutela, los apoyos y curadores pueden ser más de uno y ejercerán su cargo en forma conjunta. Salvo situaciones muy excepcionales, se trata de un proceso sencillo, que debe ser breve, esquemáticamente similar para los dos casos.

#### a) ¿Quiénes pueden iniciarlo?

La ley llama “**interesado**” a la persona cuya capacidad ha sido puesta en duda. Vamos a utilizar ese vocablo.

El juicio de restricción de la capacidad o de declaración de incapacidad puede ser iniciado, en primer término, por **el propio interesado** (33, a). Puede también hacerlo **su cónyuge** en tanto no estén separados de hecho o el **conviviente** mientras la convivencia no haya cesado (33, b); sus **parientes** dentro del cuarto

grado o si fueran parientes por afinidad, dentro del segundo grado (ver cap. VI, 4). Finalmente, también puede iniciar el juicio el **Ministerio Público** (ver 6.3).

Suele suceder que la necesidad de entablar este tipo de protección sea observada por otras personas a las que la ley no otorga legitimación. Un ejemplo corriente pasa por los **vecinos de personas que no tienen familiares ni referentes, o cuyos familiares se han desentendido**. Si bien los vecinos no tienen una legitimación directa, pueden plantear su inquietud al **Ministerio Público** para que sea éste quien, en su caso, inicie el juicio de incapacidad al vecino supuestamente enfermo. La actuación de **los vecinos** la volveremos a ver en materia de **internaciones compulsivas**, en casos similares al descrito (5.3.1, b).

#### **b) ¿Ante qué juez se inicia y cómo se desarrolla?**

El juicio se formula ante los jueces correspondientes al domicilio del interesado o los del lugar donde se encuentra internado (36, 2° p).

En tanto la declaración de incapacidad o la restricción son medidas excepcionales que, de prosperar, importarán una limitación para una persona, el comienzo del juicio debe estar revestido de cierta verosimilitud de lo que se afirma, es decir, que el planteo “sea creíble”. De ese modo, en general se exige acompañar un certificado médico o psicológico, o también actuaciones administrativas (certificado de discapacidad, por ejemplo), para evitar que cualquier persona pueda ser sometida a este tipo de procesos sin razón alguna o en búsqueda de otro tipo de finalidades. Pero luego hay que probar concretamente cuál es la dolencia que se padece y cómo repercute esa dolencia en la vida cotidiana.

**El interesado debe participar durante todo el proceso, independientemente de la gravedad de su dolencia.** Se trata de una **garantía** tendiente a eludir cualquier posibilidad de vulneración de derechos y, además, que en caso de ser necesaria la restricción que la misma sea otorgada en su justa medida. La ley dice literalmente: “La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa” (36, 1er p). **En tanto es parte del proceso, el interesado interviene asistido jurídicamente por un profesional del derecho y si no lo tuviere el Estado debe proporcionarle uno** (36, 2° p).

Amén del interesado, la persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados (36, últ. p).

La ley habilita a los jueces para ordenar, **durante el proceso y antes de la**



**sentencia, “las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona”** (34 1er p). Es claro que, en función de la gravedad de la dolencia, de sus características y de la mayor o menor autonomía que ostente el interesado, en algunas ocasiones será necesario adoptar medidas que, en cierto modo, adelantan la sentencia. Así, la ley expresa que la decisión de los jueces “debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador” y que “también puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso” (34).

En múltiples ocasiones la designación de apoyos o de curadores no puede aguardar el desarrollo íntegro del proceso como suele suceder cuando se deben gestionar beneficios jubilatorios, administrar dinero depositado en cuentas bancarias, proveer a las necesidades cotidianas. En esos casos, los jueces pueden designar **apoyos o curadores provisorios** y adoptar, en general, otras medidas que permitan evitar consecuencias disvaliosas. Los curadores o apoyos provisorios tienen las mismas obligaciones y deberes de los curadores o apoyos definitivos y su designación estará supeditada a que finalmente se restrinja la capacidad o se declare la incapacidad.

### c) ¿Qué requisitos particulares tiene este juicio?

Además de lo que ya venimos señalando este tipo de juicios tiene ciertos requisitos particulares que hacen a su validez.

La restricción a la capacidad o la declaración de incapacidad tiene que determinarse a partir del **dictamen de un equipo interdisciplinario**, extremo que la ley considera **imprescindible** (37, últ. p). El **equipo interdisciplinario**, tal como surge de su nombre, es en primer término **un equipo**, con lo que debe estar integrado por al menos dos personas, las cuales, en segundo término, **tienen que pertenecer a disciplinas científicas distintas**. Claro está que alguna de esas disciplinas debe estar enmarcada dentro de las ciencias vinculadas directamente con la salud mental. En este punto vamos a tomar como referencia a la **ley de salud mental** (L. 26.657) a la que en este mismo capítulo nos vamos a referir. En tanto la **salud mental no puede ser entendida como algo estático que se agota en un diagnóstico médico, sino que se relaciona, esencialmente, con la vida en comunidad del interesado**, es claro que esas otras disciplinas deben estar relacionadas a la realidad concreta de ese interesado. Así, pueden ser tan diversas como situaciones debamos establecer con lo que se recurrirá a la **psiquiatría, psicología, psicopedagogía, antropología, trabajo social, terapia ocupacional**, entre otras.





Por otra parte, antes de dictar sentencia **los jueces deben entrevistar personalmente al interesado** (35). De dicha entrevista debe participar **el Ministerio Público** y, al menos, **un letrado que preste asistencia al interesado**. Los jueces deben tener en cuenta la situación de la persona requerida sin que pueda pretenderse que se desarrolle una **audiencia** con las mismas características de las restantes audiencias que toma un juzgado. En ese orden, la ley le impone **asegurar la accesibilidad y disponer los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo con la situación de dicha persona** (35).

Finalmente, como en todo proceso donde se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, **el Ministerio Público debe intervenir**. Si esa intervención no se registrara, la ley prevé una dura sanción: la **nulidad** del acto (103, a), si bien se trata de una **nulidad relativa**, es decir, de acuerdo con las circunstancias y si la no participación no causare perjuicio, el acto puede ser confirmado (388).

#### **d) ¿Qué debe contener la sentencia y cuál es su alcance para las personas?**

La ley impone a los jueces pronunciarse en su sentencia sobre estos aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: “a. diagnóstico y pronóstico; b. época en que la situación se manifestó; c. recursos personales, familiares y sociales existentes; d. régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible” (37, 1er p).

El alcance de la decisión -una vez que la petición haya sido acreditada por las pruebas rendidas en el juicio- no será el mismo si se trata de una restricción a la capacidad o si, por el contrario, es una declaración de incapacidad.

Si es una restricción, los jueces deben puntualizar en su sentencia cuáles son los actos restringidos y designar la persona o personas que actuarán como apoyo. Así, por ejemplo, se deberá determinar si la restricción abarca o no al ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos menores de edad en tanto y en cuanto tal extremo está previsto como una causal de suspensión de dicho ejercicio (702 c, ver cap. VII, 8.2). En cambio, en las declaraciones de incapacidad sólo debe declararlo y designar curador. Dice la ley: “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” (38). Como ya hemos visto, la declaración de incapacidad afecta a la generalidad de los actos de la persona y sus derechos son ejercidos mediante la representación de su curador.

Un aspecto muy importante que debe contener la sentencia es la determinación de cuáles son **las condiciones de validez de los actos específicos**



**sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.** En este sentido, debe establecer, por ejemplo, **si ese apoyo es asistente o representante** y cómo se deben desarrollar los actos jurídicos en que participe la persona con capacidad restringida.

#### 5.1.4 ¿Cómo afecta la sentencia a terceros? Los actos nulos

Los actos jurídicos desarrollados por personas con capacidad restringida o con declaración de incapacidad pueden verse afectados en su validez, es decir, pueden ser declarados nulos. Sobre este aspecto volveremos unos párrafos más abajo.

La comunidad en general tiene que contar con herramientas que le permitan conocer si una determinada persona tiene o no restricciones a su capacidad. Por ejemplo, una persona decide vender un departamento de su propiedad y, a tal fin, va a firmar una escritura. Otra, está a punto de suscribir un contrato de alquiler y otra va a contraer matrimonio en pocos días. **¿Cómo sabemos si hay una sentencia que restringe su capacidad?** Pues bien, la ley ordena **inscribir la sentencia en el registro civil, que dejará una constancia en el margen del acta de nacimiento** (39).

Es decir, si nosotros queremos establecer si una persona goza de plena capacidad o, por el contrario, tiene restricciones a dicha capacidad, podemos hallar esa información solicitando una copia de la partida de nacimiento. **Los efectos de la restricción o declaración de incapacidad se producen, respecto de terceros, a partir de la fecha de registración de la sentencia en el registro civil** (39 2° p).

Desde ya que si las restricciones son dejadas sin efecto también hay que cancelar la registración (39, 3er p).

**¿Qué sucede con los actos jurídicos desarrollados por personas con capacidad restringida o con declaración de incapacidad?**

La ley distingue los **actos realizados con posterioridad** a la inscripción en el registro civil, los que **son nulos** (44), de los **anteriores**.

En el caso de los **actos anteriores a la inscripción**, la ley establece que **pueden ser declarados nulos** si el acto **perjudica** a la persona incapaz o con capacidad restringida y, además, se dan algunas de estas condiciones: a. la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b. quien contrató con él era de mala fe; c. el acto es a título gratuito (45). Es decir, en los actos anteriores a la inscripción no existe modalidad alguna para que una persona -que no esté involucrada en el juicio- sepa que se ha dictado una



sentencia de que restringe la capacidad de otra. Por ello, a diferencia del caso de acto celebrado con posterioridad, la nulidad puede declararse en tanto y en cuanto se den las condiciones apuntadas. En todos los casos, el acto debe perjudicar a la persona con capacidad restringida o incapaz, de lo contrario sería una nulidad por la nulidad misma. Pero, además, deben acreditarse algunas de las tres condiciones descriptas. Las disposiciones procuran garantizar tanto los derechos de la persona con restricciones en su capacidad como así también las del tercero, por ejemplo, un tercero contratante.

La ley marca un límite a la posibilidad de planteos de nulidad de los actos anteriores a la inscripción: **no pueden ser impugnados si la persona falleció (46)**, pero pauta algunas excepciones:

- ✓ que la enfermedad mental resulte del acto mismo, es decir, una persona en pleno uso de sus facultades mentales no hubiese suscripto o realizado ese acto;
- ✓ que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida;
- ✓ que el acto sea a título gratuito;
- ✓ o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

#### 5.1.5. ¿Por qué se debe revisar periódicamente la sentencia?

La sentencia puede revisarse en cualquier momento a pedido de la persona interesada (40).

Amén de ello, **los jueces deben revisar las sentencias en un plazo no mayor a tres años**, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado, en orden a determinar si subsiste o no la situación que dio lugar a la restricción o a la declaración y si se han producido cambios, determinar si también corresponde hacer modificaciones a la situación jurídica.

La revisión encuentra fundamento en que estas sentencias no tienen como único sustento una determinada situación médica –inmodificable en algunos casos- sino la vida social de la persona. Así, por ejemplo, una persona puede haber nacido con Síndrome de Down –situación que no cambiará- mas el grado de afectación en la vida cotidiana se irá modificando en función del logro de una mayor autonomía.

La ley impone al Ministerio Público la obligación de “fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su



caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido” (40 últ. p).

### 5.1.6 ¿Cuándo cesa la restricción a la capacidad o la declaración de incapacidad?

El cese debe ser declarado judicialmente y es competente el mismo juzgado que estableció la restricción o la incapacidad (47). Para decidir tiene que contar con un informe del equipo interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.

Si el restablecimiento no es total, los jueces pueden ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.

## 5.2. Los inhabilitados

Nuestras normas prevén también la figura del **inhabilitado**.

Son aquellas personas que “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” (48). Es decir, **la prodigalidad se traduce en gastos excesivos, desperdicio o dilapidación del patrimonio, consumos desmedidos, operaciones ruinosas**, por ejemplo.

Para que proceda la **inhabilitación** debe acreditarse, entonces, la **situación misma de prodigalidad**, es decir, los hechos o actos que permitan vislumbrar la mala gestión patrimonial, como así también **que por tal razón expone patrimonialmente** a las personas mencionadas. Respecto de las personas con discapacidad, se aclara que son todas las que padecen “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” (48).

La inhabilitación por prodigalidad **puede ser solicitada únicamente por cónyuge, conviviente y por ascendientes y descendientes** (48) y tramita mediante un juicio de características similares al que vimos para la restricción de la capacidad.

¿**Qué consecuencias tiene esta declaración?** La declaración de inhabilitación importa la **designación de un apoyo**, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que se fijen en la sentencia (49). Es decir, se trata de un **apoyo asistente**, esencialmente



para **actos de disposición entre vivos**. Esto quiere decir que el acto jurídico lo otorga la persona inhabilitada mas solo es válido si el apoyo asistente participa del otorgamiento de dicho acto. Cuando habla de **actos de disposición** se refiere a actos en donde **salen bienes del patrimonio o se los compromete gravemente**. Por ejemplo: la venta de un inmueble, una donación, el otorgamiento de una garantía hipotecaria. El límite repercute únicamente en esos actos de contenido patrimonial sin que sea necesaria la asistencia del apoyo para contraer matrimonio o para el reconocimiento de un hijo, por ejemplo.

La inhabilitación **es declarada por los jueces**, como así también su **cese**. En cuanto al cese puede darse la situación en que no se logre un restablecimiento pleno de la capacidad de la persona, como vimos en el cese de la restricción a la capacidad o incapacidad, extremo que habilita a los jueces para ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo. En ambos casos, los jueces deben contar con el previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona (50).

### 5.3. El tratamiento de la salud mental: la ley de salud mental

La perspectiva que hemos desarrollado hasta aquí la propusimos desde el punto de vista de los derechos de la persona que padece dolencias mentales como tal. Existen otras miradas, desde ya. Una de ellas parte del **derecho de la salud mental**, enmarcado en un ámbito más amplio que es el derecho de la salud en general.

El derecho de la salud es regulado por distintas normas entre las que entendemos pertinente destacar a la ley de derechos del paciente (L. 26.529/09) como así también las distintas leyes que regulan el ejercicio de las profesiones vinculadas a la salud.

La salud mental tiene, como adelantáramos, una ley especial (L. 26.657/10), específica para esta materia e inserta en el esquema normativo de protección de los derechos humanos. Veamos algunos aspectos importantes de esta ley:

Se trata de una norma **de orden público** y como tal rige en todas las provincias sin que esté sujeta a adhesión de estas ni tampoco a adhesión de los ciudadanos en particular. Esto abarca tanto al Estado (nacional, provincial, municipal) **como a los efectores de salud** ya sean públicos o privados (hospitales, sanatorios, obras sociales, empresas de medicina prepaga) quienes deben estar o adecuarse a lo estipulado en esa ley.

Equipara el **tratamiento jurídico de las personas con padecimiento mental con el de las personas adictas a sustancias prohibidas** (L. 26.657,4). Remarcamos

que es el tratamiento jurídico, sin que se involucre, como no podría ser de otro modo, en el tratamiento de la salud como tal.

De un modo similar al que veremos en materia de Derechos de la Niñez, **la ley parte de la persona como sujeto de derecho y no como objeto de protección**, concibiéndola como a cualquier otra persona que padece una enfermedad mas reconociendo las particularidades propias de este tipo de dolencias, como así también nuestra propia historia en la materia.

Desde ese lugar y desde la presunción de capacidad de todas las personas -como así también lo hace el Código Civil y Comercial pero desde otro punto de vista (23, a y 31), la ley reconoce derechos a quienes padecen enfermedades mentales entre los que destacamos su derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia, a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado, a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria (L. 26.657, 7).

La norma especial no sólo incluye a la persona que padece la dolencia, sino que sus efectos también abarcan a su familia, sus amigos y vecinos, a los profesionales de la salud, a los efectores de salud tanto sean públicos como privados y al Estado en sus tres poderes.

La ley establece que la problemática de la salud mental es reconocida como un “proceso” y no como un “estado biológico dado”, entendiendo a dicho proceso como “determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos” (L. 26.657, 3). Es decir, se destaca el aspecto dinámico y se descarta que el padecimiento pueda ser considerado un estado inmodificable, un sello indeleble en la frente (L. 26.657, 7 n).

Se pone el acento en el **abordaje interdisciplinario de la problemática de la salud mental y adicciones y establece su obligatoriedad** (L. 26.657, 8, 9, 12, 15, 16 a), **tanto en cuanto al tratamiento como a las internaciones**, al igual que lo hace el Código Civil y Comercial para las restricciones a la capacidad (31, c). Esa concepción interdisciplinaria es desarrollada por un equipo en el que se incluyen no sólo profesionales -psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional- sino también técnicos y “otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente”.

### 5.3.1. Las internaciones

La ley distingue dos tipos de internaciones: **las voluntarias y las involuntarias**.

En las primeras, la internación se efectúa bajo consentimiento del paciente (L. 26.657, 16 y 18), mientras que la segunda es dispuesta por los efectores de salud mental (L. 26.657, 20 y 21) o excepcionalmente por los jueces (L. 26.657, 21 últ. p), o en aquellos casos previstos por la ley donde una internación voluntaria se transforma en involuntaria. **La gran diferencia entre ambas, desde el punto de vista jurídico, es el mayor control judicial que tienen las internaciones involuntarias.**

Existen algunos elementos que son comunes a ambas:

- ✓ la internación es un recurso terapéutico de carácter restrictivo que solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social (L. 26.657, 14);
- ✓ debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios (L. 26.657, 15);
- ✓ debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo en aquellas excepciones que por razones terapéuticas debidamente fundadas establezca el equipo de salud interviniente;
- ✓ en ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes (L. 26.657,15). Si la prolongación de una internación se funda en dichos motivos los jueces deben ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión que crea la ley (L. 26.657, 18);
- ✓ el alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización de los jueces (L. 26.657, 23).

La ley establece que **las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales** y previene al sistema de salud que el rechazo de la atención de pacientes -ya de forma ambulatoria o en internación- por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, es considerado acto discriminatorio para la ley que pena los mismos (L. 23.592, L. 26.657, 28).

La norma inicia un camino que progresivamente busca la eliminación de efectores de salud dedicados específicamente a la salud mental, proceso que se denomina de “**desmanicomialización**”. En tal sentido, prohíbe la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación



monovalentes, públicos o privados, debiéndose adaptar los ya existentes a los objetivos y principios expuestos en la ley, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos (L. 26.657, 27).

En materia de **derivaciones**, tanto de tratamientos ambulatorios o de internación, que se realicen fuera del ámbito comunitario donde vive la persona sólo corresponden si se realizan a lugares donde la misma cuenta con mayor apoyo y contención social o familiar (L. 26.657, 30). Los traslados deben efectuarse con acompañante del entorno familiar o afectivo. Cuando no hubiese consentimiento de la persona, tanto el servicio o institución de procedencia como el servicio o institución de destino, están obligados a informar dicha derivación al órgano de revisión.

#### **a) Internaciones voluntarias**

La persona internada bajo su consentimiento puede en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación (L. 26.657, 18). Los requisitos que deben cumplirse –también en las involuntarias- son los siguientes (L. 26.657, 16):

- ✓ “evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la misma, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra” (L. 26.657, 16, a);
- ✓ “búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar” (L. 26.657, 16, b);
- ✓ “consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. La ley reputa válido al consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación; si se pierde, la internación deviene en involuntaria” (L. 26.657, 16, c).

El equipo de salud a cargo debe comunicar al órgano de revisión que crea la ley y a los jueces competentes aquellos casos en donde la internación voluntaria se prolongue por más de sesenta días corridos, para evaluar si la internación continúa siendo voluntaria (L. 26.657, 18).

#### **b) Internaciones involuntarias**

En esta materia encontramos normas tanto en la ley especial (L. 26.657, 20,21) como en el Código Civil y Comercial (41), las que forman un sistema coherente.

La internación involuntaria es concebida como un recurso terapéutico



excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios (L. 26.657, 20).

La **decisión de internación involuntaria es dispuesta por los efectores de salud** (hospitales, sanatorios) **y no por los jueces** (L. 26.657, 20,21), salvo el supuesto en que el efector deniega la internación y se solicite la intervención judicial y los ordenados por los jueces penales como medidas de seguridad.

El Código Civil y Comercial faculta a la autoridad pública para “disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación” y obliga a las “fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato” (42).

Es decir, **el traslado de la persona que padece una dolencia mental o es adicta y se halla en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros puede disponerse en forma compulsiva.**

Sin embargo, es disposición de traslado **no acarrea necesariamente una internación, sino que es tan solo el transporte compulsivo de una persona a un efector de salud para que un equipo interdisciplinario determine si corresponde o no la internación.**

Claro está que si la persona **no ofrece resistencia a ser trasladada no es necesaria ninguna orden judicial para que se concrete.** La persona puede llegar al sanatorio u hospital por cualquier medio, como así también puede hallarse en el efector de salud por una consulta y determinarse en ese momento la necesidad de internación. Tampoco en esos casos es necesaria la intervención de los jueces.

Si bien en la gran mayoría de los casos **las peticiones de traslados compulsivos ordenados judicialmente son formuladas por familiares** -cónyuges, hijos, padres, madres- lo cierto es que también puede ser peticionado por otras personas, **vecinos, efectores o funcionarios públicos**, por ejemplo. Los jueces deben extremar las precauciones y recaudos para lograr la convicción de la verosimilitud de aquello que se plantea, a efectos de no vulnerar la libertad ambulatoria de una persona.

**¿Cuáles son los supuestos de internaciones involuntarias?** La ley distingue los siguientes seis:

- ✓ Cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para la persona en sí o para terceros (L. 26.657, 20). El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente (L. 26.657, 23).

- ✓ Cuando durante el transcurso de una internación voluntaria la persona pierde el estado de lucidez y de comprensión de la situación – ya sea por su estado de salud o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas afectándose así el consentimiento informado originariamente otorgado (L. 26.657, 16).
- ✓ Cuando los jueces entiendan que una internación voluntaria que se ha prolongado por más de sesenta días corridos debe pasar a considerarse involuntaria (L. 26.657, 18)
- ✓ Cuando el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla y la internación involuntaria sea dispuesta por los jueces (L. 26.657, 21, último p).
- ✓ Cuando se interne a personas menores de edad o declaradas incapaces, donde debe observarse idéntico tratamiento al de las internaciones involuntarias. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo con la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos (L. 26.657, 26).
- ✓ Cuando las mismas son dispuestas por los jueces en lo penal como una medida de seguridad (C.P. 34).

Las disposiciones de internaciones involuntarias deben cumplir con:

- ✓ En el dictamen profesional del servicio asistencial se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente, debiendo ser suscripto por dos profesionales de diferentes disciplinas que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona internada, uno de ellos debe ser psicólogo o médico psiquiatra (L. 26.657, 20, a), amén de contar con la evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación (L. 26.657, 16).
- ✓ Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento (L. 26.657, 20, b).
- ✓ Informe de las instancias previas implementadas si las hubiera (L. 26.657, 20, c).
- ✓ Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar (L. 26.657, 16).

Cuando el hospital o sanatorio (efector de salud) recibe a la persona debe efectuar una evaluación y determinar si tiene criterio suficiente para su internación o no.

**La disposición judicial que ordenó el traslado no importa de modo alguno una orden de internación**, sino que, reiteramos, la internación la evalúa y dispone el efector de salud.

En tanto se trata de situaciones **urgentes**, el efector de salud debe evaluar al paciente y decidir si ordena o no la internación y, en su caso, disponer las derivaciones necesarias si es que no tuviese lugar disponible para recibirlo.

Si la evaluación es **negativa**, la persona que gestionó el traslado -suele ser un familiar- puede **solicitar que se ordene judicialmente la internación**. En ese sentido, los jueces tendrán que recurrir a un equipo interdisciplinario propio para evaluar al paciente y también ponderar las razones de la negativa del efector de salud y, si se dan todos los requisitos de la ley, disponer por la internación involuntaria.

### **b.1) Control judicial de legalidad de la internación involuntaria**

Si la evaluación del efector de salud es **afirmativa, debe ordenar la internación**. En tal caso, y en los supuestos de transformación de una internación voluntaria en involuntaria, la ley impone al sanatorio u hospital dos obligaciones principales (L. 26.657, 21):

- ✓ durante las primeras diez horas, comunicarlo a los jueces competentes y al órgano de revisión;
- ✓ durante las primeras cuarenta y ocho horas, remitir a esos jueces todas las constancias respaldatorias del cumplimiento de los requisitos de la internación.

Los jueces, en el plazo de tres días, deben expedirse en alguno de los siguientes sentidos:

- ✓ autorizar la internación, si evalúan que están dadas las causales previstas por esta ley (L. 26.657, 21, a);
- ✓ “requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria” (L. 26.657, 21, b) y/o
- ✓ “denegar, en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata” (L. 26.657, 21, c).

Una vez autorizada la internación involuntaria, los jueces deben reevaluar periódicamente si persisten las razones para la continuidad de la medida pudiendo disponer la externación inmediata en cualquier momento. A tal fin deben requerir informes con una periodicidad no mayor a los treinta días corridos (L. 26.657, 24 1er p). Si transcurridos los primeros noventa días y luego



del tercer informe continuase la internación involuntaria los jueces deben pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento, y en lo posible independiente del servicio asistencial interviniente, a fin de obtener una nueva evaluación. En caso de diferencia de criterio, optará siempre por la que menos restrinja la libertad de la persona internada.

Como vimos, el alta, **externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización de los jueces**, excepto las internaciones dispuestas por los jueces penales como medidas de seguridad (L. 26.657,23, CP. 34).

#### 5.4. Salud mental y sistema penal

En materia penal, las discapacidades mentales tienen importancia a efectos de determinar si una determinada conducta -tipificada como delito en las leyes penales- puede ser imputada o no a una persona. La pregunta es si esta persona tiene o no capacidad para comprender la criminalidad de la conducta que desarrolló. Si no la tiene, como en las discapacidades mentales o en los niños menores de cierta edad, la persona es inimputable.

Ello no implica que necesariamente quede en libertad, **los jueces penales pueden ordenar la internación compulsiva como una medida de seguridad** (CP, 34).

Si, por el contrario, los jueces penales **no ordenan la medida de seguridad**, corresponde la aplicación de los criterios expuestos anteriormente **y la persona será internada solo si se dan algunos de los supuestos de internaciones involuntarias**, pero no con relación al delito que cometió ni a su supuesta peligrosidad.

#### 6. Representación de las personas con incapacidad de ejercicio y asistencia de las personas con capacidad restringida o inhabilitadas

Sobre **representación y asistencia** hemos avanzado tangencialmente en los puntos anteriores al abordar la capacidad de las personas por nacer, de las personas menores de edad y de las personas con afecciones en su salud mental.

Vamos ahora a profundizar en cada una de ellas y, especialmente, vamos a tratar sobre la **tutela** y la **curatela**.

Un bebé, una niña muy pequeña, una persona que se halla en estado vegetativo o sufre una dolencia mental que no le permite expresar su voluntad, requieren



de otras personas que los representen para poder vincularse jurídicamente con la comunidad en la que viven.

Ahora bien, las personas que padecen enfermedades mentales no siempre se encuentran absolutamente imposibilitadas de actuar con su entorno. Por el contrario, desde el punto de vista del derecho se las considera, en general, capaces para todos los actos jurídicos que no estén judicialmente restringidos. En estos casos, la persona no necesita alguien que lo represente frente a otros, lo que importa en gran medida ocupar su lugar jurídico en la sociedad, sino de una persona que la asista.

Como vemos, estamos frente a instituciones jurídicas que se caracterizan por su dinámica y su necesidad de adaptación a cada situación particular. Así, no será la misma situación de una persona cuando que es bebé que cuando esa misma persona sea adolescente, ni tampoco la de un niño de siete u ocho años con la de un adolescente que padece retraso madurativo. De igual modo, no será igual la situación de una persona que padece una enfermedad mental y que no ha recibido ningún tipo de abordaje terapéutico, de la de aquella que sí tuvo esa oportunidad y desarrolló elevados niveles de autonomía.

Hablamos de **representación** cuando nos encontramos frente a personas con incapacidad jurídica de ejercicio y de personas con capacidad restringida en tanto y en cuanto en la sentencia que declare la restricción se hayan asignado funciones de representación a los apoyos, mientras que hablamos de **asistencia** cuando se trata de personas con restricciones en su capacidad en general e inhabilitados. Así, tal como adelantamos en el punto 5.1.1., si se pretende vender un inmueble cuyo dueño es una persona con declaración de incapacidad la escritura será firmada por el curador que es su representante, previa autorización judicial. De igual modo, se requerirá solo la firma del apoyo si es que ha sido designado “representante” para tales actos en la sentencia respectiva. En cambio, si se trata de un “apoyo-asistente” la escritura será firmada tanto por la persona con capacidad restringida o inhabilitada como por el apoyo.

### **6.1. Representación de las personas con incapacidad de ejercicio y con restricciones a su capacidad**

La regla general es que las personas jurídicamente incapaces “**ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí**” (100). En el caso de las personas con capacidad restringida, la representación operará respecto de aquellos actos jurídicos que requieran para su otorgamiento de un apoyo-representante, conforme se haya establecido en la sentencia por la que se restringiera la capacidad.

De la sola lectura de esta norma podemos inferir que se prevén algunos derechos que sí pueden ser ejercidos y que la representación, tal como hoy la concebimos, no importa una suplantación lisa y llana de la persona representada. Tal como señalamos en el párrafo anterior, en algunos casos la representación abarcará a todos los actos jurídicos y se irá morigerando a medida que la persona incapaz vaya logrando mayores niveles de autonomía.

¿**Quiénes son los representantes de las personas incapaces?** La normativa nos dice que son las siguientes:

- ✓ “de las personas por nacer, sus padres” (101, a);
- ✓ “de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres” (101, b), recordemos que la emancipación solo se produce por matrimonio (ver 4.1.3). “Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe” (101, b);
- ✓ “de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos” (101, c);
- ✓ “de las personas incapaces, el curador que se les nombre” (101, c).

### **6.1.1. Los progenitores y la responsabilidad parental**

Las personas menores de edad son representadas, en principio, por sus padres, que son quienes ejercen la responsabilidad parental. (Corresponde señalar que el legislador utiliza los vocablos “padres” y “progenitores” en tanto comprensivos de “padre y madre”, “madre y madre”, “padre y padre”, conforme nuestro marco legal).

Al respecto, vamos a remitirnos al Capítulo IX donde abordaremos con mayor extensión los derechos y obligaciones derivados de la responsabilidad parental y, especialmente, sus causales de suspensión, de privación y de extinción.

### **6.1.2. La tutela**

“No se olviden, la devuelven mañana, firmada” decía la señorita Lucy a sus alumnos de segundo grado cuando les entregaba la libreta de calificaciones. Bueno, lo mismo se le escuchó decir a la señorita Adelma, Griselda, Angelita, Miriam, Rosita y seguramente también a tu maestra, a la de tus hermanos y lo siguen diciendo las maestras de hoy en día. Para que “vuelva firmada”, la libreta tiene un lugarcito, a veces un rectángulito de bordes negros, a veces una línea

punteada, y allí dice: “Firma del padre, madre o tutor”.

La palabra “Tutor” genera algunas (o muchas) preguntas especialmente en aquellos que han tenido la suerte de tener a sus padres durante su infancia.

Bien, **tutor** es quien ejerce la **tutela**. Vamos a ver entonces **cuándo hay tutela**. La ley nos da una definición muy precisa: “**La tutela está destinada a 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**” (104, 1er p).

La tutela, como podemos leer en ese concepto, requiere que:

- ✓ haya un niño, niña o adolescente que no haya alcanzado la plenitud de su capacidad civil;
- ✓ que no haya persona alguna que ejerza la responsabilidad parental.

Es claro, entonces, que, **si hay una persona que puede ejercer la responsabilidad parental** -la madre o el padre- **no habrá tutela**.

¿Cuándo estaremos frente a un caso donde no haya quien ejerza la responsabilidad parental (ver, cap. IX, 7 y 8)? Pues bien:

- ✓ cuando ambos padres han fallecido (699);
- ✓ cuando se ha adoptado una medida excepcional por parte de la autoridad encargada de aplicar la ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (702, d, L. 26.061, ver cap. II, 7.3);
- ✓ cuando ambos padres han sido suspendidos en el ejercicio de la responsabilidad parental (702);
- ✓ cuando ambos padres han sido privados de la responsabilidad parental (700, 700 bis).

En esos casos se necesita nombrar a una persona que pueda tomar a su cargo el cuidado de esos niños y representarlos en la vida cotidiana. Esa persona será el **tutor** o los **tutores** y, en general, deberá ejercer su función siguiendo los principios que rigen a la **responsabilidad parental** (104, 2° p, ver cap. IX).

### a) Los tutores

La ley nos dice que “La tutela puede ser ejercida por **una o más personas**, conforme aquello que más beneficie al niño, niña o adolescente” (105, 1er p).

¿Qué sucede si existen diferencias de criterio entre los tutores? Esas diferencias deben ser resueltas por los mismos jueces que otorgaron la tutela

(105, 2° p). En el derecho utilizamos la expresión “**discernir la tutela**” que significa **otorgarla, concederla**. Esos jueces deberán escuchar a los tutores y darle participación al Ministerio Público en su función de representante complementario de los incapaces (103, a, ver 6.3), como debe hacerlo en todos los aspectos relacionados con la tutela (105, últ. p).

El cargo de tutor es **intransmisible**, es decir, si yo soy tutor de una niña no puedo cederle el cargo a otra persona para que lo siga ejerciendo. Claro está que tampoco es enajenable ni de modo alguno delegable como tal, sin perjuicio de la posibilidad de otorgar un mandato o suscribir un poder para celebrar un determinado acto jurídico o llevar adelante un trámite, como puede ser una acción judicial.

### **b) ¿Quiénes no pueden ser tutores?**

La ley veda a algunas personas la posibilidad de ser designados tutores. Veamos, entonces, quiénes no pueden serlo:

- ✓ quienes no tienen domicilio en nuestro país (110, a);
- ✓ las personas que fueron declaradas en quiebra en tanto no hayan sido rehabilitadas (110, b);
- ✓ quienes han sido privados o suspendidos en el ejercicio de la responsabilidad parental (110, c, ver cap. IX, 8);
- ✓ las personas que han sido removidas de la tutela o curatela o apoyo de otra persona incapaz o con capacidad restringida, por causa que les era atribuible (110, c);
- ✓ quienes deben ejercer por largo tiempo o plazo indefinido un cargo o comisión fuera del país (110, d);
- ✓ quienes no tienen oficio, profesión o modo de vivir conocido, o tienen mala conducta notoria (110, e);
- ✓ los condenados por delito doloso a penas privativas de la libertad (110, f);
- ✓ las personas deudoras o acreedoras por sumas considerables respecto de la persona sujeta a tutela (110, g);
- ✓ las personas que tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor, extendiéndose la prohibición a su cónyuge, conviviente, padres o hijos (110, h);
- ✓ las personas que, estando obligadas, omiten la denuncia de los hechos que dan lugar a la apertura de la tutela (110, i);



- ✓ las personas inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida (110, j);
- ✓ quienes hubieran sido expresamente excluidas por el padre o la madre de quien requiere la tutela, excepto que según el criterio de los jueces resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente (110, k).

### **c) ¿Quiénes están obligados a denunciar la situación de un niño, niña o adolescente que requiera la designación de tutores?**

La ausencia de personas adultas que ejerzan la responsabilidad parental sobre niños y adolescentes importa una situación compleja para los mismos, al menos desde la perspectiva del ejercicio de sus derechos y su relación con la comunidad.

La ley impone a ciertas personas la obligación de denunciar estos hechos a efectos de que puedan adoptarse las medidas tutelares correspondientes y, como vimos en el punto anterior, establece ciertas sanciones para quienes no cumplen con esa obligación legal.

**¿Quiénes son esas personas?** La normativa prevé dos grupos:

- ✓ Los parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente, es decir, los ascendientes y descendientes, los hermanos bilaterales y unilaterales y los parientes por afinidad en línea recta en primer grado (537, 538, ver cap. X, 2.1. y cap. VI).
- ✓ El guardador o quienes han sido designados tutores por sus padres o éstos les hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental; como veremos más adelante los padres pueden designar tutores y también pueden delegar el ejercicio de la responsabilidad parental (643) como así también es posible que judicialmente se haya designado un guardador (657).

**¿Qué deben denunciar concretamente?** Pues bien, que la persona menor de edad respecto de la que es obligado alimentario, o guardador, o fue designado tutor por sus padres o a quien le delegaron el ejercicio de la responsabilidad parental, “no tiene referente adulto que lo proteja” (111, 1er p).

**¿A quién deben dirigir la denuncia?** La norma dice que la denuncia se dirige “a la autoridad competente”. No cabe duda alguna que esa autoridad son los jueces del lugar donde radica el centro de vida de los niños. Amén de ello, también podría hacerse saber la situación al Ministerio Público.

**¿En qué plazo debe efectuar esa denuncia?** La denuncia debe efectuarla dentro de los diez días de haber conocido la situación de los niños. El plazo se halla vinculado con la necesidad de brindar una rápida respuesta jurídica ante una situación de desprotección.

¿**Cuál es la sanción por la omisión?** Son dos sanciones, la primera pasar por ser privados de la posibilidad de ser designados tutores y la segunda puede ser aún más gravosa dado que la ley los hace **responsables de los daños y perjuicios** que su omisión de denunciar le ocasione al niño, niña o adolescente (111, 1er p).

**Otras personas obligadas:** La normativa prevé también que los oficiales públicos encargados del registro civil y otros funcionarios públicos que, en ejercicio de su cargo, tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de la tutela, tienen también la obligación de denunciar. Asimismo, ordena a los jueces dictar las disposiciones que correspondan cuando tomen conocimiento de un hecho que motive la apertura de una tutela (111, 2° y últ. p).

#### **d) Tutores designados por los progenitores**

Los **progenitores pueden nombrar** uno o varios **tutores** a sus hijos menores de edad en tanto y en cuanto no estén privados o suspendidos del ejercicio de la responsabilidad parental (106, 1er p).

Un ejemplo: la madre de un adolescente, cuyo progenitor no lo ha reconocido como hijo, padece una enfermedad terminal. Previendo la situación futura de su hijo decide nombrarle tutora a su hermana. Esa designación puede ser efectuada en el **testamento** o por medio de una **escritura pública y debe ser aprobada por los jueces** (106, 1er p).

Claro está que la designación operará al momento en que los padres hayan fallecido o se hayan visto privados o suspendidos en el ejercicio de la responsabilidad parental y es allí donde se deberá articular una acción para obtener la aprobación judicial que, reiteramos, en todos los casos deberá contar con la intervención del Ministerio Público.

En el testamento o en la escritura pública de designación de tutores, no pueden incluirse cláusulas que los eximan de hacer inventario, los autoricen a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o los liberen del deber de rendir cuentas. Si se las incluye se las tiene por no escritas (106, 1er p).

Los progenitores pueden **delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente**, conforme veremos más adelante (643, ver cap. IX, 2.4). En ese caso particular, la normativa presume la voluntad de los padres para que ese pariente sea nombrado tutor de sus hijos menores de edad. La designación debe ser discernida (otorgada) por los jueces que hayan homologado el acuerdo de delegación del ejercicio o por los del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente (106, 2° p).

Si ambos progenitores dejaron disposiciones relacionadas con la tutela y la designación de tutores, se deben aplicar unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles y si no lo son serán los jueces los que deban adoptar las que consideren más convenientes para el tutelado, mediante una resolución fundada (106, últ. p).

#### e) Tutores nombrados por los jueces: la tutela dativa

El nombramiento de tutores por los progenitores no es la situación más común. Para el caso de no existir tal designación, como así también en aquellos en los que los tutores designados se excusen o rechacen el nombramiento o les resulte imposible ejercer el cargo, los jueces otorgarán la tutela **“a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad”** (107). Para acreditar tal idoneidad existe libertad probatoria; así, se suelen ofrecer informes para probar los vínculos afectivos concretos con el tutelado, certificado de buena conducta o de antecedentes penales, informes ambientales sobre su lugar de residencia, estructura económica con la que se cuenta, entre otros.

A esta tutela se la denomina jurídicamente como **tutela dativa**.

¿A quiénes **no** se puede **nombrar** tutor dativo? La ley prohíbe a los jueces conferir la tutela dativa a las siguientes personas:

- ✓ “a su cónyuge, conviviente, o parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad” (108, a); entonces, los jueces no podrán designar tutores a su esposa o conviviente, ni a sus hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, hermanos, tíos y primos hermanos;
- ✓ “a las personas con quienes mantiene amistad íntima ni a los parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad” (108, b);
- ✓ “a las personas con quienes tiene intereses comunes” (108, c);
- ✓ “a sus deudores o acreedores” (108, d);
- ✓ “a los integrantes de los tribunales nacionales o provinciales que ejercen sus funciones en el lugar del nombramiento; ni a los que tienen con ellos intereses comunes, ni a sus amigos íntimos o los parientes de éstos, dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad” (108, e);
- ✓ “a quien es tutor de otro menor de edad, a menos que se trate de hermanos menores de edad, o existan causas que lo justifiquen” (108, f).

### **f) Caso especial de los parientes guardadores o a quienes se les delegó el ejercicio de la responsabilidad parental**

Como veremos en el capítulo IX (3.2.7), en situaciones de gravedad los jueces pueden otorgar la guarda de los niños a un pariente por un plazo de un año renovable por otro año (657). Estos guardadores no ostentan la titularidad ni el ejercicio de la responsabilidad parental sino que están habilitados para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana de los niños a su cuidado.

Adelantamos también, unos párrafos más arriba, que los progenitores pueden delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente (643) y que, en ese caso, los jueces deben presumir que los padres han tenido la voluntad que ese pariente sea designado tutor (106, 2° p).

Sin embargo, para estas dos situaciones en particular, la ley habilita a los jueces que otorgaron la guarda para que puedan ordenar que la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente quede a cargo del guardador, si ello es más beneficioso para su interés superior. En el mismo sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente, los jueces que homologaron la delegación pueden otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. Para ambos supuestos, la ley dispone que el guardador sea el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial (104, 3er p).

### **g) Caso especial del curador de una persona incapaz que tiene hijos menores**

Una persona tiene un hijo menor de edad; el otro progenitor ha fallecido. Si esa persona sufre de una enfermedad mental que provoca su declaración de incapacidad y la consecuente designación de un curador, la normativa prevé que el **tutor de esos hijos** sea **ese curador** (140).

La normativa prevé que, amén de lo expuesto, los jueces pueden “otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales” (140).

### **h) La tutela especial**

En algunas situaciones **se deben designar tutores a los niños aun cuando los padres se encuentren en pleno ejercicio de la responsabilidad parental,**

como así también en casos donde hay un tutor designado, pero se dan ciertas circunstancias que tornan incompatible el ejercicio de la tutela.

Se busca proveer una representación específica para un momento determinado, sin que ello importe perturbar el ejercicio de la responsabilidad parental o de la tutela en general. Esos momentos tienen como denominador común una contraposición de intereses entre los padres y sus hijos o los tutores y los niños bajo su tutela y también, en algún caso, un obstáculo para el normal ejercicio de la responsabilidad parental o de la tutela.

Los tutores especiales **limitan su actuación a los actos jurídicos cuya tutela les es encomendada**, en el caso de la representación en juicio a ese juicio, en el caso de los bienes se acota a la administración de esos bienes. La representación de la persona tutelada también observa el mismo límite y no se extiende a la generalidad de la vida de los niños.

La designación es **siempre judicial** y procede en los siguientes casos:

#### **h.1) Cuando hay conflicto de intereses**

El conflicto de intereses puede darse tanto entre los representados y sus representantes (109, a) como así también entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal (109, c).

Un ejemplo claro de conflicto de intereses lo hallamos en las demandas de impugnación de la filiación matrimonial iniciadas por los hijos, demandas que deben ser dirigidas contra ambos progenitores (ver cap. VII, 4.7.2). Si se trata de una persona menor de edad y por ende se encuentra bajo la responsabilidad parental de sus padres, surge con claridad que esos progenitores no pueden ser al mismo tiempo representantes de sus hijos y demandados por ellos.

Podría darse también una demanda judicial que deba iniciar un hermano respecto de sus otros hermanos, todos ellos menores de edad y que tienen un mismo tutor; allí la situación conflictiva y oposición de intereses se vislumbra también con nitidez.

Otra situación clara de conflicto de intereses puede registrarse en las demandas de derecho a la debida comunicación cuando el conflicto entre los progenitores refleje con claridad que ninguno de ellos está defendiendo los derechos de sus hijos.

Las funciones del tutor especial se limitan, claro está, al proceso judicial y no a la generalidad de la vida de las personas menores de edad tuteladas.

La persona a ser designada puede ser un familiar o un tercero que comparezca

en los procesos judiciales con patrocinio de un profesional del derecho como así también un profesional, sin perjuicio de observar las prohibiciones que antes hemos comentado.

También cabe considerar, en ambos casos, la posibilidad de comparecencia directa de adolescentes patrocinados por sus propios abogados mediante la figura del “abogado del niño” (ver 7). En ese orden, la normativa pauta que “si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial” (109, a, c).

## **h.2) En función de los bienes de la persona menor de edad**

Pueden presentarse ciertas situaciones vinculadas con la administración de los bienes de las personas menores de edad que no puedan ser desarrolladas por sus progenitores o por sus tutores o que sea más conveniente la administración por una persona distinta de ellos.

El primer supuesto se da cuando los progenitores no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad (109, b, ver cap. IX, 6.6). Dicha situación se encuentra contemplada cuando esa administración sea ruinosa, o se pruebe la ineptitud de los padres para administrarlos (694). Asimismo, los jueces pueden declarar la pérdida de la administración en los casos de concurso o quiebra de los progenitores que administran los bienes de sus hijos (694).

Otro supuesto lo encontramos “cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor” (109, d).

También se prevé la designación de tutor especial “cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor” (109, e), por ejemplo, cuando los bienes a ser administrados se ubican en otra provincia o en el extranjero.

Finalmente, la normativa contempla aquellos casos en los que “se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar (109, f)”, como sucede cuando se debe administrar una empresa familiar o ciertas inversiones complejas.

## **h.3) En situaciones de urgencia**

La vida cotidiana de los niños no permite, en muchos casos, esperar

la designación definitiva de tutores e impone proveer medidas urgentes y provisionales a los fines de la representación y de la toma de decisiones. En ese orden, la ley permite a los jueces designar tutores especiales hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda (109, g). En ese sentido podemos encontrar designaciones de tutores especiales para tramitar una cierta documentación -el documento nacional de identidad, por ejemplo- o para iniciar una reclamación por daños y perjuicios cercana a la prescripción.

Debemos diferenciar esta situación de los casos en que, durante el proceso judicial de tutela, son nombrados **tutores provisionales** dado que ellos actúan con la misma extensión y alcance que el tutor definitivo sin que pueda confundirse con la del tutor especial que siempre es nombrado para actos determinados.

### **i) Otorgamiento de la tutela y designación de los tutores (discernimiento de la tutela)**

La tutela es siempre otorgada judicialmente (112). Son competentes los jueces donde los niños tienen su centro de vida. Adelantamos que centro de vida es “el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” (L. 26.061, 3, f, ver cap. II, 5).

Para discernir la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, los jueces deben “oír previamente al niño, niña o adolescente, tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior” (113, a, b y c respectivamente).

Es posible que la persona que vaya a ser designada tutora haya realizado actos jurídicos en beneficio de la persona menor de edad. En ese caso, la ley establece que esos actos quedan confirmados por el nombramiento en tanto y en cuanto no importen un perjuicio para los niños (114).

La aceptación del cargo consta, en general, en las propias actuaciones judiciales, conforme las modalidades de cada ordenamiento procesal local.

### **j) Inventario y avalúo de los bienes recibidos**

Al momento de otorgarse la tutela, los bienes de las personas tuteladas deben ser entregados al tutor o los tutores, **previo inventario y avalúo** que realiza quien los jueces designen (115, 1er p). Si el tutor tiene un crédito contra la persona sujeta a tutela, debe hacerlo constar en el inventario bajo apercibimiento de no poder luego reclamarlo, excepto que al omitirlo haya ignorado su existencia (115, 2º p).

La realización del inventario es de suma importancia en tanto y en cuanto hasta que no se realice el tutor sólo puede tomar las medidas que sean urgentes y necesarias (115, 3er p).

La norma también prevé que “los bienes que el niño, niña o adolescente adquiera por sucesión u otro título deben inventariarse y tasarse de la misma forma” (115, últ. p).

Asimismo, cuando el tutor “sucede a alguno de los padres o a otro tutor anterior, debe pedir inmediatamente, al sustituido o a sus herederos, rendición judicial de cuentas y entrega de los bienes del tutelado” (116). Este mandato de la ley a los tutores hace a su propia responsabilidad como tales en tanto y en cuanto marcará el momento de inicio de una nueva administración.

### k) Ejercicio de la tutela

Un primer aspecto que debemos tener en cuenta es que el o los tutores son los **representantes legales** de la persona menor de edad tutelada **en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial**, “sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez” (117).

En otro orden, quienes ejercen la tutela son **responsables** por los **daños que causen al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones** (118). La norma agrega que “el tutelado, cualquiera de sus parientes, o el Ministerio Público pueden solicitar judicialmente las providencias necesarias para remediarlo, sin perjuicio de que sean adoptadas de oficio” (118).

Los tutores deben sopesar cuál es el esquema anual de gastos a partir de los ingresos y la renta de los bienes de su pupilo. De ese esquema, los jueces deben “**fijar las sumas requeridas para la educación y alimentos del niño, niña o adolescente**, ponderando la cuantía de sus bienes y la renta que producen, sin perjuicio de su adecuación conforme a las circunstancias” (119, 1er p). En el caso que esos recursos propios del pupilo no fueren suficientes para atender a su cuidado y educación, “**el tutor puede, con autorización judicial, demandar alimentos a los obligados a prestarlos**” (119, 2° p).

#### k.1) Actos prohibidos

Los tutores no pueden, ni siquiera con autorización judicial, “celebrar con su tutelado los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores de



edad” (120). En general, los progenitores **no pueden hacer contrato alguno con sus hijos bajo responsabilidad parental**, es decir, aquellos que son menores de dieciocho años, excepto para el caso de donaciones sin cargo (689). Se extiende también a los tutores, la prohibición que rige para los padres quienes no pueden, ni 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” (ver cap. IX, 6.3). Por otra parte, tampoco pueden celebrar contrato alguno con el pupilo, aunque haya cesado la incapacidad, si aún no hubiese sido aprobada judicialmente la rendición de cuentas final (120, 2° p).

Señalemos también que “los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación” no pueden celebrar contrato de comodato (1535), es decir un préstamo de uso gratuito (1533).

Asimismo, tutores y curadores no pueden recibir donaciones de quienes estuvieron bajo su tutela o curatela antes de la rendición de cuentas y del pago de cualquier suma que hayan quedado adeudándoles (1550).

Tampoco pueden hacer transacciones respecto de las cuentas de su gestión (1646) ni suceder por testamento a su pupilo “si estos mueren durante la tutela o curatela o antes de ser aprobadas las cuentas definitivas de la administración” (2482, a).

## k.2) Actos que requieren autorización judicial

Algunos actos pueden ser otorgados por el tutor, en representación de la persona menor de edad bajo su tutela, solo si con anterioridad obtiene la autorización de los jueces. Suele denominarse **venia judicial** a esa autorización y al trámite que se debe realizar ante los jueces. Debe obtenerse para:

- ✓ “adquirir inmuebles o cualquier bien que no sea útil para satisfacer los requerimientos alimentarios del tutelado” (121, a);
- ✓ “prestar dinero de su tutelado. La autorización sólo debe ser concedida si existen garantías reales suficientes” (121, b); las garantías reales son aquellas que se constituyen sobre cosas (recordemos que “reales” proviene de la palabra latina “res”, es decir, cosa), como por ejemplo la hipoteca o la prenda. En la hipoteca, el crédito es garantizado con un bien inmueble mientras que en la prenda la garantía reposa en un bien mueble, como por ejemplo un automotor;

- ✓ “dar en locación los bienes del tutelado o celebrar contratos con finalidad análoga por plazo superior a tres años, es decir alquilar esos bienes, por ejemplo. En todos los casos, estos contratos concluyen cuando el tutelado alcanza la mayoría de edad” (121, c);
- ✓ “tomar en locación inmuebles que no sean la casa habitación” (121, d); es decir, alquilar un local comercial, por ejemplo;
- ✓ “contraer deudas, repudiar herencias o donaciones, hacer transacciones y remitir créditos, aunque el deudor sea insolvente” (121, e); así, estarán comprendidos: solicitar un crédito, decidir la no aceptación de una herencia o de un bien que se le quiera donar a la persona bajo tutela, como así también perdonar una deuda que alguien tenga con el tutelado o arreglar una determinada acreencia cediendo parte de lo reclamado por su tutelado (transacción);
- ✓ “hacer gastos extraordinarios que no sean de reparación o conservación de los bienes” (121, f);
- ✓ “realizar todos aquellos actos en los que los parientes del tutor dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, o sus socios o amigos íntimos están directa o indirectamente interesados” (121, g).

La autorización judicial para la transmisión, constitución o modificación de derechos reales sobre los bienes del niño, niña o adolescente sólo puede otorgarse si media conveniencia evidente y los bienes que tienen valor afectivo o cultural sólo pueden ser vendidos en caso de absoluta necesidad (122).

Respecto de la **venta de bienes de la persona menor de edad**, la ley indica que la misma “debe hacerse en subasta pública, excepto que se trate de muebles de escaso valor, o si a juicio del juez, la venta extrajudicial puede ser más conveniente y el precio que se ofrece es superior al de la tasación” (123). Es decir, debemos tener una tasación del bien, en primer lugar. Para ello, el tutor acompaña tasaciones privadas que luego deben ser ponderadas por el Ministerio Público. Luego, y como principio general, la venta se debe hacer mediante un remate judicial en el que interviene un martillero público, sin perjuicio de optarse por una venta extrajudicial, directa a una persona determinada, por ejemplo, siempre y cuando la oferta sea mayor a la tasación. En este último caso, debe tenerse presente que la subasta pública otorga una mayor transparencia mas no siempre permite obtener un mayor rédito, con lo que habrá de estarse al caso concreto.

### **k.3) Inversiones de bienes de la persona menor de edad**

Si existiere un saldo en dinero en favor del tutelado, luego de cubiertos los gastos de la tutela, ese dinero “debe ser colocado a interés en bancos de

reconocida solvencia, o invertido en títulos públicos, a su nombre y a la orden del juez con referencia a los autos a que pertenece”. De esas inversiones “el tutor no puede retirar fondos, títulos o valores sin autorización judicial” (124).

También los jueces pueden autorizar “que los bienes sean transmitidos en **fideicomiso** a una entidad autorizada para ofrecerse públicamente como fiduciario, siempre que el tutelado sea el beneficiario. Asimismo, puede disponer otro tipo de inversiones seguras, previo dictamen técnico” (125). El **contrato de fideicomiso** (1666) muy posiblemente lo hayas visto ofrecido o hayas firmado uno para la construcción de un edificio de departamentos, especialmente en aquellos que se denominan “compra desde el pozo”, “compra al costo”, “fideicomiso al costo”, pero es una figura jurídica contractual que tiene múltiples aplicaciones (fideicomiso inmobiliario, sucesorio, financiero, por ejemplo). Se trata de un contrato complejo en el que intervienen varias partes y lo explicaremos con un ejemplo: una persona, que es propietaria de un lote de terreno baldío, le transmite esa propiedad a otra persona para que construya sobre ese lote un edificio de departamentos. Además, le indica que los beneficios obtenidos se los otorgue a él mismo y finalmente le retransmita la propiedad. Al primero lo llamamos fiduciante y al segundo fiduciario. También el fiduciante puede decirle al fiduciario que los beneficios y la propiedad se los transmita a otras personas. Al que recibe el beneficio le llamamos “beneficiario” y al que recibe la propiedad final “fideicomisario”. La gran ventaja es que con ese bien transmitido se genera un nuevo tipo de propiedad (**la propiedad fiduciaria**) la que resulta inalcanzable para los acreedores del dueño original y del nuevo dueño, excepto por las propias deudas originadas por la construcción. En el caso de la **tutela** el negocio jurídico se puede autorizar en tanto y en cuanto el **pupilo sea beneficiario del fideicomiso**.

En el caso que la persona menor de edad bajo tutela tuviese **parte en una sociedad** “el tutor está facultado para ejercer los derechos que corresponden al socio a quien el tutelado ha sucedido. Si tiene que optar entre la continuación y la disolución de la sociedad, el juez debe decidir previo informe del tutor” (126). La persona bajo tutela pudo haber heredado cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada de las que sus progenitores eran titulares, acciones de una sociedad anónima, por ejemplo, en las que debe ejercer los derechos y obligaciones propias del socio. En ese caso, los tutores desempeñarán ese rol.

Por otra parte, si “el tutelado es propietario de un **fondo de comercio**, el tutor está autorizado para ejecutar todos los actos de administración ordinaria propios del establecimiento. Los actos que exceden de aquélla, deben ser autorizados judicialmente” (127). Un **fondo de comercio** es, en esencia, un **establecimiento comercial**. Una definición práctica de **fondo de comercio** la podemos tomar de



la ley que reglamenta cómo se hace para transferirlos. Esa ley nos dice que los elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio son “las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística” (L. 11.867, 1°). Los tutores pueden adoptar todas las decisiones inherentes a la **administración del establecimiento, al giro comercial ordinario**. Ahora bien, “si la continuación de la explotación resulta perjudicial, el juez debe autorizar el cese del negocio facultando al tutor para enajenarlo, previa tasación, en subasta pública o venta privada, según sea más conveniente. Mientras no se venda, el tutor está autorizado para proceder como mejor convenga a los intereses del tutelado” (127, 2° p).

### I) La retribución de los tutores

El ejercicio de la tutela importa una **retribución** en favor del o los **tutores** y de los **guardadores** que ejercieron funciones de tutela. Esa **retribución** se fija **judicialmente** en función de “la importancia de los bienes del tutelado y el trabajo que ha demandado su administración en cada período” (128). Si se trata de una tutela ejercida por dos personas se establece una única retribución que se distribuye entre ellos según el criterio que establezcan los jueces.

El máximo de la retribución única **no puede exceder la décima parte de los frutos líquidos** de los bienes de la persona menor de edad (128). Es decir, no es el diez por ciento del valor de los bienes sino el **diez por ciento máximo** de aquello que los bienes han producido. La normativa agrega que “Los frutos pendientes al comienzo de la tutela y a su finalización deben computarse a los efectos de la retribución, en la medida en que la gestión haya sido útil para su percepción” (128 últ. p).

Como podemos observar, los jueces deberán establecer algunos parámetros para determinar la retribución. Uno de ellos consiste en establecer cuáles han sido los frutos líquidos de la tutela, es decir aquello que los bienes de la persona menor de edad han producido (alquileres, por ejemplo) y el otro pasa por una ponderación del trabajo realizado por los tutores. El primer elemento es objetivo y para ello la rendición de cuentas será una base insoslayable mientras que el segundo reposa más en la evaluación subjetiva que se haga del desempeño de los tutores.

¿Cuándo **no procede el derecho a la retribución**? La legislación nos dice que el tutor **no tiene derecho a la retribución** en los siguientes casos:



- ✓ si fue nombrado como tal en un testamento y el testador –es decir, la persona que lo firmó- le dejó un legado que puede interpretarse que lo fue en pago por su gestión de tutor. Por ejemplo, el testador le deja una casa al tutor teniendo en miras que ejercerá esa tutela, de algún modo para pagarle por ese desempeño. El tutor puede optar por renunciar al legado o devolverlo, y percibir la retribución legal (129, a);
- ✓ si las rentas de la persona tutelada (pupilo) no alcanzan para satisfacer los gastos de sus alimentos y educación (129, b);
- ✓ “si fue removido de la tutela por causa atribuible a su culpa o dolo, caso en el cual debe también restituir lo percibido, sin perjuicio de las responsabilidades por los daños que cause” (129, c);
- ✓ “si contrae matrimonio con el tutelado sin la debida dispensa judicial” (129, d), recordemos que, en este caso particular, existe un impedimento para contraer matrimonio, que es dispensable y no provoca la nulidad del matrimonio, cuya única sanción es perder el derecho a percibir la retribución (ver cap. III, 3.1.1).

#### m) Cuentas de la tutela

Posiblemente hayas escuchado hablar de la **obligación de rendir cuentas**, especialmente cuando alguien gestiona bienes de otras personas o cuando tiene que cumplir con un mandato, por ejemplo.

¿**Qué es una rendición de cuentas?** En primer término, vamos a contestar **qué es una cuenta**: La normativa nos dice que una **cuenta** es “la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular” (858). Quienes se formaron en una escuela comercial recordarán los famosos “asientos” de contabilidad: así si se había efectuado una compraventa se dejaba constancia de la cosa que ingresaba al patrimonio y del dinero utilizado para pagarla o de la deuda general y se describía brevemente cuál era la operación realizada. Aquí nos encontramos ante una situación similar. La complejidad de esas cuentas se relaciona proporcionalmente con la complejidad del patrimonio a ser administrado. De esa forma, si lo que se administra es un ingreso mensual, una pensión por ejemplo, las cuentas se limitarán al ingreso de ese dinero y a los gastos que se vayan efectuando: alimentos, vestimenta, medicamentos, cuota de la escuela y otros rubros relacionados con consumos cotidianos. Ahora bien, si la persona tutelada es titular de una empresa familiar evidentemente se necesitarán otros sistemas que reflejen los actos de administración los que deberán adecuarse también a la normativa propia del derecho empresario.



La **rendición de cuentas** se da cuando las cuentas son puestas en conocimiento de la persona interesada (858), como suele suceder en el caso de un mandato donde el mandatario lo hace respecto de su mandante. En este caso, la rendición de cuentas será sometida a consideración de los jueces y, previamente, del Ministerio Público como así también de la persona tutelada en tanto y en cuanto puede participar del proceso y más aún cuando alcanza la mayoría de edad y finaliza la tutela.

La legislación establece que la **rendición de cuentas** debe cumplimentar con estos requisitos:

- ✓ “ser hecha de modo descriptivo y documentado” (859, a);
- ✓ “incluir las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión” (859, b);
- ✓ “acompañar los comprobantes de los ingresos y de los egresos, excepto que sea de uso no extenderlos” (859, c);
- ✓ “concordar con los libros que lleve quien las rinda” (859, d).

Es sumamente importante, entonces, que los **tutores, quienes ejerzan ese cargo, los apoyo-representantes y los curadores** conserven toda la documentación de cada uno de los gastos que realizan con fondos del tutelado o con sus propios fondos, para luego poder realizar la rendición de cuentas anual o periódica y obtener su aprobación judicial. Amén de ello, también se debe sopesar la razonabilidad del gasto que no cuente con documentación, más aún si para su realización no suele solicitarse el otorgamiento de recibo. No debe olvidarse que la persona tutelada puede **reclamar la rendición de cuentas** si la misma no se hiciera en tiempo y forma y que, en caso de no contarse con la documentación respaldatoria, los tutores o curadores pueden ser condenados a abonar las indemnizaciones que correspondan.

En la materia que nos ocupa debemos resaltar que los tutores deben llevar un registro fiel y documentado de todos los ingresos y de todos los egresos en la administración de los bienes de su pupilo.

Tienen **obligación de rendir cuentas anualmente**, como así también al **cesar en su cargo o cuando los jueces lo ordenen** tanto sea por su propia iniciativa (de oficio) o a pedido del Ministerio Público (130). La rendición de cuentas se presenta ante los jueces y estos deben aprobarla o no, previo escuchar al Ministerio Público (131). Esa obligación de rendir cuentas es **individual** y su aprobación sólo libera a quien da cumplimiento a la misma.



Una vez que se aprueba la cuenta del primer año, los jueces pueden disponer que las posteriores se rindan en otros plazos, cuando la naturaleza de la administración así lo justifique (130, 2° p).

Al **finalizar la tutela**, los tutores o sus herederos deben entregar los bienes de inmediato, e informar de la gestión dentro del plazo que los jueces les fijen, aunque el tutelado en su testamento los exima de ese deber (131).

Si la rendición de cuentas conlleva gastos, son los tutores quienes tienen que adelantarlos mas luego deben ser reembolsados por el tutelado si es que las cuentas son rendidas en forma (132).

Los **gastos de la gestión** en general deben ser restituidos a los tutores o a quien ejerce la tutela en tanto sean **razonables** aun cuando no resulte de utilidad al tutelado (133).

Si de la rendición de cuentas resultan saldos, esos saldos devengan intereses (133). Al respecto, se ha entendido que los intereses corren desde el momento en que las cuentas sean aprobadas.

La falta de rendición de cuentas o la rendición indebida, como así también si se probase una mala administración atribuible a dolo o culpa de los tutores, genera la obligación de estos de indemnizar el daño causado al tutelado (134). La norma agrega que la indemnización no debe ser inferior a lo que los bienes han podido razonablemente producir.

#### **n) Terminación de la tutela**

La tutela termina:

- ✓ “por la muerte del tutelado, su emancipación (ver 4.1.3) o la desaparición de la causa que dio lugar a la tutela” (135, a), en el último supuesto, por ejemplo, si se dejó sin efecto la privación de la responsabilidad parental por rehabilitación (701, ver cap. IX, 8.1.3);
- ✓ “por la muerte, incapacidad, declaración de capacidad restringida, remoción o renuncia aceptada por el juez, de quien ejerce la tutela. En caso de haber sido discernida a dos personas, la causa de terminación de una de ellas no afecta a la otra, que se debe mantener en su cargo, excepto que el juez estime conveniente su cese, por motivos fundados” (135, b).

La ley ordena que, en caso de muerte del tutor, el albacea, heredero o el otro tutor si lo hubiera, pongan en conocimiento inmediato de los jueces de la tutela esa circunstancia. En su caso, debe adoptar las medidas urgentes para la protección de la persona y de los bienes del pupilo (135, 2° p).



## ñ) Remoción de los tutores

Los tutores pueden ser removidos por las siguientes causas:

- ✓ “quedar comprendido en alguna de las causales que impiden ser tutor” (136, a, ver 6.1.2.b);
- ✓ “no hacer el inventario de los bienes del tutelado, o no hacerlo fielmente” (136, b, ver 6.1.2.j);
- ✓ “no cumplir debidamente con sus deberes o tener graves y continuados problemas de convivencia” (136, c).

La remoción debe ser adoptada por los jueces quienes pueden hacerlo por su propia iniciativa (de oficio) o a pedido del propio tutelado o del Ministerio Público (136). En el curso del proceso de remoción, los jueces pueden suspender al tutor y nombrar provisoriamente a otro (137)

### 6.1.3. Curatela

Hemos visto al tratar acerca de las personas que padecen enfermedades mentales que su capacidad puede restringirse y, en casos excepcionales, también declararse su incapacidad. En este último caso, la persona declarada incapaz requiere de otra persona que la represente y asista en todas las acciones de su vida. A esa persona se la denomina **curador** y a la institución jurídica que la comprende **curatela**.

#### a) Funciones de los curadores

Con claridad, y sin dejar lugar a dudas, se establece que la principal **función de los curadores es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud** y que para conseguir ese fin el curador debe preferentemente destinar las rentas de los bienes de la persona protegida (138, 2° p).

#### b) Los curadores

Cualquiera de nosotros, en tanto y en cuanto seamos personas con capacidad jurídica, podemos designar a la persona que ejercerá nuestra curatela para el caso futuro de ser declarados incapaces (139, 1er p). Esta designación se hace mediante las denominadas **directivas anticipadas**. Nuestra legislación establece que “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato



respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas” (60, 1er p). Esa declaración de voluntad **puede ser libremente revocada en todo momento** (60, últ. p).

Así, además de poder designar un curador como vimos, se puede anticipar nuestra voluntad respecto de nuestra salud y de nuestra propia capacidad, que es el caso que nos ocupa. Por ejemplo, es posible que, estando en uso pleno de mi capacidad, pueda indicar no recibir transfusiones de sangre para el caso que sea requerido para una cierta práctica médica, o no prolongar mi vida artificialmente cuando no haya ninguna expectativa de mejora. El límite está dado por la imposibilidad de dejar un mandato para que sea provocada la propia muerte (prácticas eutanásicas).

Por su parte, **los progenitores pueden “nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida**, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores” (139, 2° p).

En todos los casos las designaciones deben ser aprobadas por los jueces (139, 3er p). Si no hubiese ningún nombramiento –ya sea anticipado, ya sea por los padres- los jueces pueden “nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica” (139, últ. p).

Recordemos también que en ciertos casos de **restricción a la capacidad** los jueces pueden ordenar que la actuación del **apoyo** sea en carácter de **representante** de la persona cuya capacidad se restringiera. En ese caso y respecto de esos actos jurídicos en particular, ejercerá la representación plena de la persona a su cuidado (101, c).

### **c) Normas que rigen a la curatela**

La **curatela** se rige por las mismas normas de la **tutela** con las modificaciones y adecuaciones que vimos en los párrafos anteriores (138, 1er p).

### **d) Curatela de la persona condenada a pena privativa de la libertad de más de tres años**

Un supuesto especial de **curatela** lo encontramos en el ámbito del derecho penal. La normativa establece que “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”** (CP, 12).

Esta curatela encuentra como fundamento la situación de aislamiento de la vida cotidiana en la que se hallarían las personas que han sido condenadas a penas privativas de la libertad de una marcada duración. Claro está, no se relaciona -al menos no necesariamente- con afecciones a la salud mental del condenado.

Tanto la designación del curador como la gestión de la curatela serán tramitadas en el fuero de familia. Los jueces competentes serán, en general, los que correspondan al último domicilio de la persona condenada, más allá del lugar donde se encuentre recluso; amén de ello habrá que estar a cada caso en concreto para determinar tal competencia en función de sus circunstancias particulares.

## 6.2. Asistencia

Ya nos hemos referido a las personas con **capacidad restringida** en el punto 5.1.1. y a los **inhabilitados** en el punto 5.2. También hemos expuesto que cuando se declara la restricción de la capacidad los jueces deben determinar **cuáles son los actos jurídicos que la persona no puede hacer por sí sola** y que para poder realizar esos actos se le designará un **“apoyo”** (43, últ. p).

Asimismo, indicamos que el **apoyo** puede actuar como **asistente** cuando la persona con capacidad restringida conserva la capacidad para decidir la realización de cierto acto jurídico pero que sólo será válido si el apoyo lo suscribe junto con ella (102). La otra posibilidad es que actúe como **representante** cuando el acto jurídico sólo puede ser decidido y concretado por el “apoyo” porque el juez en su sentencia le asignó funciones de representación.

## 6.3. El Ministerio Público

En el orden nacional, el Ministerio Público es una institución jurídica contemplada en nuestra Constitución cuyo artículo 120 lo define como “un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función **promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad** en coordinación con las demás autoridades de la República” (CN, 120).

Cada provincia y la CABA organizan el funcionamiento del Ministerio Público conforme sus propios ordenamientos normativos. Si bien tanto en el ámbito nacional como en las jurisdicciones locales esa organización está reflejada en normas donde se fijan sus funciones particulares y su estructura orgánica, nosotros nos vamos a referir a las mismas al hilo de las atribuciones que le otorgan el Código Civil y Comercial y las leyes que en este libro analizamos.

Vamos a centrar nuestra mirada en las atribuciones del Ministerio Público en cuanto a **las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos**. La ley establece que en esos casos la actuación del Ministerio Público puede ser, **en el ámbito judicial**, complementaria o principal.

### 6.3.1. Actuación en el ámbito judicial

#### a) Actuación complementaria

El Ministerio Público actúa de **modo complementario** respecto de la actuación de los representantes legales **“en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida”** (103, a).

La ley prevé una durísima sanción para el incumplimiento de este mandato: **“la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto”**. Por ejemplo, si los jueces homologaron un acuerdo celebrado entre dos progenitores de alimentos en favor de sus hijos menores de edad sin haberle dado intervención al Ministerio Público y sin tener conocimiento cabal de su opinión, esa homologación podría ser atacable por nulidad. Amén de ello, al tratarse de una nulidad donde no está en juego el orden público -nulidad relativa- es confirmable. Debemos recordar aquí no se deben declarar nulidades si no se observa que el vicio del acto genere un perjuicio, es decir, la nulidad no se establece en miras a la propia nulidad.

#### b) Actuación principal

En el caso anterior vimos que la actuación del Ministerio Público complementa a la actuación de los representantes legales. La situación que aquí comentamos brinda al Ministerio Público un mayor protagonismo y lo habilita a actuar por sí mismo, más allá de lo que las partes propongan. Los casos contemplados son los siguientes:

✓ “cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe



inacción de los representantes” (103, b, i); por ejemplo, en un proceso de adopción ha finalizado el período de guarda con fines de adopción y los guardadores no promueven el juicio de adopción, allí el Ministerio Público puede formular la demanda e impulsar el trámite;

- ✓ “cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes” (103, b, ii); un ejemplo claro lo encontramos en materia alimentaria (661, c, ver cap. X, 3,4), en la promoción de restricciones de capacidad o declaraciones de incapacidad (33, d, ver 5.1.3), en la oposición a la celebración de un matrimonio (411, c, ver cap. III, 3.2.2), en los casos de filiación donde solo está establecida la maternidad (583, 1er p, ver cap. VII, 4.6.5);
- ✓ “cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación” (103, b, iii).

### 6.3.2. Actuación en el ámbito extrajudicial

En el ámbito extrajudicial, tanto sea en el orden administrativo como en lo que hace a la vida en relación con los demás, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales (103 últ. p).

## 7. La asistencia jurídica directa: abogadas y abogados de niños, niñas y adolescentes

Una adolescente y un niño se presentaron en el juzgado de familia y pidieron hablar con la jueza. “Sra. Jueza, dijeron, ¡no los soportamos más! Queremos vivir con mamá, pero también pasar tiempo con papá”.

Una madre decidió profesar un culto cristiano evangélico e incluir a sus hijas en el mismo. El padre se opuso luego de recuperar, súbitamente, todas las tradiciones y reglas del catolicismo. “¡Basta, ninguna religión para nosotras!”, exclamaron las hijas en la audiencia.

La autoridad administrativa toma la decisión –llamada “medida excepcional”- de separar a cuatro hermanitos del cuidado de sus padres porque eran sometidos a gravísimas situaciones de violencia. ¡Ya era hora!, comentó la maestra.

En el almacén del barrio o en la escuela, en una defensoría barrial o en un estudio jurídico, en el consultorio de una psicóloga o de una pediatra, suele escucharse: “yo no le pienso pedir nada, a mis hijos me los crío solita”, “yo sé quién es el padre pero quiero que se quede solo con mi apellido y no tener que



rendirle cuentas a nadie”, “¡se destruyen entre ellos y usan a los hijos para seguir peleándose!”, “¡no le deja ver a la nena porque quiere que vuelva!”, “¡tienen a las hijas como botín de guerra!”.

Estas frases y relatos reflejan delicadas situaciones que deben vivir niñas, niños y adolescentes en el seno de sus familias. ¿Podemos pensar que, efectivamente esos padres o madres están en condiciones de representar los intereses de sus hijos e hijas en un proceso judicial o administrativo? La respuesta, en general, es contundentemente negativa.

Las personas menores de edad, como veremos en el capítulo siguiente, son sujetos de derecho, distintos de sus padres y de sus madres, y por ende deben participar, en esos casos, con un abogado o una abogada propios, del mismo modo que lo hacen los adultos.

**¿Qué es un abogado o abogada del niño, niña o adolescente?** Pues bien, es eso, así de sencillo: una abogada o abogado que tiene como cliente a una persona menor de edad y la acompaña, asiste y asesora jurídicamente en un proceso judicial o administrativo. Debe seguir las instrucciones de su cliente si tiene edad y grado de madurez suficiente, **a diferencia del Ministerio Público** que postula lo que ese Ministerio considera más conveniente para los niños, niñas y adolescentes que asiste. **¿Qué pasa cuando no se cuenta con edad o grado de madurez suficiente?** Se les puede designar un tutor o tutora especial para que particularmente lo represente en un proceso determinado utilizando la misma figura jurídica, tal como nos hemos referido en 6.3.1.

En general, vamos a escuchar hablar de “abogado del niño”. Una fórmula más abarcativa es “abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes”, para describir mejor a esta institución jurídica.

### 7.1. Los fundamentos normativos

Los fundamentos normativos los encontramos en la propia **Convención Internacional de los Derechos del Niño** (CIDN, 12, ap. 2). En el ámbito de la legislación común nos encontramos con una norma que no deja lugar a duda alguna (L. 26.061, 27):

“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad

competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

Como referimos en los párrafos anteriores, esta participación directa del niño, niña o adolescente no importa desplazar a la **representación complementaria** del **Ministerio Público**, a la que nos hemos referido en el punto 6.1.2.h. Consecuentemente, en un mismo proceso judicial podemos encontrarnos con varias participantes que, con mayor o menor amplitud, pueden estar postulando en favor de los derechos de los niños:

- ✓ Sus progenitores o tutores, en función de su representación legal, quienes postularán en función de aquello que entiendan pertinente en favor de sus hijos.
- ✓ Los abogados de los niños, por haber sido nombrados por éstos o por designación judicial, quienes formularán las pretensiones que esos niños les indiquen, más allá de las propias convicciones personales de los letrados.
- ✓ El Ministerio Público, cuya participación es imprescindible bajo sanción de nulidad y que ejercerá su función conforme al criterio que entienda más adecuado para la situación de las personas menores de edad; en ese orden no podemos olvidar que el Ministerio Público es una institución estatal que se organiza también en orden a las directrices que emanan de las normas constitucionales para la generalidad de los casos.
- ✓ La autoridad administrativa que haya adoptado una medida excepcional que, si bien no representa a los niños ni siquiera de modo complementario, mas también postula en favor de lo que entiende más conveniente para esos niños y que preserva su superior interés.

## 7.2. ¿Cuándo corresponde su actuación?

En primer término, debemos especificar que los niños, que tienen edad y grado de madurez suficiente, pueden presentarse en cualquier trámite administrativo o judicial con profesionales del derecho propios, del mismo modo que lo puede hacer cualquier persona adulta.

Ante esa presentación, los jueces deben estar muy atentos en asegurar

que se trate de letrados que respondan a los intereses y deseos propios de los niños, niñas o adolescentes a los que asisten. Se ha visto con mucha frecuencia la presentación de niños que comparecen con los mismos letrados que su padre o su madre, o con integrantes de un mismo estudio jurídico, desvirtuándose así la autonomía propia buscada con esta institución.

Si la presentación o el comparendo se produce preservando la autonomía de los niños, los jueces o las autoridades administrativas deben brindarles participación plena en el proceso.

En otros casos, quizá en la mayoría, la designación de abogados de los niños sea ordenada por los jueces.

Desde nuestro punto de vista, la regla general sigue siendo que las personas menores de edad son representadas por sus padres, su mamá, su papá o sus tutores. **Solo en casos excepcionales, como los que describimos, al menos a mi modo de ver, corresponden designaciones judiciales como las que comentamos.** Otras corrientes del pensamiento jurídico entienden que es un derecho que debe garantizarse en todos los procesos judiciales o administrativos donde estén en juego intereses o derechos de niñas, niños y adolescentes.

Las distintas jurisdicciones –provincias y CABA- han organizado sistemas de selección de profesionales del derecho para brindar el servicio de abogados de los niños. En general, se exige una formación o capacitación específica en materia de los derechos de la niñez –ver capítulo siguiente- y ciertos límites en cuanto a la cantidad de asistencias jurídicas que puedan tener a su cargo. En muchos casos, se establece una autoridad –que pueden ser los propios Colegios de Abogados- que controle el cumplimiento de los requisitos reglamentarios (antigüedad en la matrícula, capacitación, por ejemplo) y se pautan cursos de capacitación o formas de acreditar tal formación.

### **7.3. ¿Quién paga los honorarios y gastos de los abogados de niñas, niños y adolescentes?**

Si bien cada ordenamiento procesal local tiene sus propias normas para establecer quién paga los gastos y honorarios de un proceso -llamado “imposición de costas”- podemos decir que, en general, esas “costas” son asumidas por quien es vencido en un determinado proceso.

En algunas jurisdicciones locales se ha optado por incluir a las costas que generan los abogados de los niños, niñas y adolescentes dentro de ese criterio general. Sin embargo, estas actuaciones muchas veces no encuadran en los casos comunes, sino que revisten características especiales. Así, puede darse

el caso en el que esas costas deban ser asumidas por quien se benefició por la actuación de los letrados de los niños como sucede cuando no hay contraparte o cuando la contraparte no ha comparecido en el proceso o no tiene medios económicos de ningún tipo para afrontar tales gastos. No debemos olvidar que estos gastos forman parte de las obligaciones alimentarias de los progenitores.

También podemos observar normas procesales en las que se ha establecido que los honorarios y gastos de estos letrados son asumidos por los Estados respectivos. En algunas jurisdicciones se han adoptado sistemas mixtos en los que para algunos casos rige el criterio de imposición de costas al vencido y para otras -los casos de medidas excepcionales emergentes de la ley de protección integral para niñas, niños y adolescentes- son asumidas por el Estado.

## 8. Las personas y los casos vinculados con países extranjeros

¿Qué derecho se debe aplicar cuando nos encontramos con una tutela dada en el extranjero? ¿Qué sucede si en un país extranjero se efectúa una declaración de incapacidad cuando aquí hubiese correspondido una restricción a la capacidad? (ver Introducción, 9).

Al respecto, nuestra legislación nos dice que la **tutela**, la **curatela** y las demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, “se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador” (2640, 1er p).

En materia de los derechos de niñas, niños y adolescentes, es posible que en otros países existan otras modalidades de protección. En ese sentido, se dispone que esos institutos jurídicos “regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño” (2640, 2° p).

También se prevé la posibilidad de que la autoridad competente aplique su derecho interno “para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados” (2641). Es decir, si un niño que tiene residencia en el extranjero se hallare en nuestro país y la autoridad local constatare una grave vulneración de derechos, podrá adoptar las medidas excepcionales que veremos en el capítulo siguiente.



## Capítulo II

### Los derechos de la niñez

Hace unos años escuché al profesor francés Hugues Fulchiron, experto en los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, que todos nosotros hemos sido, somos y seremos vulnerables.

En términos muy generales podemos identificar situaciones potenciales de vulnerabilidad en distintos grupos sociales: los niños, las mujeres, las personas discapacitadas, con especial atención a las discapacidades mentales, los ancianos. Esas categorías se construyen a partir de ciertos elementos que objetivamente nos permiten prever la vulnerabilidad más allá de cada situación particular, tal como sucede con un bebé, un niño pequeño, una persona en estado vegetativo, una persona con una discapacidad severa.

Sin embargo, todos nos hallamos en ciertos momentos o respecto de ciertas relaciones en una marcada vulnerabilidad, en el manejo de las finanzas, en la comprensión de las variables macroeconómicas, en el uso de medios informáticos, en las relaciones de consumo, por ejemplo.

Las vulnerabilidades nos llevan necesariamente a referirnos a los **derechos humanos** y al marco normativo internacional que los ha receptado. En este capítulo nos vamos a abocar a los **derechos de la niñez** desde esa perspectiva y al hilo de lo establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) y de la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que en gran medida es reglamentaria de la Convención y a la que llamaremos “ley de niñez”. Amén de ello, en los otros capítulos también los incluiremos pero en tanto forman parte del contenido de esos capítulos; así, al tratar responsabilidad parental necesariamente estaremos hablando de derechos de la niñez, como también al tratar capacidad jurídica hemos hablado de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental.

#### 1. Algunos conceptos y distinciones preliminares

Es muy posible que hayas escuchado hablar de “**el modelo del patronato**” o “**de la situación irregular**” y de “**el modelo de la protección integral**” y quizá también de conceptos o frases tales como “**cultura del patronato**”, “**responsabilidad parental**”, “**desjudicialización de la niñez**”, “**cuidado personal**”, “**el niño como sujeto de derecho y no como objeto de protección**”.

Vamos a hacer el intento de ordenar estos conceptos proponiéndote una distinción de situaciones en la que pueden hallarse los niños, al menos a los fines de esta explicación. Para ello, comencemos con estos ejemplos en los que se ponen en juego los derechos de los niños:

- ✓ Un señor y una señora tuvieron dos hijas, luego de un tiempo de convivencia se separaron en muy malos términos. Las niñas están al cuidado de la mamá quien no desea, de modo alguno, que tengan contacto con el papá. Por su parte, el padre inició una demanda judicial para poder verlas y, en su caso, obtener para sí el cuidado personal.
- ✓ En la guardia de un hospital es recibida una beba de pocos días con sus brazos quebrados; el padre, quien se presentó acompañado por otros tres pequeños hijos, les explica a las enfermeras y a la pediatra de turno que se le cayó de las manos. La trabajadora social del hospital entrevista al niño de mayor edad quien le cuenta que su mamá murió y que lo que dijo su papá no es cierto, que le pegó a la beba porque no dejaba de llorar y que a ellos los muele a golpes.
- ✓ Dos mujeres tuvieron una hija mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. Una de las madres se retira del hogar y deja de cumplir con sus obligaciones maternas, entre ellas todo tipo de contribución económica. La otra madre le entabla un juicio por alimentos.
- ✓ Tres hermanas adolescentes, obligadas por su padre, ejercen la prostitución con la anuencia de su madre. El lugar de los encuentros es una habitación en la casa de la abuela materna.
- ✓ Una mujer separada desea ir con sus tres hijos de vacaciones a Buzios; el padre de los niños se niega a otorgar su autorización para que puedan salir del país. La madre solicita a los jueces que les permitan viajar.
- ✓ Un joven de diecinueve años con sus dos hermanos de dieciséis y de catorce utilizan una motocicleta para arrebatar bolsos en distintas zonas de la ciudad. Los tres conviven en la casa de sus padres, quienes se encuentran procesados penalmente y detenidos en una penitenciaría.
- ✓ Estás sentado en una mesa de un bar ubicada en la vereda de una avenida. Un grupo de hermanos vende pañuelos descartables en la esquina mientras el semáforo está en rojo; una pequeña niña se te acerca y te pide unas monedas. En una casa vecina, una niñita estira su brazo para apretar el portero de una casa y cuando es atendida dice “¿tiene algo para dar?”. Frente a vos, por la calle, un padre empuja un carro hecho de hierro y tela en el que va su hijo más pequeño quien recibe de su madre y de sus hermanos adolescentes los cartones que han recogido de los contenedores de basura y los acomoda con paciencia para que puedan entrar la mayor cantidad posible.

Es claro que en todos los casos descriptos hay derechos vulnerados y personas en situaciones de vulnerabilidad. Ahora bien, ¿en todos los casos hay vulneradores de derechos?, en muchas sí, en otras no. Esas vulneraciones ¿tienen todas el mismo peso?, ¿requieren todas una misma respuesta? Obviamente que no. Vamos a hacer algunas distinciones que quizá sean una simplificación pero que nos permitirán brindar una mejor explicación:

a) En algunos de los ejemplos que dimos vamos a hallar a, al menos, uno de los adultos responsables de estos niños que procura garantizar sus derechos. Tenemos quien inicia una demanda de comunicación con sus hijas, quien presenta un juicio de alimentos y quien solicita una autorización para viajar al exterior. Todos ellos están poniendo en acto los derechos de sus hijos, intentan restituir el equilibrio ante la vulneración que otra persona está haciendo.

Las respuestas jurídicas para estas situaciones van a provenir **del contenido más conocido del derecho de familia** -cuidado personal, alimentos, debida comunicación, suspensión y privación de la responsabilidad parental, entre otros- y, en caso de existir un conflicto, podrán ser ventilados finalmente ante los jueces de familia.

Este aspecto de los derechos de la niñez también ha tenido su evolución. La relación de los hijos menores de edad con sus padres, sus tutores o adultos responsables no ha sido la misma a lo largo del tiempo. Si ya pasaste los cincuenta, frases como estas no te resultarán ajenas: “¡Así que llorando! ¡Vení para acá que te voy a dar para que llorés en serio!”, “¡Si te seguís portando así te vamos a mandar al reformatorio!”. “Cuando los adultos hablan, los niños se callan”. Incluso, si sos más joven, seguramente habrás oído a tus padres o tus abuelos contar anécdotas parecidas. Es posible también que te haya tocado presenciar situaciones similares aun en los días que nos tocan vivir.

Aquello que hoy llamamos **responsabilidad parental** hasta hace pocos años se denominaba **patria potestad** y, en Argentina al menos, comenzó a ser ejercida por ambos padres recién en 1985, es decir, **antes reposaba únicamente en el padre y no en la madre** y, en nuestra legislación, hasta ya entrado el siglo XX conservaba ribetes de extremo autoritarismo.

Para graficar lo que exponemos vamos a asirnos del cine. En esa magnífica primera escena de “Padre Padrone” (Paolo y Vittorio Taviani, Italia, 1977), que si bien transcurre en Italia la podemos trasladar a nuestro país sin mayores inconvenientes, el papá de Gavino le dice a la maestra: “¿Qué quiere este gobierno de mí? ¿Que por mandarlo a él a la escuela mis otros tres hijos mueran de hambre? El **niño es mío**, me lo llevo y lo uso porque no puedo hacer menos. Yo me siento tranquilo, es la ley que no se siente tranquila. **La ley quiere la escuela obligatoria ¡la pobreza, eso es lo que es obligatorio!**”.



El concepto de “el niño es mío” es afirmado en la cultura dominante para esa época -primeras décadas del siglo XX- en un ámbito rural italiano pero que, con otras características, imperaba en todos los estratos sociales. Así, el Código Civil decía, hasta 1919, que “la patria potestad es el **conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres...**” (264 original), es decir, no hablaba de obligaciones sino de derechos.

b) Otros casos de los que propusimos como ejemplos son marcadamente distintos. En la situación de la bebé hospitalizada, de las hermanitas que son obligadas a ejercer la prostitución, en los adolescentes arrebatadores, nos hallamos frente a adultos responsables, en general convivientes, que, directa o indirectamente, **son los vulneradores de los derechos de esos niños y no existe, en ese ámbito, alguien que pueda postular por ellos, garantizar la restitución de derechos o la recomposición del equilibrio.** Es posible que otros adultos, por fuera del lugar de convivencia, puedan asumir responsabilidades sobre esos niños mas en ese lugar, en ese centro de vida, no. El último supuesto nos muestra una arista especial, la de la comisión de delitos y ello nos vincula con el fuero penal. En este libro no efectuaremos un abordaje de la situación de los niños, niñas y adolescentes desde esa perspectiva sino tan solo de una manera tangencial.

A diferencia del grupo anterior, aquí la respuesta jurídica emergerá desde otra fuente principal, sin que ello implique descartar la aplicación del derecho de familia más clásico. Desde la perspectiva de la generalidad de los casos, la situación es **excepcional** dado que, reiteramos, la nota distintiva pasa por una vulneración **sistemática y gravísima** de derechos por parte de todos los adultos convivientes. Esas normas comunes del derecho de familia se muestran insuficientes, tendremos que buscar otras.

c) Finalmente, respecto de los niños que viste desde la mesa del bar, la vulneración de derechos es palpable, mas no la existencia de vulneradores concretos, con nombres y apellidos. Podemos traer aquí nuevamente al papá de Gavino cuando dice “**la pobreza es obligatoria**” y palpemos sin dudarle una primera gran vulneración de derechos. Mas ello no justifica la vulneración concreta de los derechos de los niños tal como lo hace el papá de Gavino en la película. En situaciones como las que describimos desde la mesa del bar, una palabra que aparecerá en cualquier respuesta que intentemos será “depende”, es decir, quizá sí, quizá no, depende tal o cual cosa.

Respecto de este grupo también vamos a registrar una evolución en la forma en que la comunidad los aborda actualmente -y consecuentemente el derecho- respecto de cómo se lo hacía en el pasado. Este grupo nos va a permitir desandar con mayor precisión la diferencia entre el **modelo de la situación irregular** y el **modelo de la protección integral**. Vamos a ellos:



## 2. Las respuestas jurídicas a la problemática de la niñez

Los primeros años de vida de los seres humanos, como hemos visto, son concebidos por las distintas culturas de un modo muy diverso, modalidades que, por otra parte, se han ido modificando a lo largo de los siglos. El propio reconocimiento de la niñez y adolescencia, como un período diferenciable de la edad adulta tal como lo receptan hoy nuestros ordenamientos jurídicos, es reciente en términos históricos.

Tal como adelantamos en las palabras iniciales, no vas a encontrar en este libro explicaciones históricas de las instituciones jurídicas ni tampoco comparaciones con la legislación pasada, excepto que sea absolutamente necesario. En este caso lo es porque te vas a encontrar en nuestros días con referencias al **modelo del patronato** y, fundamentalmente, vas a poder distinguir ciertos comportamientos propios y ajenos que responden a la **cultura del patronato**.

### ¿Qué es la “cultura del patronato”?

Si te gustan las series, posiblemente hayas visto “Gambito de Dama” (Netflix, 2020). Si no lo has hecho te la recomiendo y, no te preocupes, no te la voy a “spoilear”; solo me referiré a un par de escenas del episodio inicial. La pequeña Elizabeth Harmon había sido alojada en un hogar para huérfanos luego de la muerte de su madre. Todas las noches, antes de cenar, ella y sus compañeras formaban una fila para que el Sr. Fergusson les diese dos pastillas, una de color verde, que les “darían buen carácter” y otra que les otorgarían más fuerza. Una de esas noches, Elizabeth le pregunta al Sr. Fergusson: “¿dónde están las verdes?” y él le contesta “No habrá más verdes. Nueva ley estatal, basta de tranquilizantes para niños”.

En verdad, hablar de una categoría “**cultura del patronato**” -que está construida desde una perspectiva jurídica, pero responde a cómo se entendía la niñez durante la mayor parte del siglo XX y, claro está, en los períodos anteriores- exige una breve referencia a **qué es el patronato**. Acá nos vamos a remontar a **1919**, año en que se promulgó la llamada “**Ley de Patronato**” o también “**Ley Agote**” dado que fue promovida por el médico Luis Agote. Esta ley significó, en muchos órdenes, un avance para la época a partir de ciertas modificaciones que introdujo en materia de **patria potestad** y en el **tratamiento penal** de las personas menores de edad. Respondía, claro está, a la concepción de la niñez dominante en aquellos años y que **aún hoy en día continúa formando parte de ciertos aspectos de nuestra cultura**, si bien notoriamente jaqueada a partir de los cambios históricos que se han producido, la denodada labor de las entidades



y organizaciones que luchan por los derechos de los niños y las modificaciones normativas que a continuación trataremos.

“Patronato” está utilizado en el sentido de “protección” pero en una relación en donde la persona es entendida como **un objeto que se debe proteger** y no como titular de derechos. Desde esa mirada, la persona protegida ve disuelta su individualidad en la persona que protege, cuya opinión y convicciones prevalecen sobre las propias. En otras palabras, los progenitores, tutores o los adultos responsables toman decisiones sobre la vida de los niños conforme lo que ellos entienden más conveniente y desentendidos de aquello que los niños desean. Solo en ese marco son entendibles, desde nuestra perspectiva, afirmaciones tales como: el primogénito seguirá la profesión del padre, otro será militar, otro será sacerdote, la niña se casará con el hijo de tal persona, o no estudiará y se dedicará a la costura, y tantos otros mandatos sociales que, en algunos ámbitos de nuestra comunidad, aún subsisten.

La **ley de patronato** tuvo vigencia en nuestro país desde 1919 a 2005 y retroalimentó el concepto de niñez sobre el que se había edificado. Fácil, entonces, es comprender cómo en muchas ocasiones nuestras respuestas -al menos las primeras- a ciertos problemas concretos de niñas, niños y adolescentes se emparentan más con aquella concepción que con la actual, extremo que se reviste de una mayor gravedad cuando puede leerse entre líneas en decisiones administrativas y judiciales vestidas con ropajes actuales. **En muchas ocasiones, debemos racionalmente determinar cuánto de patronato tienen nuestras decisiones para poder desandarlas.** Esa es quizá la tarea más difícil, es decir, identificar las respuestas nuestras o las ajenas que, bajo la apariencia de estar construidas a partir de la protección integral, encuentran sus cimientos en aquello que nosotros consideramos más conveniente para tal o cual niño sin tener en cuenta al niño.

Hemos visto cómo estribaba esa cultura en el ámbito interno de la familia (la patria potestad). Para abordar los otros casos, el esquema jurídico pautado por la Ley Agote se basaba en el **modelo de la situación irregular**. Se entendía que ciertos niños no se hallaban debidamente tutelados por sus padres y que el Estado debía, necesariamente, a modo de un “gran padre de familia”, protegerlos.

Vamos a ilustrar con algunas aristas de esa ley: se habilitaba a los jueces en lo penal ante quienes se presentaran niños acusados de un delito o víctimas de un delito, a disponer de ellos e ingresarlos al sistema de protección bajo su vigilancia, en tanto estuvieren convencidos de que se hallaban **material o moralmente abandonados o en peligro moral**. Esta última situación era definida como “la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor



de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”.

Desde ya que toda esa estructura se fue modificando con el paso del tiempo y, aun con la misma normativa, no era idéntica la situación en las primeras décadas del siglo XX que en las últimas.

El 20 de noviembre de 1990, la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en la ciudad de Nueva York, aprobó la **Convención sobre los Derechos del Niño**, que en nuestro país fue aprobada por una ley dictada al año siguiente. Esta Convención refleja en su articulado un **marcado cambio en el modelo jurídico de abordaje de la niñez**, consecuencia de aquella evolución a la que nos referíamos en el párrafo anterior, evolución que, desde ya, no se ha detenido.

El **nuevo paradigma o modelo** se denomina **de la protección integral** y se asienta en entender a los niños como **sujetos de derecho**, es decir, como personas **titulares** de derechos en igualdad de condiciones que las personas mayores de edad, personas que pueden **ejercer** sus derechos por sí mismos conforme a su edad y grado de madurez, personas que deben **ser escuchadas** y a quienes se les debe **brindar participación** en todo asunto que los involucre. Es decir, personas humanas íntegramente consideradas como tales, sin perjuicio de ser conscientes del modo progresivo en que irán alcanzando distintos grados de autonomía conforme a su edad y a sus condiciones particulares.

La ley de niñez describe claramente este nuevo modelo. Así, nos dice que, en materia de los derechos de la niñez, se debe respetar:

- ✓ “su condición de sujeto de derecho” (L. 26.061, 3, 2° p. a);
- ✓ “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta” (L. 26.061, 3, 2° p. b);
- ✓ “el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural” (L. 26.061, 3, 2° p. c);
- ✓ “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales” (L. 26.061, 3, 2° p. d);
- ✓ “el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común” (L. 26.061, 3, 2° p. e);





✓ su centro de vida (L. 26.061, 3, 2° p. f).

En las líneas que siguen vamos a referirnos a la actual normativa que rige en nuestro país respecto de los derechos de la niñez, normativa que se estructura sobre la base del modelo de protección integral.

### 3. ¿Cuál es el concepto de niñas y niños?

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) nos dice que “se entiende por niño **todo ser humano menor de dieciocho años de edad**, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (CIDN, 1).

Si bien la Convención no establece desde qué momento se considera que se es ser humano, en nuestro país la ley que aprobó la Convención incluyó una **norma interpretativa** de la misma que, con relación al concepto de niño, declara que “**debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad**” (L. 23.849, 2).

Es dable aclarar que, en tanto se trata de una interpretación legal de la Convención, no ostenta la **jerarquía constitucional** de la Convención, en tanto y en cuanto puede ser modificada por otra ley de nuestro derecho interno, si bien este es un aspecto en que no existe consenso en nuestra comunidad y hay quienes entienden que se trata de una condición para la aprobación de la Convención y por ende también cuenta con esa jerarquía. En el marco de la legislación de fondo, el Código Civil y Comercial ha sido consecuente con ella y ha establecido que “**la existencia de la persona humana comienza con la concepción**” (19). En el punto 4 del Capítulo I nos hemos referido a la **concepción** y a cómo se entiende la misma en nuestro derecho.

### 4. El interés superior de los niños y de las niñas

Quizá la frase “interés superior del niño” sea una de las más utilizadas para fundar resoluciones judiciales cuando hay niñas, niños y adolescentes entre las partes, entre los interesados o afectados en un determinado juicio, como así también en algunas decisiones administrativas. La vamos a hallar con mucha frecuencia en los trabajos académicos elaborados por juristas o estudiosos del derecho y de otras disciplinas en la que se estudia la problemática de la niñez.

Ahora bien, en muchas ocasiones “interés superior del niño” se reduce a una mera mención a los fines de justificar una determinada decisión. En muchas





otras, se lo colma del contenido propio del caso concreto y es allí donde reluce en todo su esplendor.

La Convención dice que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño**” (CIDN, 3, ap. 1).

La ley de niñez precisa el concepto y dice que 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**” (L. 26.061, 3, 1er p).

Es cierto que existen pautas objetivas para determinar cuál es el interés superior de todos los niños y son las que surgen de los derechos humanos y de los derechos fundamentales de las personas en general y de los receptados en la Convención en particular y es, en ese orden, en que debe interpretarse la pauta de “la máxima satisfacción integral y simultánea”.

Sin embargo, en la aplicación práctica la determinación del superior interés parte de esos criterios objetivos, pero se asienta en el caso particular: “el interés superior de Johnatan”, “el interés superior de Candela”, “el interés superior de los hermanitos Francisca y Joel” y más concretamente “el interés superior de Ailén, de ocho años, quien desde su nacimiento está al cuidado de su abuela, y vive en ...”. Es allí donde esa complejidad conceptual con la que nos topamos inicialmente va encontrando otros carriles. No se trata de “aquello que yo entiendo como más conveniente para este niño” en función de mis propias convicciones, sino de estar a la situación del niño, de su cultura, de su grupo familiar, de su grado de madurez, todo ello a través del prisma de los derechos constitucionales, de los derechos humanos y de las normas en general.

El principio del “interés superior del niño” no recae únicamente como un mandato para las autoridades públicas, sino que tiñe también todas las relaciones de los niños y la comunidad en general, especialmente en sus relaciones familiares. Así, la normativa establece que también rige en materia de responsabilidad parental, en las pautas a las que debe atenderse su ejercicio y en otras instituciones jurídicas como filiación, restitución, adopción, entre otras (L. 26.061, 3, 2° p).

Una importantísima consecuencia de este mandato la observamos en la **prevalencia que la ley concede a los derechos e intereses de los niños** cuando haya un conflicto entre esos derechos e intereses y otros derechos e intereses igualmente legítimos (L. 26.061, 3, últ. p).

## 5. El centro de vida

El **centro de vida** es “**el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia**” (3, 2° p. f).

Resaltamos la importancia de este concepto en función de las consecuencias que tiene cuando nos encontramos en el marco de un conflicto judicial. Así, el centro de vida es fundamental para establecer **cuáles son los jueces** que deben intervenir en un determinado conflicto. Por ejemplo, si debo iniciar un reclamo de filiación extramatrimonial contra una persona que vive en otra provincia serán competentes los jueces del lugar donde esté ubicado el centro de vida del niño y, consecuentemente, el demandado tendrá que ir a defenderse ante esos jueces (ver cap. VII, 4.5). Del mismo modo ocurre en otras áreas, como los alimentos, por ejemplo (ver cap. X, 1.7.1). En cambio, si quien demanda es una persona mayor de edad deberá hacerlo ante los jueces del domicilio de la persona demandada.

También el “centro de vida” tiene suma importancia para los casos de traslados no autorizados de los hijos menores de edad dentro del país. Si uno de los progenitores modifica el centro de vida de sus hijos sin autorización del otro progenitor, éste podrá petitionar su reintegro y el caso tramitará ante los jueces de donde estaba ubicado el centro de vida.

En cuanto a los traslados no autorizados o las retenciones indebidas fuera del país, el decreto reglamentario de la ley establece que el concepto de “centro de vida” que da la ley “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”. En ese orden, y tal como lo haremos oportunamente al tratar la restitución internacional (ver cap. IX, 10), corresponde subrayar que “las niñas, niños y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”.

Respecto de los casos donde puedan suscitarse conflictos jurídicos que abarquen a personas que viven en distintos países, nuestro derecho prevé que el domicilio de los niños se encuentra en el país donde tienen domicilio quienes ejercen la responsabilidad parental, y si ese ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en países diferentes, se considera que los niños se domicilian donde tienen su residencia habitual (2614, 1er p), es decir, “el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado” (2613).

## 6. Los derechos de los niños

Los derechos de los niños y de las niñas reconocidos en la Convención no son solo una declaración, sino que obligan a los Estados firmantes a garantizarlos y a ponerlos en acto, conforme sus posibilidades.

En ese sentido, los Estados se comprometieron a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención y, en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, a adoptar esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional (CIDN, 4).

Una primera premisa es la aplicación de tales derechos en relación con la **universalidad de los niños**, es decir, a todos, “sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (CIDN, 2, 1er p). En este orden, la ley 26.061 pauta el **principio de igualdad y no discriminación**, en los siguientes términos: “Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales” (L. 26.061, 28).

Consecuente con esa pauta, los Estados se han obligado a tomar “todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido **contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares**” (CIDN, 2, últ. p).

La Convención, entonces, reconoce una serie de derechos a los niños, niñas y adolescentes, derechos que deben ser respetados y garantizados por los Estados firmantes y, consecuentemente, por las personas que habitan en esos Estados. Desde ya que **no son derechos absolutos, sino que siempre deben ser ponderados en el marco de los otros derechos de igual jerarquía**. Es decir, se encuentran sujeto a las restricciones que en su ejercicio pueda establecer la ley de una forma razonable y atendiendo a los valores propios de una sociedad democrática. Así, como sucede con los derechos de todos, las limitaciones podrán obedecer a razones de orden público, de protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.



La ley de niñez establece que los derechos que se reconocen “están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño” (L. 26.061, 1, 2° p) y prevé que la “omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado **habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces**” (L. 26.061, 1, 3er p).

Por otra parte, reafirma la **aplicación obligatoria** de la Convención sobre los Derechos del Niño “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad” y califica a los derechos y las garantías de los niños como de **orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles** (L. 26.061, 2).

¿Cómo vamos a abordar el análisis de estos derechos? Pues bien, vamos a hacer un recorte y una propuesta de trabajo. Aquellos derechos que no se asientan principalmente en el fuero de familia o que sólo tienen una relación tangencial o muy indirecta, sólo los vamos a enumerar, mientras que otros serán desplegados en este capítulo de un modo más específico. Finalmente, aquellos que constituyen la base de los capítulos sucesivos serán desarrollados en los mismos.

### 6.1. El derecho a la vida

La Convención reconoce que todos los niños tienen “**el derecho intrínseco a la vida**” (CIDN, 6, 1) y obliga a los Estados firmantes a garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (CIDN, 6.2). La ley de niñez extiende el concepto y nos habla de que los niños tienen “derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida” (L. 26.061, 8).

### 6.2. El derecho a la dignidad y a la integridad personal

La ley de niñez reconoce el derecho de los niños “a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante” (L. 26.061, 9, 1er p) y el derecho “a su integridad física, sexual, psíquica y moral” (L. 26.061, 9, 2° p).



Una previsión que debe ser resaltada es la **obligación** que se establece para toda persona que “tome conocimiento de **malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos**” de comunicarlo a la autoridad administrativa de niñez local.

### 6.3. El derecho a la vida privada e intimidad familiar

La Convención reconoce el derecho de los niños a no ser “objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación” (CIDN, 16, 1) y a obtener protección de la ley contra esas injerencias o ataques (CIDN, 16, 2).

La ley prevé que los niños tienen “derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar” y agrega que “estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales” (L. 26.061, 10).

### 6.4. El derecho a la identidad

El reconocimiento del **derecho a la identidad** se muestra como uno de los ejes principales de la Convención. Sus repercusiones concretas las vemos al tratar los derechos de las personas, de la filiación, tanto en técnicas de reproducción humana asistida como en adopción, de la responsabilidad parental especialmente en el derecho a la debida comunicación, entre otros.

Los Estados se han comprometido 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” (CIDN, 8, 1). Específicamente, la Convención prevé que “cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (CIDN, 8, 2).

Dentro de ese derecho a la identidad se especifican tres aspectos: el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre y el derecho a las relaciones familiares.

En cuanto al primero, la Convención nos dice que el derecho a tener una **nacionalidad** se ostenta desde el mismo nacimiento (CIDN, 7, 1) y luego agrega que los firmantes “velarán por la aplicación de estos derechos –refiere a los tres que nombramos- de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida” (CIDN, 7, 2).

La Convención obliga a que los niños **sean inscriptos inmediatamente después de su nacimiento** (CIDN, 7, 1). La ley 26.061 obliga al Estado a garantizar “procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial con la madre” (L. 26.061, 12, 1er p). En este aspecto hay una norma específica: el régimen de identificación del recién nacido (L. 24.540) y también debemos recurrir a la ley del registro del estado civil y capacidad de las personas (L. 26.413). Agrega que “ante la falta de documento que acredite la identidad de la madre o del padre, los Organismos del Estado deberán arbitrar los medios necesarios para la obtención de la identificación obligatoria consignada en el párrafo anterior, circunstancia que deberá ser tenida especialmente en cuenta por la reglamentación de esta ley” (L. 26.061, 12, 2° p). Se garantiza también la inscripción gratuita “de todos aquellos adolescentes y madres, que no hayan sido inscriptos oportunamente” (L. 26.061, 12, 3er p).

Asimismo, la ley de niñez reconoce el derecho de los niños a obtener documentos públicos que acrediten su identidad (L. 26.061, 13) y el acceso gratuito al primer documento nacional de identidad (D. 415/06, reg. art. 13).

El derecho a **conocer a sus padres y ser cuidados por ellos** es reconocido por lo Estados firmantes de la Convención (CIDN, 7, 1) y, en ese orden, la ley de niñez precisa este derecho y establece que las “niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia” (L. 26.061, 11, 1er p). Respecto de la familia de origen vamos a dedicarle el siguiente apartado.

## 6.5. El derecho a la familia de origen

La Convención aborda los derechos de los niños en relación a la familia desde diversas miradas. En el marco del derecho a la identidad nos hemos referido a dos primeros aspectos: el derecho a las relaciones familiares (CIDN, 8, 1) y el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (CIDN, 7, 1). No son lo mismo, pero están íntimamente emparentados tal como lo veremos en este capítulo al tratar sobre medidas excepcionales (ver 7.3) y, especialmente, en el capítulo sobre adopción (ver cap. VII, 7.1.3).

Los niños, en su proceso de desarrollo, se encuentran en general al cuidado de adultos. Ese cuidado es ejercido, en la gran mayoría de los casos, por sus progenitores, pero también recae en familiares o allegados ya sea como tutores, guardadores judiciales o guardadores de hecho.

La Estados firmantes se han comprometido a **respetar “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” por la Convención (CIDN, 5).

En ese orden, existe en la Convención un claro compromiso 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**” (CIDN, 18, 1). La norma agrega que incumbe “a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”, siendo el interés superior del niño su preocupación fundamental (CIDN, 18, 1).

Por el mismo sendero, la ley 26.061 establece 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” y pauta 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” (L. 26.061, 7, 1er y 2º p).

El decreto reglamentario de la ley norma que por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, se entiende “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” y agrega que “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”. (D. 415/06, regl. art. 7º).

Agrega luego que los “Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. 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 (L. 26.061, 11, 2º p).





Vamos a detenernos en **el derecho de los niños a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos** (CIDN, 9, 1). Los Estados firmantes de la Convención se comprometieron a **velar** por la preservación de ese derecho y se fijaron pautas muy claras para establecer excepciones al mismo, es decir, para habilitar casos en donde se puede separar al niño de su familia.

Esa excepción se da “cuando las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” y está sujeta a “revisión judicial” (CIDN, 9, 1). Consecuentemente, para que el Estado pueda retirar a un niño del lugar donde convive con sus padres o con sus adultos responsables debe:

- ✓ haber una ley que establezca cuál es la autoridad competente;
- ✓ haber un procedimiento preestablecido;
- ✓ la separación se debe fundar en el superior interés de esos niños, como sucede en los casos de que el niño sea objeto de maltrato o de descuido por parte de sus padres, tal como lo ejemplifica la propia norma;
- ✓ todo ello debe estar sujeto a revisión por parte de los jueces.

La ley de niñez también aborda el tema y pauta que en los casos que sea imposible la continuidad de la convivencia con los padres “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” (L. 26.061, 11 últ p).

De acuerdo con el texto de la Convención también se contempla el caso de padres separados en los que se debe adoptar una decisión respecto del lugar de residencia de los hijos menores (CIDN, 9). Este aspecto se relaciona más acabadamente con el ejercicio de la responsabilidad parental y con el cuidado personal de los hijos sin perjuicio de puntualizar que también puede darse el caso de una decisión del Estado si es que además se cuenta con graves vulneraciones a los derechos de los hijos.

Asimismo, se debe respetar “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” (CIDN, 9, 3). En ese orden, la ley 26.061 nos dice que en “toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño (L. 26.061, 11, 3er p)”.

Tanto sea de los casos en los que el Estado decide la separación de los hijos del centro de vida como en los que se ponen en juego divergencias propias





del ejercicio de la responsabilidad parental, la Convención asegura a todas las partes la oportunidad de participar del procedimiento que corresponda y a dar sus opiniones en ese marco (CIDN, 9, 2).

## 6.6. El derecho a la salud

La Convención también incluye el reconocimiento de derechos en materia de salud. Desde una mirada general, los Estados reconocieron el derecho de los niños “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” y se comprometieron a esforzarse para “asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios” (CIDN, 24, 1).

También reconocieron “el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación” (CIDN, 25).

La ley 26.061 obliga a los organismos del Estado a garantizar:

- ✓ “el acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad” (L. 26.061, 14, a);
- ✓ “programas de asistencia integral, rehabilitación e integración” (L. 26.061, 14, b);
- ✓ “programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia” (L. 26.061, 14, c);
- ✓ “campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social” (L. 26.061, 14, d).

Se establece también que “toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas” y que “las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud” (L. 26.061, 14, 2 y 3er p).

Asimismo, la ley prevé que las “medidas que conforman la protección integral **se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y al período**

**de lactancia**, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo” (L. 26.061, 18).

En cuanto a los **niños mental o físicamente impedidos** se acordó el derecho a “disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismos y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” (CIDN, 23, 1). También se reconoció el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales, a la asistencia gratuita, el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible (CIDN, 23, 2 y 3).

### 6.7. El derecho a la educación

La Convención reconoce el derecho de los niños a la educación, como mínimo, la obligatoriedad de la educación primaria y gratuita para todos (CIDN, 28). En nuestro país, la obligatoriedad escolar se extiende desde la edad de cuatro años hasta la finalización del nivel de la educación secundaria (L. 26.206, 16). Respecto de la educación superior, los Estados se han obligado también a hacerla “accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados” (CIDN, 28, c).

También los Estados se comprometieron a “hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas (CIDN, 28, d) y “adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar” (CIDN, 28, e).

La Convención pauta también hacia dónde debe encaminarse la educación:

- ✓ “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades” (CIDN, 29, a);
- ✓ “inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas” (CIDN, 29, b);
- ✓ “inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya” (CIDN, 29, c);

- ✓ “preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena” (CIDN, 29, d);
- ✓ “inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural” (CIDN, 29, d).

La ley 26.061 reconoce el derecho a la educación pública y gratuita y pauta los aspectos que deben ser atendidos respecto de los niños: “su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente” (L. 26.061, 15, 1er p).

Particularmente la ley otorga el **“derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia”** (L. 26.061, 15, 2° p). Al respecto, todos los años nos encontramos con situaciones complejas en cuanto a la carencia de bancos libres, especialmente en la educación inicial. También, inconvenientes con la acreditación de identidad por no poseer el DNI. En ese orden, la misma ley establece que, en ese caso, **“se los deberá inscribir provisoriamente, debiendo los Organismos del Estado arbitrar los medios destinados a la entrega urgente de este documento”** (L. 26.061, 15, 3er p).

Otro aspecto relevante en la ley pasa por la obligación de **no restringir el acceso a la educación por ninguna causa** y de **entregar la certificación o diploma correspondiente**, sin que al respecto puedan alzarse ningún tipo de obstáculos (L. 26.061, 15, 4° p).

Expresamente se contempla la situación de los niños **con capacidades especiales** quienes “tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica” (L. 26.061, 15, 4° p).

La ley pauta que la educación pública es **gratuita** en todos los servicios estatales, niveles y regímenes especiales (L. 26.061, 16). Debemos recordar que la **educación oficial** puede ser de **gestión pública** o de **gestión privada**. Los establecimientos de gestión privada que imparten educación oficial y otorgan certificados oficiales sí pueden cobrar aranceles en función a las normas locales que regulan los mismos.

En otro orden, la ley **prohíbe** “a las instituciones educativas públicas y privadas **imponer por causa de embarazo, maternidad o paternidad, medidas correctivas o sanciones disciplinarias a las niñas, niños y adolescentes”** (L.

26.061, 17, 1er p) y obliga a los organismos del Estado a “desarrollar un sistema conducente a permitir la continuidad y la finalización de los estudios de las niñas, niños y adolescentes” (L. 26.061, 17, 2° p).

## 6.8. El derecho a la libertad

La Convención reconoce a todos los niños el derecho a la **libertad de expresión** que incluye “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño” (CIDN, 13, 1). En tanto dijimos que no son derechos absolutos, están sujetos a las restricciones que prevea la ley y sean necesarias.

Asimismo, los Estados se obligaron a respetar “el derecho del niño a la **libertad de pensamiento, de conciencia y de religión** (CIDN, 14, 1) como así también “los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” (CIDN, 14, 2), con las limitaciones que prevea la ley en general.

Se reconoce, además, el derecho a la “**libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas**” (CIDN, 15, 1), también con las restricciones que operen para la generalidad de la comunidad.

En la ley 26.061 se reconoce el “**derecho a la libertad**” que comprende:

- ✓ “tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos” (L. 26.061, 19, a);
- ✓ “expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela” (L. 26.061, 19, b);
- ✓ “expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos” (L. 26.061, 19, c).

La ley reconoce a los niños el “derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente” y expresamente indica que “no pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente” (L. 26.061, 2° p). También indica que la “privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente” (L. 26.061, 19, 3er p).

### 6.9. El derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen

La ley establece con claridad que los niños “tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen” y como consecuencia de ello **se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificarlos, directa o indirectamente**, “a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar” (L. 26.061, 22).

Respecto de los “datos e informaciones”, el decreto reglamentario aclara que “comprenden los de **su grupo familiar, su vivienda, su escuela, su apodo o sobrenombre y todo otro que permitiera identificarlo directa o indirectamente**” (d. 415/06).

También en el decreto reglamentario se limita, **aunque medie el consentimiento de los propios niños y de sus representantes legales**, la exposición, difusión y/o divulgación cuando resulte manifiestamente contraria al interés superior del niño.

### 6.10. El derecho a ser escuchado y a la participación procesal

Los niños tienen derecho a **expresar su opinión libremente** en todos los asuntos que los afecten y a que dicha opinión sea tenida en cuenta conforme su edad y grado de madurez (CIDN, 12, 1).

Consecuentemente, los niños tienen derecho a **ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte**, “ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional” (CIDN, 12, 2).

La ley 26.061 establece que este derecho a opinar y a ser oído “se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo” (L. 26.061, 24).

También precisa estos derechos respecto de los niños que se vean afectados por procedimientos judiciales o administrativos y reconoce los siguientes:

- ✓ “a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente” (L. 26.061, 27, a);
- ✓ “a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de

- arribar a una decisión que lo afecte” (L. 26.061, 27, b);
- ✓ “a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine” (L. 26.061, 27, c);
- ✓ “a participar activamente en todo el procedimiento” (L. 26.061, 27, d);
- ✓ “a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (L. 26.061, 27, e).

### 6.11. El derecho al nivel de vida

La Convención reconoce el derecho de los niños “a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (CIDN, 27, 1)”.

En ese orden, impone a los progenitores u otras personas encargadas de los niños “la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño” (CIDN, 27, 2). Este aspecto lo desarrollaremos con mayor profundidad en el capítulo sobre “Alimentos” (cap. X).

Los Estados partes asumieron el compromiso de adoptar “medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios (CIDN, 27, 3) y a tomar “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” (CIDN, 27, 4).

### 6.12. Deber de comunicar y de recepcionar denuncias

La ley 26.061 establece que los “**miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público** que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión” (L. 26.061, 30).

Por otra parte, obliga al “agente público que sea requerido para recibir una denuncia de vulneración de derechos de los sujetos protegidos por esta ley,

ya sea por la misma niña, niño o adolescente, o por cualquier otra persona”, a “recibir y tramitar tal denuncia en forma gratuita, a fin de garantizar el respeto, la prevención y la reparación del daño sufrido, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en la figura de grave incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público” (L. 26.061, 31).

### 6.13. Los niños, niñas y adolescentes y las leyes penales

La Convención establece claras pautas en lo que hace al tratamiento de los niños que son **acusados de haber infringido las leyes penales**. En ese sentido, se reconoce el derecho de esos niños y de quienes se declaren culpables de haber infringido esas leyes, “a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (CIDN, 40, 1).

También son pautadas las garantías mínimas que deben brindárseles a estos niños:

- ✓ “que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron” (CIDN, 40, 2.a);
- ✓ “que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente”:
  - “que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (CIDN, 40, 2.b.i);
  - “que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa” (CIDN, 40, 2.b.ii);
  - “que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular



- su edad o situación y a sus padres o representantes legales” (CIDN, 40, 2.b.iii);
- “que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad” (CIDN, 40, 2.b.iv);
- “si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley” (CIDN, 40, 2.b.v);
- “que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado” (CIDN, 40, 2.b. vi);
- “que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento” (CIDN, 40, 2.b. vii).

Nuestro país ha asumido el compromiso de tomar “todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”, y en particular a **establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales** (CIDN, 40, 3.a) y a adoptar, siempre que sea apropiado, “medidas para tratar a esos niños **sin recurrir a procedimientos judiciales**, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (CIDN, 40, 3.b). Actualmente, la legislación nacional establece que **“No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación”** (L. 22.278, 1, 1er p). Es decir, las personas menores de edad pueden ser imputados de la comisión de un delito, sometidas a un proceso penal y eventualmente condenadas, pero para ello deben darse dos condiciones: que sean mayores de dieciséis años y que la sanción del delito que se les atribuye tenga prevista una pena privativa de la libertad mayor a dos años.

La Convención prevé que se disponga de “diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada



para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción” (CIDN, 40, 4).

#### 6.14. Otros derechos reconocidos y compromisos asumidos por nuestro país

Vamos a enumerar en este punto algunos de los derechos contemplados por la Convención pero que no forman parte, al menos directamente, de la temática principal de nuestro libro. Sin embargo, todos ellos son de **suma importancia** y, sin lugar a duda alguna, repercuten en toda la vida de los niños, niñas y adolescentes.

La Convención reconoce:

- ✓ el derecho a “beneficiarse de la **seguridad social**, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional” (CIDN, 26, 1, L. 26.061, 26);
- ✓ el derecho a “estar protegido **contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social**” (CIDN, 32, 1). En ese orden, los Estados se comprometieron a fijar una edad o edades mínimas para trabajar, disponer una reglamentación apropiada de los honorarios y condiciones de trabajo y estipular las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo. En nuestro país debemos recordar que la ley de contratos de trabajo prohíbe “a los empleadores ocupar personas menores de dieciséis (16) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro” (L. 20.744, 189) y reglamenta las modalidades de trabajo para los adolescentes entre 16 y 18 años y para los hijos entre 14 y 16 años que son empleados en empresas de titularidad del padre, madre o tutor, entre otras aristas. Dentro de ese marco de restricciones y de los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, la ley 26.061 reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar (L. 26.061, 25);
- ✓ “el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes” (CIDN, 31, 1), debiéndose respetar y promover el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciar oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (CIDN, 31, 2). En ese orden, la ley 26.061 contempla también el derecho a la **recreación**,



**esparcimiento, juegos recreativos y deportes**, debiendo asegurar programas específicos para aquellos con capacidades especiales (L. 26.061, 20);

- ✓ derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma, para los niños que formen parte de **minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena**, en común con los demás miembros de su grupo, (CIDN, 30);
- ✓ la ley 26.061 reconoce el derecho a “**un ambiente sano y ecológicamente equilibrado**, así como a la preservación y disfrute del paisaje” (L. 26.061, 21).

Se reconoce también “la importante función que desempeñan los **medios de comunicación**” y, en ese sentido, los Estados Partes asumieron el compromiso de velar “por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental” (CIDN, 17).

La Convención incluye compromisos respecto de los derechos de los niños que ostentan el estatuto de refugiado en otro país (CIDN, 22).

Los Estados firmantes de la Convención **se comprometieron a:**

- ✓ adoptar “todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, **para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas** enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias” (CIDN, 33);
- ✓ proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales y a tomar “todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos” (CIDN, 34);
- ✓ tomar “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” (CIDN, 35) y proteger “al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar” (CIDN, 36);
- ✓ velar por que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, y no imponer “la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad” (CIDN, 37, a);



- ✓ velar por que “ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente” previéndose que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” (CIDN, 37, b);
- ✓ velar por que “todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales” (CIDN, 37, c);
- ✓ velar por que todo niño privado de su libertad tenga “derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción” (CIDN, 37, d);
- ✓ velar por que se respeten las normas del “derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño” (CIDN, 38, 1);
- ✓ adoptar “todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades (CIDN, 38, 2)” y abstenerse de “reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad”; respecto de las personas entre 15 y 18 años, si fueren reclutadas, se comprometieron a dar prioridad a los de más edad (CIDN, 38, 3);
- ✓ adoptar “todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado” (CIDN, 38, 4);
- ✓ adoptar “todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño” (CIDN, 39).

## 7. El sistema de protección integral

La ley 26.061 estructura un sistema de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes que es replicado en cada ordenamiento provincial

y de la CABA de un modo más o menos similar pero acorde a sus propias características locales.

En la norma nacional se indica que ese Sistema “está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional” (L. 26.061, 32, 1er p).

Desde la perspectiva local, los sistemas de protección se despliegan, en general, en dos **niveles de intervención**:

En el **primer nivel de intervención** nos vamos a encontrar con todos los organismos que mencionamos en el párrafo anterior actuando en forma directa –o más o menos directa- con los niños y sus problemáticas. En gran medida, este nivel reposa en el ámbito municipal e involucra a los organismos públicos especializados en la niñez como así también al servicio educativo y de salud. Desde una perspectiva más amplia, quizá más cercana a una mirada sociológica más que jurídica, también lo integran todas las organizaciones de la comunidad relacionadas con los niños: los clubes, las iglesias, la educación informal, etc.

Luego tenemos un **segundo nivel de intervención**, que en general abarca a la autoridad administrativa de aplicación de las leyes de niñez. A este nivel le corresponderá, con exclusividad en la mayor parte de las leyes locales, la adopción de medidas de protección excepcional, mientras que en el primero radicarán las medidas de protección integral.

Veamos qué son y cuáles son esas medidas:

### **7.1. Las medidas de protección integral y las medidas excepcionales**

Un niño **tiene derecho a crecer y ser criado por quienes son sus progenitores**, ya sea una mamá o un papá solos, un papá y una mamá, dos madres o dos padres **y si no los hay sus hermanos, sus abuelos, sus tíos, su familia biológica** (CIDN, 7, 1er ap). Esta afirmación, más allá del fundamento legal esgrimido, forma parte de nuestra cultura.

Consecuentemente, la responsabilidad en la formación, educación, contención y en brindar los cuidados necesarios para el desarrollo de los niños

reposa fundamentalmente en la familia, pero también en la comunidad y en las instituciones: el sistema educativo tanto formal como informal, el sistema de salud, los clubes, las iglesias.

Como hemos visto, la vulneración de los derechos de los niños puede aparecer de un modo difuso y generalizado -como sucede con la pobreza, la exclusión social, la discriminación- o de una forma más concreta y directa cuando podemos individualizar a los vulneradores en el marco del entorno familiar.

Ante una situación concreta, la reposición del equilibrio de derechos y la acción del Estado en tal dirección, debe ser realizada **con los niños conviviendo en el seno de sus familias de origen**. En ese orden, todas las medidas que adopte el Estado en orden a garantizar el restablecimiento de los derechos de los niños sin apartarlos de su centro de vida quedarán enmarcadas en las **medidas de protección integral**, mientras que aquellas que sí importan esa separación serán **medidas de protección excepcional**. Las vamos a tratar por separado:

## 7.2. Las medidas de protección integral

Veamos estas situaciones: los padres de una niña y de un niño no son muy consecuentes en controlar que ambos concurren a la escuela, es más, en las últimas semanas solo han asistido dos días. ¿es una grave vulneración de derechos? ¡Claro que sí! Sin embargo, el Estado puede intervenir en orden a lograr la regularización de esa situación mediante múltiples herramientas que comienzan por la propia escuela y por el sistema educativo. En otras palabras, la niña y el niño continuarán al cuidado de sus padres y se trabajará con ellos para lograr que vuelvan a la escuela.

Los padres de una beba se niegan a que la misma reciba las vacunas de aplicación obligatoria. ¿Es una grave vulneración de derechos? Sí, no sólo para con su bebé sino para con la comunidad en general. Amén de ello, existen mecanismos que permiten superar esa barrera dado que puede obtenerse una orden judicial que supla la voluntad de los padres.

Una madre no impulsa el reconocimiento de la paternidad de su bebé contra quien ella sabe que es el padre, un matrimonio no inicia el juicio de adopción de los niños cuya guarda preadoptiva ostentan. ¿Son casos que contienen vulneraciones de derechos de esos niños y niñas? No cabe duda alguna que sí. No obstante, en todos esos casos hay otra persona que puede garantizar los derechos de esos niños y niñas sin afectar en mayor medida la estructura familiar, como sucede en los ya mentados ejemplos de quienes no pagan la cuota alimentaria u obstaculizan el derecho a la debida comunicación.

En otras palabras: ¿fundamentan estos ejemplos una orden de retirar a esos niños del cuidado de sus padres? Tal como están expuestos, la respuesta es negativa aun cuando sean ambos progenitores los vulneradores dado que podemos hallar en el marco legal y en la comunidad y sus instituciones, una respuesta distinta de la de retirar los niños del cuidado de sus familias de origen.

También podemos hallar niños, niñas o adolescentes que muestren una conducta agresiva hacia los demás o hacia sí mismos sin que los progenitores o adultos responsables puedan dar una respuesta adecuada para su contención o se encuentren sobrepasados por la situación. En estos casos también proceden las medidas de protección integral.

La pauta general la encontramos en la CIDN. Los Estados firmantes se comprometieron a adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para **proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual**, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo” (CIDN, 19, 1).

Luego, se agrega que esas “medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial” (CIDN, 19, 2).

La ley nacional define a las **medidas de protección integral de derechos** como “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**” (L. 26.061, 33, 1er p) y agrega que “La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente” (L. 26.061, 33, 2° p).

La **finalidad**, tal como adelantamos, pasa por 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” (L. 26.061, 34).

El criterio rector de permanencia de los niños en el seno de sus familias se ve cimentado en la ley por una disposición contundente que nos permite palpar,

sin duda alguna, la enorme distancia entre la concepción normativa actual y aquella de 1919 que antes transcribimos (ver 2). La ley nos dice 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**” (L. 26.061, 33, 3er p). En el mismo sentido, la ley establece que “Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares” (L 26.061, 35, 1er p).

Consecuentemente con lo expuesto, entre las distintas alternativas con las que se pueden concretar estas medidas, la ley da prioridad a aquellas “que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes” (L 26.061, 35, 1er p) y que tiendan “a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar” (L. 26.061, 37, a).

La normativa nacional nos muestra un listado de medidas que pueden implementarse, sin perjuicio de otras:

- ✓ “solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar” (L. 26.061, 37, b);
- ✓ “asistencia integral a la embarazada” (L. 26.061, 37, c);
- ✓ “inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar” (L. 26.061, 37, d);
- ✓ “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” (L. 26.061, 37, e);
- ✓ “tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes” (L. 26.061, 37, 3);
- ✓ “asistencia económica” (L. 26.061, 37, g).

Como puede preverse, la implementación de estas medidas se caracteriza por su dinámica y por la necesidad de adecuación a cada caso en concreto. A partir de dicho dato de la realidad, la ley establece que “pueden ser sustituidas,



modificadas o revocadas en cualquier momento por acto de la autoridad competente que las haya dispuesto y cuando las circunstancias que las causaron varíen o cesen” (L. 26.061, 38).

### 7.3. Las medidas de protección excepcional

La ley nacional define a las medidas de protección excepcional como “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” (L. 26.061, 39, 1er p). En las normas locales, se le brinda mayor precisión al concepto y, en general, se entiende que son aquellas que **consisten en separar a los niños de su centro de vida cuando el grado de vulneración de derechos es tan grave que no habilita ya la adopción de medidas de protección integral.**

La medida excepcional **se concreta en el momento de la separación** y reviste el carácter de tal aun cuando los niños sean colocados en custodia de otro familiar. Por ejemplo, si tres hermanitos sufren graves vulneraciones de derechos por parte de sus progenitores y al ordenarse su separación son colocados bajo la guarda de su abuela que vive en la casa de al lado, **es también una medida excepcional** y requerirá del control de legalidad que más abajo abordaremos.

La Convención obliga a brindar a los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, protección y asistencia especiales del Estado (CIDN, 20, 2). Además, los Estados firmantes de la Convención se obligaron a garantizar otro tipo de cuidados a los niños separados de sus padres (CIDN, 20, 2), entre ellos se menciona: “la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (CIDN, 20, 3).

#### 7.3.1. Finalidad

Las medidas excepcionales son decididas y puestas en práctica para lograr la restauración de los derechos de los niños que han sido vulnerados. La norma nos habla de que tienen como objetivo **la conservación o recuperación del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias** (L. 26.061, 39, 2° p) con lo cual toda la acción del Estado debe encaminarse a realizar un trabajo denodado con esos niños.



Ahora bien, en tanto y en cuanto los niños tienen derecho a desarrollarse en el seno de sus familias de origen, no cabe duda alguna que **el Estado debe también desplegar acciones con las personas que integran esa familia** para viabilizar que los niños puedan volver a vivir con ellos en un marco de respeto para con sus derechos fundamentales.

En muchas ocasiones se observa que el acento está puesto en el alojamiento y contención de los niños mientras que los progenitores o los adultos responsables quedan librados a su suerte, con poco o ningún accionar del Estado. Ello surge con total evidencia cuando los niños son alojados en un lugar muy lejano a su centro de vida originario obstaculizándose marcadamente toda posibilidad de contacto con su familia originaria.

Para ello la autoridad de aplicación debe confeccionar un **plan de acción** que debe ser informado a los jueces de familia que realizan el control de legalidad de la medida e informar los avances logrados en su implementación.

### 7.3.2. ¿Cuándo se pueden ordenar?

En función de su carácter excepcional se ordenan, en general, cuando previamente la implementación de las medidas de protección integral no haya arrojado un resultado positivo (L. 26.061, 40) y la vulneración de derechos sea de tal gravedad que no permita otra salida.

Ahora bien, si la vulneración de derechos se constata en el momento, es una vulneración flagrante, o si en sí misma revela la imposibilidad actual de sostenimiento de los niños en el centro de vida, la medida excepcional se adoptará **con carácter urgente** más allá de haberse corroborado la existencia de medidas integrales anteriores.

Es decir, en la generalidad de los casos la medida excepcional será una consecuencia de medidas de protección integral que no han obtenido el resultado esperado, pero en algunos casos, aun cuando no se contare con esas diligencias anteriores, se deberán adoptar de igual modo.

La lectura de un expediente o de actuaciones mediante las que se instrumenta una medida excepcional no es sencilla de modo alguno. Las vulneraciones de derechos, en muchos casos, obedecen a las perversiones más espantosas de los seres humanos. Todas ellas están atravesadas por la violencia y por la ignorancia, sea en el estrato social que sea.

Sin embargo, este último aspecto no nos puede llevar a confusiones. Es importante subrayar que la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo **no puede, de modo alguno, ser el**



**fundamento** para la adopción de una medida excepcional (L. 26.061, 41, f). Pongo el acento en la falta de recursos familiares y traigo nuevamente los casos de los niños y niñas que viste sentado a la mesa de un bar, en el ejemplo que planteamos al principio del capítulo. La medida excepcional se adoptará sólo si se constata una gravísima vulneración de derechos y ello no surge del hecho de estar acompañando a su familia para “parar la olla”. Si el prisma que utilizamos para ponderar esa situación es el propio, sin colocarnos ni por un segundo en lo que el otro está viviendo, ahí está merodeando la “cultura del patronato”.

### 7.3.3. ¿Quién ordena la medida y la concreta?

Cada Provincia y la CABA han dictado sus propias normas de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Esas leyes son estructuralmente similares a la ley nacional 26.061 pero, en sus aspectos instrumentales, establecen qué mecanismos concretos, qué reparticiones y entidades van a conformar el sistema de protección integral, cuál es el procedimiento por transitar. Entre esas normas dispositivas, las leyes locales establecen cuál es la **autoridad administrativa que facultan para disponer medidas excepcionales** (en este punto cabe aclarar que en la Provincia del Neuquén esa facultad se ha mantenido en el poder judicial). A esa repartición administrativa se la llama “**autoridad de aplicación de la ley**” en términos generales.

Conforme el lugar donde vivamos, esa autoridad de aplicación suele denominarse **secretaría, subsecretaría o dirección de niñez, consejo provincial de niñez**, etc.

Una vez que la autoridad administrativa ha ordenado la medida se debe poner en práctica, es decir, ir hasta el lugar donde se hallan los niños y retirarlos de ese domicilio. A veces se logra sin mayores inconvenientes y en otras oportunidades se debe requerir el **auxilio de la fuerza pública y el allanamiento del lugar**. Para tal finalidad, la autoridad administrativa deberá requerir la intervención de los jueces mas ello no se debe confundir con quién adopta la medida excepcional que sigue siendo la autoridad administrativa.

### 7.3.4. ¿Cómo se hacen efectivas las medidas excepcionales?

Cuando se adoptan las medidas excepcionales, es decir cuando los niños son retirados de su centro de vida, el Estado debe procurarles no sólo un lugar de alojamiento sino de continuidad de su crianza y crecimiento personal.

La ley nacional pauta algunos criterios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de instrumentarlas, criterios que, con sus matices, son replicados en las normas provinciales.



La primera línea de acción pasa por **alojar a los niños dentro del grupo familiar ampliado**. Veamos un ejemplo: tres hermanitos conviven con sus progenitores, la autoridad administrativa decide adoptar una medida excepcional y consecuentemente retirarlos de ese centro de vida; si se ha corroborado que un hermano mayor se encuentra en condiciones de recibirlos y de asegurar sus derechos fundamentales, pues los niños convivirán con él mientras dure la medida. Del mismo modo, el análisis hay que realizarlo respecto de abuelos, tíos, primos o referentes afectivos que estén en condiciones de recibirlos.

Al respecto, la normativa recepta ese primer criterio con estos términos textuales: “Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en 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 (L. 26.061, 41, a)”.

Si no existen familiares que puedan recibir a los niños, se deberán buscar otras propuestas de alojamiento; la norma nos indica 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” (L. 26.061, 41, b).

La elección de estos sistemas de acogimiento alternativos debe realizarse en función de las características individuales y sociales de los niños comprendidos en la medida. Desde esa mirada, la normativa nos dice que al considerar estas alternativas “se prestará especial atención a la **continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico** (L. 26.061, 41, b).

Siguiendo ese derrotero, la implementación de las medidas –que será supervisada por la autoridad administrativa y por los jueces intervinientes (L. 26.061, 41, b)- se debe desarrollar **“bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes”** (L. 26.061, 41, c). Es decir, en tanto los niños se encuentren en el curso de una medida excepcional todos los operadores que los acompañan deben procurar **garantizar su identidad originaria**. Así, en ningún caso se debe tender a mellar tal identidad y menos aún propender a la construcción de una nueva.

Otra pauta pasa por la no separación de los grupos de hermanos, es decir, excepto situaciones donde ello no sea posible, los hermanos deben permanecer



unidos durante el transcurso de la medida excepcional y, claro está, con posterioridad a su cese (L. 26.061, 41, d).

También es clara la normativa en cuanto a que, en ningún caso su implementación puede consistir en **privación de la libertad** (L. 26.061, 41, e).

¿Cuáles son esas **formas alternativas**? Si bien puede haber otras, vamos a detenernos en dos:

#### a) Las familias de acogimiento o solidarias

Se trata de familias que están preparadas para recibir en su casa a niños, niñas y adolescentes a los fines de contenerlos, acompañarlos y continuar con su crianza mientras dura la medida excepcional.

Este sistema existe en nuestro país desde hace muchos años. Ha tenido distintas modalidades de implementación y criterios de trabajo, conforme la época en que operaron. En algún tiempo fueron denominados **hogares de tránsito** y más recientemente **familias sustitutas, de acogimiento o familias solidarias**.

En general son **programas** establecidos por la **administración pública**, pero ello depende de la **normativa local**, es decir, de la legislación y organización funcional de cada provincia y de la CABA.

Vamos a trazar algunas características que son comunes a este tipo de programas:

- ✓ las familias se incorporan **voluntariamente**;
- ✓ el plazo de permanencia de los niños a su cuidado debe ser **el más breve posible**, pero se extiende mientras dura la medida excepcional (ver 7.3.5);
- ✓ la familia de acogimiento **no puede aspirar a adoptar a esos niños ni puede estar inscripta en el registro de adoptantes**, su finalidad es acompañar y su preparación está enderezada hacia ese objetivo; por otra parte, la evaluación que se hace para admitir su incorporación al programa es distinta de aquella que se realiza para la incorporación al registro de adoptantes dado lo diverso de sus objetivos;
- ✓ la familia de acogimiento debe estar preparada para **no promover la instalación de un vínculo filiatorio con los niños que recibe**, es decir, no generar una relación padre/madre/hijos. Esto en nada se relaciona con el **cariño o con los lazos afectivos**. En ese sentido, tomemos como ejemplo a la situación de niños que son criados por sus abuelos en los que también existe



un lazo afectivo con ellos, sin embargo, de modo alguno consideran que los abuelos son sus padres.

Este último aspecto está íntimamente vinculado con **la capacitación que el Estado debe brindar a estas familias**. Esa capacitación, como así también la asistencia permanente que deben recibir, debe permitirles **no generar vínculos filiales y viabilizar la salida de los niños de su seno hacia aquella familia que, en definitiva, lo recibirá**.

**¿Pueden entonces estas familias pretender la adopción de esos niños?** Esta pregunta la vamos a responder cuando hablemos sobre adopción y allí nos remitimos (cap. VIII, 7.2.2).

#### **b) Las instituciones**

Cuando ninguna de las alternativas anteriormente descriptas puede ser concretada –residencia con otros miembros de la familia o referentes afectivos, familias solidarias o de acogimiento- se podrá alojar a los niños en instituciones especializadas a tal fin.

Esas instituciones, llamadas muchas veces **hogares** para niños, pueden ser públicas o privadas, pero en todos los casos forman parte también de programas que son gestionados y controlados por la administración pública.

#### **7.3.5. Plazo máximo de duración de una medida excepcional**

La normativa pauta que las medidas excepcionales deben ser limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen (L. 26.061, 39).

Cada ley provincial ha precisado ese plazo que en general consiste en períodos breves que pueden ser prorrogados.

La entrada en vigencia en el año 2015 del Código Civil y Comercial introdujo una modificación con gran impacto en este aspecto ya que estableció un plazo de duración de la medida excepcional **de ciento ochenta días para el caso que se derive en una declaración de situación de adoptabilidad**.

Veamos: la declaración judicial de situación de adoptabilidad se dicta, entre otros supuestos, si “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**” y prevé que “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" y comunicarlo a los jueces de familia que realizan el control de legalidad (607, c). Se trata de un plazo **máximo** con lo que podría acotarse a un lapso más breve (sobre este aspecto volveremos al tratar la adopción en el capítulo VII, 7.1.3.a).

Ahora bien, **¿qué sucede si el organismo administrativo considera que la adopción no es la propuesta viable para una situación en particular?** A nuestro juicio, si las leyes locales prevén un lapso de duración de la medida excepcional mayor a los ciento ochenta días, pues se extenderá hasta dicho tope. Así, si estamos ante la situación de una adolescente de diecisiete años que no desea ser adoptada, la finalización de la medida excepcional puede ocasionarle un perjuicio mayor si es que no se cuenta con quién pueda ejercer la tutela hasta la mayoría de edad. Por supuesto que existen otras interpretaciones que consideran que el plazo de ciento ochenta días rige para todos los casos.

La complejidad signa a la enorme tarea encomendada a la autoridad administrativa y ello incluye **la exigencia de celeridad**, más aún cuando se da una marcada indeterminación de la situación jurídica de los niños amparados por una medida excepcional, sumado a que, desde la perspectiva de los niños el paso de los días consolida lazos, vínculos, historias, estructuras y, del mismo modo que permite abrir ciertas oportunidades clausura otras definitivamente.

Las exigencias normativas que pesan sobre la autoridad de aplicación van más allá del denodado esfuerzo personal tanto sea de los funcionarios a cargo como de los empleados y trabajadores que día a día desarrollan los planes de acción trazados. Desde la perspectiva de los derechos, tales exigencias imponen no sólo un eficiente uso de los recursos sino también la eficacia de los planes de acción referidos; todo ello en un marco de respeto por los derechos de todos los involucrados: los niños, claro está, pero también los adultos tanto sean padres, parientes, guardadores, familias solidarias.

En cuanto al **plazo**, el **control judicial del mismo no sólo es relevante sino también imprescindible**. La prolongación de los plazos reposa en la autoridad administrativa pero el control recae en el poder judicial quien debe velar por el cumplimiento de los límites temporales y observar si se trata de un lapso indebida o injustificadamente alongado.

### 7.3.6. ¿Qué sucede luego de concretada la medida? El control de legalidad

Las medidas excepcionales son decisiones adoptadas por la administración pública con lo que las personas afectadas por las mismas pueden cuestionarlas dentro de ese ámbito **mediante la presentación de recursos administrativos**. Esos recursos son peticiones de reconsideración de lo resuelto por la propia



autoridad que las dictó y de revisión ulterior por una autoridad superior.

Amén de ello, la ley nacional dice que, dentro de las veinticuatro horas de adoptada la medida, la autoridad administrativa debe ponerla en conocimiento de los jueces con competencia en familia (L. 26.061, 40, 2° p), al igual que lo hacen las leyes locales.

Con esa comunicación se inicia el procedimiento de **control de legalidad de la medida** que deben realizar los jueces de familia durante todo el lapso de vigencia de la situación excepcional (L. 26.061, 40, últ. p). La reglamentación de ese control puede variar en cada provincia o en CABA conforme a la ley provincial respectiva, dado que, recordemos, los aspectos procesales son competencia de las jurisdicciones locales.

La actividad encomendada al poder judicial se asienta en la base misma del sistema de protección de los derechos del niño. **Sin ella o si no fuere ejercida debidamente se potencia el riesgo de instaurar una suerte de patronato administrativo de menores.** El control judicial es el principal garante de los derechos constitucionales y convencionales de los niños, niñas y adolescentes y de sus familias de origen ante la actividad de la administración pública.

Concretamente, el control de legalidad tiene un doble aspecto, por un lado, entendido **como legalidad formal** y por otro, como **control de razonabilidad**:

#### **a) Control de legalidad formal**

El control de legalidad formal refiere a la observancia por la administración pública de los requisitos y formas establecidos por la legislación de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes de cada provincia.

El respeto por tales formas debe ser abordado por los jueces no como un mero punteo de recaudos rituales sino desde la perspectiva de la realización del debido proceso, de la concreción de las garantías constitucionales y convencionales y del derecho de defensa.

Una primera pregunta que debe ser satisfactoriamente respondida es si se adoptó o no una medida excepcional y si lo hizo la autoridad administrativa con facultades para hacerlo para luego consultar si se trata de una modalidad de aplicación receptada por la ley, es decir si los niños fueron alojados en su familia ampliada, familia de acogimiento, institución. Se debe observar también si han intervenido equipos interdisciplinarios, si las actuaciones administrativas fueran puestas a disposición de los jueces de familia en el plazo legal, si se han acompañado copias de las actuaciones y de las decisiones administrativas, si se detalla el plan de acción previsto, si existe la intervención de equipos jurídicos administrativos, entre otros aspectos que prevén las normas locales.





Ahora bien, desde una perspectiva más cercana al **debido proceso** los jueces determinarán **si los niños han sido escuchados y si se ha dado participación en el procedimiento administrativo a los progenitores, familiares, representantes, responsables o allegados**, si han sido debidamente notificados de lo resuelto y si se garantizó la posibilidad de solicitar su revisión.

Claro está que la falta de cumplimiento de algunos de estos extremos establecidos por la ley no importa por sí mismo el rechazo de la medida, sino que ello debe ser ponderado en función del peso específico de la anomalía detectada, su impacto en una eventual vulneración de garantías constitucionales y, por sobre todo, a la luz del control de razonabilidad que se analizará luego.

### **b) Control de razonabilidad**

El control de razonabilidad comprende el análisis de la no vulneración por la autoridad de aplicación de los derechos establecidos en la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico, con especial referencia a los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos y el cumplimiento de los aspectos de fondo previstos en las leyes nacionales y locales respectivas.

Los jueces deberán ponderar si la medida de separación del centro de vida se encuentra debidamente fundada en función de la situación concreta y si no se ha excedido la administración pública en su decisión, todo ello bajo el prisma de la legislación constitucional a la que nos hemos referido.

No importa habilitar a los jueces a sustituir y asumir las facultades propias de la administración pública, ni para reiterar en sede judicial las actividades que la ley le asigna al poder ejecutivo, o para suplir su omisión. Sí, en cambio, puede solicitar a la autoridad de aplicación la realización de ciertas medidas o diligencias que considere faltantes o necesarias.

Claro está que, ante una eventual imposibilidad de acción por parte de la autoridad de aplicación en un caso concreto, sea por las razones que fuere, o ante situaciones de urgencia o emergencia que no admitan dilaciones, los jueces adoptarán las medidas provisorias que correspondan y luego le dará intervención a la autoridad administrativa para continuar con el ejercicio de sus propias facultades.

### **7.3.7. Finalización de la medida excepcional**

Cuando se cumple el plazo máximo de vigencia, o con anterioridad según el





caso, la autoridad administrativa debe dictar una resolución en la que se expida sobre la situación de los niños comprendidos en esa medida excepcional. Nos podemos encontrar con dos situaciones posibles:

#### a) Cese de la medida excepcional

Si como resultado de las tareas desplegadas se ha logrado que el grupo familiar originario contenga adecuadamente a sus niños, respete y garantice sus derechos fundamentales en un marco de razonabilidad, la continuidad de la medida excepcional ya no tendrá razón de ser y se debe disponer su cese.

La decisión administrativa debe ser comunicada a los jueces de familia que tienen a su cargo el control de legalidad. Los jueces pueden disponer ciertas actuaciones para determinar si efectivamente los niños han regresado a su centro de vida originario y se han superado las situaciones que dieran lugar a la adopción de la medida excepcional. Para ello, por ejemplo, concretará informes ambientales en su domicilio, solicitará informes a la escuela a la que concurre y en su caso escuchará al niño.

Puede suceder también que los adolescentes comprendidos en una medida excepcional **alcancen la mayoría de edad**. En ese caso, **si bien la medida excepcional cesa automáticamente** –decimos “de pleno derecho”– las distintas autoridades administrativas han ido instrumentando mecanismos para acompañarlos hasta lograr un mayor nivel de autonomía.

En orden a lo expuesto en el párrafo anterior, debemos puntualizar que en 2017 se sancionó una ley que crea el “**Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales**” cuyo objetivo es “garantizar su plena inclusión social y su máximo desarrollo personal y social”. (L. 27.364). Los beneficiarios de este programa son adolescentes y jóvenes sin cuidados parentales desde los trece hasta los veintiún años de edad, en tanto se encuentren separados de “su familia de origen, nuclear y/o extensa o de sus referentes afectivos y/o comunitarios y residan en dispositivos de cuidado formal en virtud de una medida de protección de derechos”.

La norma indica que los adolescentes entre dieciséis y dieciocho años incluidos en el programa “adquieren la mayoría de edad de manera anticipada” mientras que los adolescentes entre trece y dieciséis años que no tengan representante legal deben solicitar su designación, quienes actúan como tutores (L. 27.364, 2).

Se trata de un programa donde se ingresa y se egresa en forma voluntaria y se puede reingresar en cualquier momento (L. 27.364, 4). Las prestaciones principales son el acompañamiento personal y una asignación económica mensual (L. 27.364, 5).

## b) Propuesta para una situación definitiva de los niños

Ahora bien, si esa revinculación con el grupo familiar originario no ha arrojado resultados positivos, la autoridad administrativa considerará finalizada la medida excepcional y propondrá a los jueces de familia cuál es la situación definitiva para esos niños.

Entre las principales alternativas, la propuesta puede consistir en la **declaración en situación de adoptabilidad**, en la **privación de la responsabilidad parental de los progenitores y designación de tutores**, y en el **otorgamiento de una guarda judicial**.

Los jueces deben evaluar si están cumplidos todos los requisitos formales y sustanciales y, en su caso, harán saber la propuesta a los progenitores de los niños o a los adultos responsables que estaban a cargo de ellos al momento de ser separados del centro de vida. Asimismo, si existieren otros parientes también los deberán citar. Todos ellos pueden articular las pretensiones que consideren pertinentes y oponerse a la propuesta efectuada por la autoridad de aplicación con las garantías constitucionales de debido proceso y de defensa en juicio.

Debemos recordar que al momento de adoptarse la medida excepcional se produce la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (ver cap. IX, 8.2) con lo que los niños deben participar del proceso, tanto durante el control de legalidad como en su finalización, con abogados patrocinantes propios (ver cap. I, 7).

El juicio debe ser el más breve posible, al respecto debemos tomar como parámetro el plazo de noventa días establecido para la declaración de situación de adoptabilidad (ver cap. VIII, 7.1.3). A la finalización de este proceso, los jueces deberán decidir si receptan favorablemente la propuesta formulada por la autoridad administrativa o la rechazan. De acuerdo con el caso, resolverán privar de la responsabilidad parental y designar tutor, declarar a los niños en situación de adoptabilidad, otorgar una guarda judicial, entre otras posibilidades.

## 8. Los tiempos de la niñez

Nuestra sociedad ha aceptado afrontar los desafíos que impone la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Nos hemos comprometido a oír sus voces y a darles participación en los procesos judiciales y administrativos, entre tantos otros aspectos.

En julio de 2013, Luli, una pequeñita de siete años ingresó a mi despacho de juez de familia acompañada por su hermanita de cinco y por su hermanito de

tres. Él se puso a jugar, allí sobre el piso, con unos camioncitos y unos autitos que yo tenía. Sus hermanitas se sentaron frente a mí, mirando hacia abajo, jugando con sus propios pies. La más grande, antes que yo empezara a hablar, levantó su vista y me preguntó: “¿Vos sos el que nos va a buscar una mamá y un papá?, porque nosotros queremos tener una mamá y un papá”. Yo le contesté: “bueno sí, puede ser”. Hizo un silencio, volvió a levantar su vista y preguntó: “¿Cuánto tiempo falta?”. “Un tiempito” respondí, mientras por mi mente, a modo de película de los años cuarenta, pasaban informes que subían, informes que bajaban, un tiempo que se iba entre papeles y papelitos. Ella apartó su mirada de sus propios dedos y retrucó: “¿Cuánto tiempo es un tiempito?”.

Más o menos con esas palabras comencé una participación que me hicieran los organizadores de TEDx Rosario en 2019. Esa pregunta es en verdad una demanda, una pretensión jurídica que abofetea a todos los adultos responsables. La respuesta a la pregunta de Luli siempre hablará de un tiempo prolongado, más aún si recordamos que la medida excepcional -es decir la separación de estos niños de su centro de vida originario- había sido dispuesta dos años antes.

Cuando se traspasan los plazos legales de una medida excepcional o cuando no se resuelven anticipadamente aquellas donde ello es factible, cada día que transcurre acarrea una nueva vulneración a los derechos de esos niños y esas niñas. Pero también lo hace respecto de los derechos de los adultos que integran la familia de origen, de la comunidad que se relaciona con los niños, de las familias solidarias que los reciben y de los que esperan poderles brindar una nueva familia para su crianza y contención.

La infancia no es eterna, dura un tiempo, quizá es un pequeño lapso de nuestras vidas pero fundante como ningún otro, sobre ella nos edificamos.

Para los niños los días no son plazos ni términos, no son hábiles ni tampoco inhábiles, no se registran en papeles ni en legajos, no entienden de presupuestos, no responden a equipos ni a personal especializado, no respetan disciplinas ni multidisciplinas, no distinguen competencias judiciales o administrativas, no aguardan a los directores ni a los jueces, no esperan.

La pregunta de Luli dio lugar, entre otras cosas, a este proyecto pedagógico y tal como lo hicimos en “¿Cuánto tiempo es un tiempito?” decimos: El tiempito de Luli, ese tiempo de la niñez, no es medible con nuestros relojes.



### Capítulo III

#### El matrimonio

Desde muy pequeños hemos oído hablar acerca del matrimonio. Tuvimos una maestra reemplazante porque “la seño se casó”, fuimos a la fiesta de casamiento de nuestra tía, aprendimos algunas canciones infantiles que aludían a él y vimos muchas veces las fotos de la abuela en el día de su boda.

Sabemos mucho de casamientos; que los que se casan antes fueron novios, que no te podés casar con tu hermana, que suele haber un “casamiento por iglesia” y un “casamiento por civil”; que los que no están casados son solteros, que una viuda es una persona cuyo marido murió, que la vecina se divorció porque se quiere volver a casar. Sabemos que la casa es de mamá porque era de cuando estaba soltera y que el auto es de los dos porque lo compraron de casados.

Pero también sabemos lo que no es “casamiento”: “los padres de Juancito se juntaron”, “ellas no creen en el matrimonio, quieren ser libres”, “ellos no quieren papeles”.

Además, solemos también “saber” algunas afirmaciones que no son ciertas: “los primos hermanos no se pueden casar”, “de tu sueldo me tenés que dar la mitad”, “después de cinco años de concubinato automáticamente pasás a estar casado”.

Bien, vamos a aprovechar todos estos “sabemos” de lo que es cierto, de lo que es más o menos cierto y de lo que es falso, caminando desde el noviazgo hasta la finalización del matrimonio y en una sección especial hablaremos del régimen patrimonial del matrimonio.

#### 1. Breves aclaraciones previas

Nos vamos a referir únicamente al **matrimonio civil**, es decir, a aquel que se celebra ante una autoridad pública y no al matrimonio religioso.

El **matrimonio** puede estar formado por **personas de un mismo sexo** o **por personas de distinto sexo**, cualquiera sea su orientación sexual. La legislación indica con claridad que las normas no pueden ser interpretadas ni aplicadas limitando, restringiendo, excluyendo o suprimiendo “la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce” tanto sea que esté constituido por personas de distinto o igual sexo” (402).



Por otra parte, **la ley prevé que sólo pueden contraer matrimonio dos personas**. Amén de ello, la convivencia de más de dos personas que conforman una relación similar a la matrimonial se ha ido visibilizando progresivamente y en algunos países de nuestro continente se han buscado distintas formas de reconocimiento jurídico (acuerdos de convivencia o de bienes, por ejemplo). El límite en el número de contrayentes es un aspecto que radica en cada comunidad en un momento histórico dado, en función de su propia cultura y de las mayor o menor receptividad que se tenga a una ampliación. Actualmente en nuestro país el matrimonio monogámico encuentra sustento legal y forma parte de nuestra cultura común. Sin embargo, del mismo modo que hasta hace unas décadas un matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres no hubiese sido ni siquiera pensable y hoy forma parte de nuestra legislación y es aceptado por una enorme porción de nuestra sociedad, pues bien, algo similar puede ocurrir con un matrimonio o una unión convivencial de más de dos miembros.

## 2. El noviazgo

Es cierto que el noviazgo no es un requisito previo para casarse. Pero también es cierto que en un gran número de casos las personas “se ponen de novios” y luego se casan.

Hace ya unos cuantos años era muy común la celebración de un evento llamado “**compromiso**”. En el “compromiso” los novios se prometían mutuamente casarse en un cierto tiempo posterior. Esas promesas se llaman jurídicamente “**esponsales**”.

El compromiso, cuando la costumbre lo transformaba en una regla social, solía formalizarse en una fiesta y también los futuros esposos recibían regalos de los invitados.

Hoy en día prácticamente la costumbre del “compromiso” no se observa. Sin embargo, existe un momento en que se decide contraer matrimonio, en que se comunica esa decisión a familiares y amigos y se realizan múltiples preparativos del enlace, tan variados como posibilidades y deseos tengan los novios: solicitar un turno en el registro civil, elegir e imprimir tarjetas o diseñar una invitación cibernética, reservar un salón de fiestas, contratar los servicios de una *wedding planner* o un viaje de bodas. La legislación debe **preservar en todos los casos la libertad de casarse y de no casarse**. Es decir, nada, nadie ni ninguna circunstancia debe obligar a una persona a contraer matrimonio cuando no quiere hacerlo.

Siguiendo ese principio, la legislación dice que **no existe ninguna acción judicial por la que alguien pueda ser obligado a casarse si no quiere, aun cuando lo haya prometido** (401). En otras palabras, incluso cuando te hayas



comprometido a casarte con Fulano o con Mengana tenés la libertad plena para decidir no hacerlo.

Sin embargo, es posible que se hayan producido gastos, recibido regalos, los novios se hayan hecho donaciones mutuas y generado expectativas en cada uno de ellos, en sus familiares, en sus amistades. También es posible que la ruptura genere un perjuicio a los que gastaron, regalaron, donaron, en función de ese casamiento futuro y, si la ruptura fue unilateral, pudo haberse generado angustia, tristeza, dolor en quien sostuvo la decisión de casarse.

La ley **pone un límite a las reclamaciones** patrimoniales derivadas de la ruptura de la promesa de matrimonio. Así, dice que **no existe una acción judicial para reclamar los daños y perjuicios causados** por tal ruptura (401). Completando la idea anterior, ninguna persona debe verse obligada a contraer matrimonio para evitar una demanda de reclamación por los gastos efectuados, o para eludir un reclamo de daños y perjuicios por la angustia y la tristeza o para resarcir daños futuros por haber desbaratado un proyecto de vida. **La libertad de no casarse está en primer lugar.**

Ahora bien, puede suceder que los novios se hayan efectuado donaciones entre sí o que hayan recibido donaciones de terceras personas. **¿Qué sucede con esas donaciones y regalos recibidos?** En este punto, la legislación hace una excepción a la regla que vimos en el párrafo anterior y permite reclamar **la devolución o restitución de esas donaciones** (401). Esta norma también está prevista en el **régimen patrimonial del matrimonio** en donde se expresa que cuando se hacen donaciones en consideración a un matrimonio futuro se entiende que fueron hechas bajo **condición** de que se celebre un matrimonio válido (452). Se ha discutido y se discute aún si la devolución alcanza a **los regalos o presentes** que tuvieron su origen en razones más bien afectivas. Habrá que estar a cada caso en concreto, determinar si se hicieron en función del matrimonio futuro o si respondieron al noviazgo en sí mismo, como así también el valor o entidad de lo regalado.

Otra excepción está dada por la posibilidad de reclamar por los gastos que uno de los novios efectuara en miras al matrimonio futuro y que beneficiaran exclusivamente al patrimonio del otro. La legislación permite **reclamar el reintegro de estos gastos bajo la figura del “enriquecimiento sin causa”** (401 y 1794). Esta figura es de carácter excepcional y no debe confundirse con otras, como por ejemplo con la donación que vimos en el párrafo anterior. Así, si uno de los novios canceló una deuda del inmueble propiedad del otro novio donde convivirían -por impuestos, tasas, expensas, por ejemplo- y luego no se casaron, es claro que ello benefició al otro novio y perjudicó al que pagó, el gasto lo hizo teniendo en cuenta el matrimonio futuro pero no como una donación, con lo que puede reclamar la restitución de esos montos.

Finalmente, si uno de los novios **injuria al otro, lo agravia, lo difama**, es claro que ello ocasiona un **daño** y ese daño **no está comprendido en la prohibición de reclamar** dado que no se trata ya de un daño ocasionado por la decisión de no casarse sino en el hecho mismo de la injuria o del agravio. **En ese caso sí puede reclamar una indemnización.**

### 3. La boda

El sacerdote pregunta “si alguien se opone a esta boda que hable ahora o calle para siempre”. Los familiares de ella, a la izquierda, entrecruzan sus miradas. Los de él, a la derecha, los observan con recelo. Tensión. Más tensión. Los novios, petrificados, se toman de la mano y entre dientes dicen “continúe, por favor”. Alguien, al fondo del templo, carraspea para aclarar su garganta y tímidamente levanta su mano para comenzar a hablar...

Esta escena la hemos visto una y otra vez en novelas de televisión, con sacerdote o con un funcionario público, aunque, en verdad y al menos en mi caso, nunca presencié una ni siquiera similar.

Seguramente te has preguntado **quién puede realmente oponerse a la celebración de un matrimonio; y en su caso, qué puede válidamente decir.** Muy posiblemente también te hayas cuestionado **qué pasa si la boda se celebra de igual modo.**

Bien, más allá de las licencias que se toman los escritores, guionistas, directores de cine y de telenovelas a la hora de presentar estas escenas, lo cierto es que la legislación contempla las razones por las que puede estar vedado un matrimonio, las personas que pueden oponerse sobre la base de esas razones como así también qué sucede cuando el matrimonio se celebró aun mediando esas prohibiciones.

#### 3.1. ¿Qué impide casarte?

Somos conscientes, como dijimos al inicio de este capítulo, que con ciertas personas no nos podemos casar, con nuestros abuelos, por ejemplo. Y también que, si aún estamos casados, pues bien, no podemos volver a casarnos. Está en nuestra cultura y lo sabemos desde muy pequeños.

También hemos señalado que, en muchas ocasiones, ese saber popular no coincide con lo que realmente dispone la ley, quizá porque las normas sobre matrimonio se han ido adecuando con el paso de los años y han quedado instalados en la comunidad requisitos de otras épocas -por ejemplo que no se



pueden casar los sordomudos que no saben darse a entender por escrito- quizá porque las distintas religiones regulan su propio matrimonio –la Iglesia Católica, por ejemplo- y no siempre sus disposiciones coinciden con las leyes civiles.

Existen entonces ciertas situaciones o vínculos con ciertas personas que obstaculizan el matrimonio. Se denominan “**impedimentos matrimoniales**”, porque precisamente te impiden contraer un matrimonio plenamente válido (403).

### 3.1.1. Impedimentos que pueden posibilitar la nulidad del matrimonio

Algunos **impedimentos matrimoniales** habilitan a solicitar la nulidad del matrimonio en caso de que, de igual modo, se llegara a celebrar. Entre ellos nos vamos a encontrar con **impedimentos que pueden ser dispensados por los jueces**, es decir, supuestos donde los jueces pueden **eximirte** de cumplirlos como, en su caso, también puede convalidarse el matrimonio si de igual modo se celebró. Hay otros impedimentos que **no pueden ser eximidos** ni tampoco **convalidados** posteriormente. Los analizaremos por separado:

#### a) Impedimentos no dispensables ni convalidables

Los impedimentos de parentesco, matrimonio subsistente y crimen no pueden ser dispensados por los jueces ni tampoco convalidados posteriormente:

##### a.1) Vínculos de parentesco, comprende los siguientes:

- ✓ **en línea recta en todos los grados**, cualquiera que sea el origen del vínculo (403, a); es decir, no podés casarte con tus padres, ni con tus abuelos, hijos, nietos, aun cuando se trate de una adopción y no haya vínculo de sangre, o un vínculo por técnicas de reproducción humana asistida
- ✓ **entre hermanos bilaterales y unilaterales**, cualquiera que sea el origen del vínculo (403, b); no podés contraer matrimonio con tus hermanos, sean hijos de los mismos padres o tan solo de uno, sean hermanos consanguíneos o adoptivos.
- ✓ **por afinidad en línea recta en todos los grados**; (403, c), no podés casarte con la madre de quien fuera tu esposa o con el hijo de quien fuera tu esposo, por ejemplo (recordemos que el parentesco por afinidad subsiste aun luego de la disolución del matrimonio por muerte o por divorcio, ver cap. VI, 2)



**a.2) Un matrimonio subsistente** (403, d) es decir, si aún estás casado y tu matrimonio no se disolvió, ya sea por muerte de tu otro cónyuge, por divorcio, por nulidad de matrimonio. En nuestro país no se admite la bigamia.

**a.3) Crimen**, no podés casarte si fuiste condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges (403, e), es decir, si una persona mata a la esposa de otro, o la manda matar adrede, con la intención de hacerlo, no puede luego contraer matrimonio con el viudo aun cuando el crimen no lo haya cometido en vistas al matrimonio futuro. El impedimento no se aplicaría, por ejemplo, si la muerte se produce por un accidente de tránsito en donde no ha habido intención de matar.

## **b) Impedimentos dispensables y convalidables**

Los impedimentos de edad y de falta permanente o transitoria de salud mental sí pueden ser dispensados por los jueces y convalidados posteriormente:

**b.1) Edad:** si tenés menos de dieciocho años no podés contraer matrimonio (403, f); sin embargo, la ley distingue dos situaciones:

- ✓ si sos una persona menor de edad que no llegaste a los dieciséis años, la única forma de casarte es previa dispensa otorgada por los jueces, es decir, que los jueces te eximan de cumplir con ese requisito (404, 1er p);
- ✓ si tenés entre dieciséis y dieciocho años solo es necesaria la autorización de los representantes legales y en caso de no otorgarse tal autorización puede celebrarse previa dispensa judicial (404, 1er p).

Para la dispensa judicial, los jueces tienen que entrevistar a ambos contrayentes y a sus representantes legales (404, 2° p) y para decidir tienen que “tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes” (404, 3er p).

Por otra parte, si quien quiere contraer matrimonio es el **tutor** o sus descendientes con la persona bajo su tutela, la legislación habilita a los jueces a **dispensar y habilitar el matrimonio** solamente si se dan los requisitos ya descriptos anteriormente respecto de la dispensa matrimonial para personas menores de edad y, además, **si se han aprobado las cuentas de la administración de la tutela** (404 últ. p). La sanción que se prevé para el caso de celebrarse igualmente el matrimonio es que el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo. Recordemos que el tutor tiene derecho



a percibir una retribución por la administración de los bienes de su pupilo, que no puede exceder la décima parte de los frutos líquidos de esos bienes y que se fija judicialmente (128, ver cap. I, 6.1.2.I).

**b.2) Salud mental:** no podrás contraer matrimonio si padecés de falta permanente o transitoria de salud mental que te impide tener discernimiento para el acto matrimonial (403, g). Es decir, sufrir de cualquier dolencia mental que, al momento de celebrar el matrimonio no te permita conocer el alcance del acto que vas a realizar. Sin embargo, el matrimonio puede celebrarse **previa dispensa judicial** (405). Para decidir los jueces solicitarán un informe de un equipo interdisciplinario “sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada”, tienen que entrevistar personalmente a los futuros esposos y también puede entrevistar a su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente (405).

### 3.1.2. Impedimentos que no habilitan solicitar la nulidad el matrimonio

En estos casos, el matrimonio que se celebre a pesar del obstáculo no está sancionado con nulidad sino con otro tipo de consecuencias de carácter administrativo. Así, en algunas provincias se continúa exigiendo la presentación del **certificado médico prenupcial** relacionado con el **impedimento de contraer matrimonio para personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio**, requisito no exigido hoy en día por el Código Civil y Comercial. También nos encontramos con este tipo de impedimentos en el caso de los **funcionarios del servicio exterior de la Nación** que deben solicitar **autorización para contraer matrimonio** al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. (L. 20957/75, 21-r).

## 3.2. ¿En qué consiste la oposición a la celebración del matrimonio?

### 3.2.1. Los motivos

Si recordamos la célebre escena protagonizada por Dustin Hoffman en “El graduado” en la que su personaje Ben grita “¡Elaine! ¡Elaine!” cuando ella ya había aceptado a su novio como esposo y si imaginamos que lo que realmente quería era formular una oposición jurídica al matrimonio, Ben tenía dos problemas: llegó tarde, como bien dijo Anne Bancroft, y además no formuló una oposición válida. Es decir, que la novia no esté enamorada del novio sino de él no es motivo suficiente para que un matrimonio no prospere. Claro está que

nada de eso impidió a Elaine... bien, ¿puede “spoilearse” una película de 1967?

La oposición debe efectuarse **antes de la celebración del matrimonio** y estar **debidamente fundada en algunos de los supuestos contemplados por la ley**.

Los **motivos** sobre los que pueden fundarse una oposición **son los mismos que vimos al desarrollar “impedimentos” y ningún otro es admisible (410)**.

### 3.2.2. ¿Quiénes pueden formular esa oposición?

La legislación habilita en forma **directa** a estas personas:

- ✓ “al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio” (411, a);
- ✓ “a los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos, cualquiera sea el origen del vínculo” (411, b);
- ✓ al Ministerio Público, cuando tenga conocimiento de esos impedimentos, especialmente, por la denuncia de cualquier persona que veremos a continuación (411, c).

Si una persona no es cónyuge, ni ascendiente, ni descendiente o hermano de los que pretenden casarse, la oposición puede plantearse como **denuncia ante el Ministerio Público** y será éste quien evalúe si es procedente o no y en su caso **deducirá oposición (412)**. La **denuncia** puede ser presentada desde el inicio de las diligencias previas y hasta la celebración del matrimonio.

### 3.2.3. ¿Cómo se tramita la oposición?

Las personas **directamente habilitadas** deben presentar su oposición, ya sea en forma verbal o por escrito, ante el oficial público del registro civil que ha de celebrar el matrimonio (413). Debe consignar: “a. nombre y apellido, edad, estado de familia, profesión y domicilio del oponente; b. vínculo que une al oponente con alguno de los futuros contrayentes; c. impedimento en que se funda la oposición; d. documentación que prueba la existencia del impedimento y sus referencias, si la tiene; si no la tiene, el lugar donde está, y cualquier otra información útil” (413).

El oficial del registro debe hacer conocer la oposición a los futuros contrayentes y si alguno de ellos o ambos admite la existencia del impedimento legal, el oficial público lo hace constar en acta y no celebra el matrimonio (414).

Ahora bien, **si los contrayentes no reconocen la existencia de tales impedimentos denunciados, “deben expresarlo ante el oficial público dentro de los tres días siguientes al de la notificación; éste levanta un acta, remite**

**al juez competente** copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados y suspende la celebración del matrimonio”.

Los jueces competentes serán los que se establezca en cada provincia, pero, en general **pertenecen al fuero de familia**. El procedimiento debe ser el **más breve que prevea la ley local**. Los jueces resuelven luego de escuchar al Ministerio Público y comunican su sentencia al oficial del registro civil. **Si desestiman la denuncia, se celebra el matrimonio y si declaran la existencia de un impedimento, no** (415). En ambos casos, se deja nota de la sentencia al margen del acta respectiva.

### 3.3. La celebración del matrimonio

#### 3.3.1. La celebración ordinaria

Muy posiblemente, en estos últimos tiempos, hayas asistido a un casamiento en el que los novios contrajeron matrimonio en el mismo salón de fiesta y ante un oficial del registro civil. Seguramente, un mayor número de veces has ido a presenciar un casamiento en las propias oficinas del registro civil. Estas formas de celebración del matrimonio se denominan “**celebración ordinaria**” (416). ¿Cómo se debe proceder?:

Ante el registro civil del domicilio de cualquiera de los novios se debe completar una solicitud con los nombres y apellidos de los contrayentes, número de documento de identidad, si lo tienen; edad, nacionalidad, domicilio y el lugar de nacimiento, profesión, nombres y apellidos de los padres, nacionalidad, números de documentos de identidad si los conocen, profesión y domicilio, declaración sobre si han contraído matrimonio con anterioridad. En este último supuesto, si la respuesta es afirmativa, habrá que consignar el nombre y apellido del anterior cónyuge, lugar de celebración del matrimonio y causa de su disolución y acompañar certificado de defunción o copia debidamente legalizada de la sentencia por la que se anuló o disolvió el matrimonio anterior o por la que se declaró la muerte presunta del anterior cónyuge (416). La ley también prevé que, si los contrayentes o alguno de ellos no sabe escribir, el oficial público debe levantar un acta donde escriba los mismos datos que enunciamos.

Puede suceder que de la propia presentación surja la inhabilidad de los novios para contraer matrimonio, porque se dan algunos de los impedimentos que ya vimos, o también que se haya deducido una oposición. En esos casos, el oficial del registro civil debe suspender la celebración hasta que se pruebe la habilidad o se rechace la oposición, haciéndolo constar en acta, de la que debe dar copia certificada a los interesados, si la piden (417).

El matrimonio debe **celebrarse públicamente** y deben estar presentes **ambos contrayentes y el oficial público** (418, 1er p). Si se hace en las oficinas del registro civil, **se requiere la presencia de dos testigos** y si se hace fuera del registro civil -en la fiesta de casamiento, por ejemplo- **los testigos deben ser cuatro** (418, 2° p). El oficial público debe leer el artículo 431 que dice: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”. Luego tiene que recibir de cada uno de los contrayentes la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciar que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley (418, 3er p). Si la persona padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral debe expresar su voluntad por escrito o por cualquier otra manera inequívoca (418 4° p). Asimismo, si uno o ambos contrayentes ignoran el idioma nacional, deben ser asistidos por un traductor público matriculado y, si no lo hay, por un intérprete de reconocida idoneidad, dejándose debida constancia en la inscripción (419).

Luego los que intervinieron en el acto deben firmar el **acta de matrimonio** y si alguno no sabe o no puede firmar pueden hacerlo otros “a ruego”, es decir, por pedido de esa persona y en su nombre (420 2° p). El oficial público **debe entregar a los cónyuges, de modo gratuito, copia del acta de matrimonio y de la libreta de familia** expedida por el registro civil (420 3° p). El acta debe contener: “a. fecha del acto; b. nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y lugar de nacimiento de los comparecientes; c. nombre y apellido, número de documento de identidad, nacionalidad, profesión, y domicilio de sus respectivos padres, si son conocidos; d. lugar de celebración; e. dispensa del juez cuando corresponda; f. mención de si hubo oposición y de su rechazo; g. declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y del oficial público de que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley; h. nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, estado de familia, profesión y domicilio de los testigos del acto; i. declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j. declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes; k. documentación en la cual consta el consentimiento del contrayente ausente, si el matrimonio es celebrado a distancia” (420).

### 3.3.2. Las modalidades de celebración extraordinarias

Quizá hayas escuchado que Fulana “se casó por poder” o en alguna telenovela se haya planteado que un malvado personaje pretende celebrar un matrimonio

“por poder” con alguien con quien la bella protagonista no quiere casarse. O en otra, que a una pobre anciana en su lecho de muerte le hacen contraer matrimonio con un inescrupuloso villano. Estas dos descripciones de las formas de contraer matrimonio, tan mentadas en las telenovelas, **no se condicen con la legislación real** que prevé **dos modalidades extraordinarias** un tanto distintas: el **matrimonio en artículo de muerte** y el **matrimonio a distancia**. En ambas el consentimiento se debe prestar personalmente dado el carácter personalísimo del acto jurídico que se va a celebrar.

#### a) Matrimonio en artículo de muerte

La legislación permite celebrar matrimonio con prescindencia de todas o de alguna de las formalidades que comentamos en la celebración ordinaria “cuando se justifica que alguno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte, con el certificado de un médico y, donde no lo hay, con la declaración de dos personas” (421). **Si no se puede encontrar al oficial del registro civil la celebración la puede hacer cualquier juez o funcionario judicial**, quien debe levantar acta de la celebración y luego remitirla al oficial del registro civil para que la protocolice, es decir, para que la ingrese formalmente en el Registro.

#### b) Matrimonio a distancia

El contrayente ausente debe expresar su consentimiento **personalmente** en el lugar en que se encuentra y ante la autoridad competente para celebrar matrimonios (422). La normativa establece que “la documentación que acredite el consentimiento del ausente solo puede ser ofrecida dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento” y luego se indica que “el matrimonio a distancia se considera celebrado en el lugar donde se preste el consentimiento que perfecciona el acto” y que “la autoridad competente para celebrar el matrimonio debe verificar que los contrayentes no están afectados por impedimentos legales y decidir sobre las causas alegadas para justificar la ausencia” (2623).

A partir de la legislación descrita en el párrafo anterior podemos inferir que el matrimonio a distancia **es de carácter excepcional y deben justificarse debidamente las razones de la imposibilidad de celebración presencial conjunta de ambos contrayentes**.

Como podemos deducir **no se trata de un poder** dado que es el propio contrayente quien debe manifestar su consentimiento y lo debe hacer ante la autoridad habilitada para celebrar matrimonios del lugar donde se encuentra.





#### 4. ¿Cuándo un matrimonio es un matrimonio y cuándo es un matrimonio inválido? Un contrapunto entre existencia y nulidad

Un mediocampista da un pase al delantero, los jugadores del equipo contrario no logran detenerlo, supera al arquero, suavemente toca la pelota con su pie izquierdo y ella, despacito, traspasa la línea que une a los postes y deja de rodar en el fondo del arco envuelta por la red. El delantero grita ¡goooooooooool! y el estadio festeja. Pero allá, al costado derecho, un hombre delgado y no muy alto tiene en su mano una bandera que levanta con su brazo estirado. El árbitro, que había marcado el centro del campo otorgando el gol, corre hacia él, los jugadores de ambos equipos lo rodean, él con cierto desdén los aleja moviendo ostentosamente el dorso de su mano. Offside, escucha. Tiro libre indirecto, cobra (revuelo en el estadio y en el campo de juego).

Ahora veamos una situación similar con leves diferencias: el mediocampista da el pase, el delantero tiene delante suyo a un defensor y luego al arquero, los supera a ambos y suavemente toca la pelota con su pie izquierdo y ella, despacito, deja de rodar en el fondo del arco envuelta por la red. El delantero grita ¡goooooooooool! y el estadio festeja. ¡Un momento! El árbitro se detiene, escucha, oye, asiente y hace una seña que todos entienden: ¡VAR! Corre hacia el televisor y los jugadores de ambos equipos lo siguen y él con cierto desdén los aleja moviendo ostentosamente el dorso de su mano. Mira, observa, vuelve a mirar, asiente, mueve la cabeza, los segundos son horas, silencio. ¡Saque de arco!, cobra. Pasó por un costado y se metió debajo de la red, explica (revuelo en el estadio y en el campo de juego).

¿Cuál es la diferencia sustancial entre ambas situaciones? Más allá de las interpretaciones que, con mayor rigor, puedan hacer los especialistas en fútbol, el ejemplo sirve. En el primer relato, la pelota ingresó al arco y eso es gol, pero no cumplió con uno de los requisitos para su validez: la ley del offside, es decir, el delantero no estaba habilitado. **Se afecta la validez por la vulneración de una regla y se anula el gol.** En cambio, en el segundo, la pelota nunca traspasó la línea entre los postes; está afectada la propia **existencia** del gol, **ese gol, nunca fue gol.**

Bien, con los actos jurídicos es similar. Si un acto jurídico **se celebra vulnerando una cierta norma que lo prohibía**, ese acto no es eficaz para el fin buscado, no es válido y **puede ser declarado nulo.** Mientras que, si “celebramos el matrimonio” frente a un amigo que “hace de juez”, pues bien, nunca será matrimonio.





#### 4.1. Los requisitos para que un matrimonio sea matrimonio

La legislación nos dice que para que un matrimonio exista “**es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo**” (406 1er p). Claro está que este requisito, tal cual está redactado, no aplica para el matrimonio a distancia como ya vimos.

El matrimonio, entonces, **se celebra ante un oficial público del registro civil**. Si una celebración se efectúa ante una persona que no es un oficial público desde ya que no será un matrimonio. Por ejemplo, dos personas deciden “casarse” en una celebración con un grupo de amigos y uno de ellos oficia de sacerdote y otro de oficial público. Obviamente que no es un matrimonio civil, aunque pueda ser el punto de partida de una relación convivencial.

La legislación dice que el acto que carece del requisito de celebración ante un oficial público **no produce efectos civiles**. Así, **a diferencia de los casos de nulidad** que veremos a continuación, ese “matrimonio” no es convalidable, cualquier persona puede alegar su inexistencia y los jueces pueden sin que nadie se los pida desconocerle todo efecto. Tampoco tiene repercusión si uno u ambos cónyuges actuaron de buena fe dado que el matrimonio será inexistente para ambos.

Ahora bien, si dos personas van al registro civil, efectúan los trámites previos, el día de la boda vuelven a ese mismo registro civil y en una oficina los atiende una persona que dice ser el oficial público **¿qué sucede si no lo es?** Bien, la legislación indica que “la existencia del matrimonio no resulta afectada por la incompetencia o falta del nombramiento legítimo de la autoridad para celebrarlo, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, y aquellos ejercieran sus funciones públicamente” (407). En este caso, el acto jurídico matrimonial existe para ambos cónyuges.

#### 4.2. La nulidad del matrimonio

Como en cualquier situación de nulidad tenemos que hallarnos frente a un acto jurídico que en su origen se encuentra viciado, es decir, que no se condice con el ordenamiento jurídico.

En algunas ocasiones, el **vicio que afecta al acto es de tal magnitud que de modo alguno puede confirmarse**, afecta a la comunidad en su conjunto, “contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres” (386) y decimos que estamos frente a una **nulidad absoluta**.

Otras veces **el vicio sólo afecta a quienes están interesados en el acto jurídico, es decir, la sanción de nulidad fue impuesta “en protección del interés de ciertas personas” (386) y sí puede ser confirmado, allí estamos frente a una nulidad relativa.**

Las nulidades en materia de matrimonio tienen algunas características que las diferencian de las nulidades de los actos jurídicos en general. Un contrato puede ser declarado nulo y para ello se siguen las normas que describimos en el párrafo anterior y si el vicio está sancionado con nulidad absoluta los jueces mismos, sin que nadie se lo pidan, pueden así declararla (387). Pero en las nulidades matrimoniales la cosa no es tan así. Veamos:

#### 4.2.1. Nulidad absoluta del matrimonio

Si el matrimonio se celebra contraviniendo los impedimentos de parentesco (403, a, b y c), es decir, por ejemplo, se casan abuelo y nieto, o un hermano con su hermana, o la nuera con su suegra, o contrae matrimonio una persona que aún está casada (403, d), o celebra sus bodas quien fue condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges (403, e), la sanción es de **nulidad absoluta** (424).

La demanda de declaración de nulidad la puede hacer cualquiera de los cónyuges y también las personas habilitadas para oponerse al matrimonio (424).

#### 4.2.2. Nulidad relativa del matrimonio

Los casos de nulidad relativa son tres y, como veremos, todos tienen tanto la posibilidad de declaración de nulidad como así también, depende el caso, de que el vicio quede subsanado y el matrimonio no pueda declararse nulo:

a) **Falta de edad:** Se casaron, uno o ambos cónyuges, **sin tener la edad de dieciocho años, ni dispensa judicial o autorización de los padres** (425, a). La declaración de nulidad la puede pedir únicamente el cónyuge menor de edad y quienes en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. Si lo piden los representantes legales, “el juez debe oír al adolescente, y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez hace lugar o no al pedido de nulidad”. Si el juez rechaza el pedido de los representantes legales, se considera como si el matrimonio se hubiese celebrado con dispensa judicial. Ahora bien, **si el o los cónyuges alcanzaron la edad de dieciocho años, ya no puede pedirse la declaración de nulidad.**

b) **Afección en la salud mental.** Se casaron, uno o ambos cónyuges,

**padeciendo una dolencia mental que le impedía saber lo que hacían** (425, b). La petición puede ser formulada por cualquiera de los cónyuges si desconocían el impedimento y también por los parientes de la persona que padece el impedimento y que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. La ley establece **algunos límites para demandar**:

- ✓ si el cónyuge que padece la dolencia mental **recupera su salud y continúa la cohabitación, es decir siguen viviendo juntos, ya no puede demandar**. Caso contrario, tiene un año para iniciar la demanda contado desde que recuperó su salud mental;
- ✓ si el **cónyuge sano no conocía el impedimento y luego de conocerlo continúa cohabitando, ya no puede demandar**. Caso contrario, tiene un año para iniciar la demanda contado desde que conoció el impedimento;
- ✓ **los parientes solo tienen tres meses** para iniciar la demanda, contados desde la celebración del matrimonio. Los jueces deben “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”.

c) **Vicios en el consentimiento**: Se casaron, uno o ambos cónyuges, **estando afectada su voluntad** (425, c) por violencia, por dolo o por error en las cualidades personales del otro contrayente. Para analizar esta causal de nulidad veamos previamente **cómo puede afectarse el consentimiento de uno o ambos cónyuges**:

El **consentimiento** debe formularse de **modo personal y conjunto** ante la autoridad pública, excepto en el caso del **matrimonio a distancia** como ya vimos (406). **No puede estar sometido a ningún plazo, condición, cargo** o modalidad alguna. Así, no puede prestarse el consentimiento “por tres años renovables automáticamente si no digo lo contrario”. O, “si dentro de los treinta días tu padre escritura a mi nombre un departamento”. aun en caso de que así fuere, esas cláusulas se tienen por no manifestadas y el matrimonio es igualmente válido (408).

Ahora bien, **¿todo consentimiento es válido?**

La respuesta negativa se impone y podemos deducirla fácilmente. Si he ido al registro civil para casarme con Fulano porque tiene secuestrada a mi hermana y pone al casamiento como condición para liberarla, es claro que ese “sí quiero” no lo dije libremente. Si fui a casarme con Andrés y resulta que me casé con su gemelo Roberto, si contraí matrimonio con una persona que dijo profesar determinada fe religiosa que es la mía y luego confiesa que es ateo, entonces ¡no es la persona con quien quería casarme!

La legislación califica a estas circunstancias como “vicios del consentimiento” y son éstos:

- ✓ “la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente” (409, a). Respecto de la **violencia**, la legislación nos habla de “la fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero” (276); en cuanto al **dolo** es definido como “toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto” (271). El **error** al que refiere este inciso es acerca de la persona del otro, es decir, me casé con alguien que no es la persona con quien me quise casar;
- ✓ “el **error** acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía” (409, b).

Cuando la razón alegada es el “error”, los jueces deben valorar si ese **error es esencial** cuando se plantee la nulidad, “considerando las circunstancias personales de quien lo alega”. Es decir, **el error debe ser ponderado en el caso concreto** y, posiblemente, una misma circunstancia puede ser **esencial** para la prestación del consentimiento y en otros no.

Volvamos entonces a la **nulidad por vicios de consentimiento**: ¿Quién puede demandarla? **Sólo el cónyuge víctima del vicio de error, dolo o violencia, pero no puede hacerlo si continuó cohabitando por más de treinta días después de haber conocido el error o de haber cesado la violencia**. El plazo para interponer la demanda es de **un año** desde que dejaron de vivir juntos.

#### 4.2.3. Los efectos de la nulidad: buena y mala fe

Para lograr la nulidad de un matrimonio **debe entablarse un juicio**. Los jueces no pueden, **ni siquiera en la nulidad absoluta**, declarar la nulidad si una persona legitimada no se lo solicita.

Una vez que ha sido declarada la nulidad quienes fueron cónyuges dejan de serlo retomando su estado civil anterior.

Ahora bien, ¿**qué sucede con el lapso en que estuvieron casados**? La pregunta es importante porque, **a diferencia del divorcio**, el matrimonio celebrado no fue válido. En general, la declaración de nulidad de un acto jurídico lo afecta desde su origen. Sin embargo, en materia de matrimonio la legislación diferencia la existencia de **buena o mala fe**. Veamos un par de ejemplos:

- ✓ Dos primos hermanos contraen matrimonio y unos días después un tío les confiesa que en verdad son hijos del mismo padre. Las pruebas de ADN dan como resultado que son hermanos unilaterales y no primos. Ninguno de ellos lo sabía.
- ✓ Una persona, profundamente religiosa, contrae matrimonio con otra persona que, en apariencia, también era profundamente religiosa y profesaba su misma fe. Luego de la boda, le confiesa que en verdad es atea y que no se lo dijo antes porque de otro modo no se hubiesen casado.

¿Están en **idéntica situación** el primero y el segundo caso? Como es evidente, la respuesta es no.

En el primero hubo **buena fe** de ambos contrayentes, es decir, ignoraban que eran hermanos, contrajeron matrimonio sin saber que había un impedimento. En cambio, el segundo ejemplo es distinto, el cónyuge que engañó obró **de mala fe**, mientras que la persona religiosa cometió un error excusable. La ley nos dice que la buena fe “consiste en la ignorancia o error de hecho excusables y contemporáneos a la celebración del matrimonio sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero” (427). Para que ese error sea **excusable** no debe haberse actuado con **negligencia**, es decir, si con una mínima indagación la persona podría haber descubierto la verdad, por ejemplo, pues ya no podrá argumentar la existencia de ese error.

Si **ambos cónyuges son de buena fe**, el matrimonio produce todos los efectos de un matrimonio válido hasta el día en que se lo declara nulo (428). La declaración de nulidad produce la disolución del régimen patrimonial matrimonial. Ahora bien, si la nulidad produce un desequilibrio económico de uno ellos en relación con la posición del otro puede reclamarse una “**compensación económica**” que se debe reclamar dentro de los seis meses contados a partir de la sentencia que declara la nulidad (441 y 442). Tanto sobre la disolución del vínculo patrimonial como sobre la compensación económica volveremos más adelante (ver 7.5. en este capítulo y 3.5. en el siguiente).

Si **solo uno de los cónyuges es de buena fe**, el matrimonio produce todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto de él y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad (429). El **cónyuge de buena fe puede:**

- ✓ “solicitar compensaciones económicas”, tal como comentamos cuando nos referimos al caso de buena fe de ambos cónyuges (429, a);
- ✓ “revocar las donaciones realizadas al cónyuge de mala fe” (429, b);

- ✓ “demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia” (429, c).
- ✓ si el régimen patrimonial matrimonial es el de comunidad, el cónyuge de buena fe puede optar:
  - “por considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes” (429, i);
  - “por liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad” (429, ii);
  - “por exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente” (429, iii).

Ahora bien, **si ambos cónyuges son de mala fe** el matrimonio anulado no produce efecto alguno, quedan sin efecto las “convenciones matrimoniales” (ver cap. IV, 1), sin perjuicio de los derechos de terceros y los bienes adquiridos hasta la nulidad se distribuyen, si se acreditan los aportes, como si fuese una sociedad no constituida regularmente (430). Esto último implica que cada uno deberá acreditar qué aportó y en esa medida se distribuirán los bienes como si fuesen socios (ver cap. V, 7.3).

Nos vamos a encontrar también con **otros efectos**; veamos:

Tanto para el caso de buena o mala fe de los cónyuges, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hayan contratado con los cónyuges (426).

En otro orden, **las obligaciones alimentarias no subsisten** entre quienes fueron cónyuges en un matrimonio posteriormente declarado nulo, restando únicamente los supuestos de compensación económica para los cónyuges de buena fe como vimos anteriormente (ver cap. X, 4).

En cuanto a la **emancipación por matrimonio**, vimos en el capítulo respectivo que **la emancipación subsiste excepto para el de mala fe** (27). Respecto del **apellido** sabemos que cualquiera de los cónyuges puede usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella mas esa posibilidad no continúa luego de la nulidad excepto que se autorice judicialmente la conservación del apellido por motivos razonables (67). El derecho hereditario entre cónyuges cesa con la declaración de nulidad.

## 5. ¿Cómo se prueba el matrimonio?

La regla general es que el matrimonio “se prueba con el **acta** de su celebración,

su testimonio, copia o certificado, **o con la libreta de familia**” expedidos por el registro civil (423).

Puede suceder que no sea posible acompañar el acta de matrimonio o la libreta. En ese caso, la legislación habilita a probar su celebración por otros medios, pero también dice que la “**posesión de estado**”, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio. ¿**Qué es posesión de estado**? Pasa por comportarse públicamente como un matrimonio, es decir, para la comunidad en general tal persona y tal otra conforman un matrimonio y viven como tales. Esa situación, que es la misma que se da en las uniones convivenciales, no es suficiente por sí sola para probar el matrimonio ni para reclamar efectos derivados del mismo (ninguno de ellos tendrá derechos hereditarios respecto del otro, por ejemplo). Ahora bien, si tenemos un acta de matrimonio y también “posesión de estado”, la legislación dice que la “inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio” (423).

La situación planteada en el párrafo anterior adquiere particular relevancia cuando necesitamos **acreditar un matrimonio celebrado hace muchos años**. Cualquier persona que haya tramitado el reconocimiento de ciudadanía en **España, Italia u otros países europeos** seguramente ha sufrido las dificultades para conseguir todas las partidas necesarias. Debemos tener en cuenta que en esas reconstrucciones históricas nos podemos encontrar con matrimonios celebrados en el siglo XIX y principios del XX cuando no existían los registros civiles; en esos casos se tiene que probar con **la partida parroquial** que acredita el matrimonio religioso o del culto que corresponda.

Si se trata de probar un **matrimonio celebrado en el extranjero** en general se debe presentar la partida o acta de matrimonio correspondiente, traducida al castellano en su caso y con la denominada “**Apostilla de la Haya**”. La Apostilla de La Haya es una **certificación** de un instrumento público o privado emitido en un país para ser presentado en otro país. Así, si tenés que presentar, por ejemplo, una partida de nacimiento argentina en un país extranjero deberá contar con la Apostilla emitida por nuestro país, mientras que si tuvieses que presentar aquí en Argentina una partida de un matrimonio celebrado en el extranjero tendrá que venir con esa certificación dada por ese país extranjero. En otro orden, hay que tener en cuenta que **la prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por la ley de ese país** que quizá puede ser distinta a la nuestra (2622 últ. p).





## 6. Derechos y deberes de los cónyuges

Quienes contraen matrimonio lo hacen, en general, con el fin de desarrollar una vida en común, donde ambos se acompañen en su crecimiento conjunto e individual, realizar proyectos comunes, en muchos casos tener hijos y criarlos, en otros no. Estos propósitos importan la existencia de ciertas obligaciones entre los cónyuges y de ciertos derechos.

Los derechos y deberes matrimoniales son **recíprocos**, es decir, ambos cónyuges tienen el derecho de exigir al otro el cumplimiento de un determinado deber y también tiene la obligación de cumplirlo respecto de su cónyuge.

La legislación describe dos grandes deberes: el de **asistencia** (431) y el de **alimentos** (432 a 434).

En cuanto al deber de **asistencia** señala que los cónyuges asumen un compromiso para “desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad” y agrega “deben prestarse asistencia mutua” (431).

El proyecto de vida en común conlleva la existencia de un acuerdo entre los cónyuges respecto de cómo se desarrollará la vida entre ambos más allá de los intereses individuales de cada uno. Cuando nos habla de **cooperación** se denota la necesidad de un trabajo en común, de una colaboración permanente, de un equilibrio y de contraprestaciones recíprocas en favor de ese proyecto de vida que los une. Importa la asistencia en la enfermedad, el compartir las tareas hogareñas, el cuidado y crianza de los hijos, etc.

La norma también establece el deber de **convivencia**. A diferencia de las uniones convivenciales, donde precisamente la convivencia es el hecho sobre el cual se construye su propio concepto, no en todos los casos la **falta de cohabitación** importa el incumplimiento a un deber matrimonial. Por otra parte, no está prevista una sanción expresa al no cumplir con el deber de convivencia, aunque sí es preciso señalar que la **separación de hecho sin voluntad de unirse** acarrea la exclusión del derecho hereditario entre cónyuges (2437). Quizá el eje diferenciador en la situación de cónyuges que no cohabitan pase por la intención de continuar siendo cónyuges o no.

Ahora bien, los deberes para ser tales tienen que prever una sanción en caso de incumplimiento. Por ello, cuando la ley habla de la “**fidelidad**” expone que se trata de un “**deber moral**”. Es decir, si se vulnera ese deber no hay una sanción como sí la había hace un tiempo con el más que conocido “**divorcio sanción**” en donde se declaraba a uno o a ambos cónyuges culpables del divorcio y ello preveía sanciones al cónyuge culpable. **¿Puede entablarse un juicio por daños y**





**perjuicios por haber sido infiel?** En tanto se trata de un **deber moral**, la respuesta es **negativa** dado que la persona infiel no estaría vulnerando ninguna obligación jurídicamente exigible. Sin embargo, ello no impide que pueda proponerse una demanda que intente cuestionar el alcance del deber moral de fidelidad y que eventualmente pueda prosperar. Desde ya que ese obstáculo a la posibilidad de pretender una indemnización de daños y perjuicios **se circunscribe a aquellas afecciones que provienen de la propia ruptura del vínculo matrimonial y no de otros daños producidos dentro del matrimonio**, es decir, si se han dado agresiones entre cónyuges, vejaciones, malos tratos, injurias y otro tipo de conductas que afectan a la persona en sí misma considerada desde ya que se aplican las reglas generales del derecho de daños y la demanda encontraría un sustento en la obligación general de no dañar a otros.

La prestación recíproca de **alimentos entre los cónyuges** es el aspecto al que más desarrollo se le presta y lo abordaremos en el capítulo sobre alimentos (ver cap. X, 4).

## 7. La disolución del matrimonio

El matrimonio válido, como vimos, tiene un comienzo y también, indefectiblemente, tiene un final. “Hasta que la muerte los separe” es la frase religiosa más conocida al respecto. Ese instante en que el matrimonio finaliza lo llamamos, jurídicamente, **disolución del matrimonio** y puede darse por estas causales (435):

- ✓ “muerte de uno de los cónyuges” (435, a);
- ✓ “sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento” (435, b);
- ✓ “divorcio declarado judicialmente” (435, c).

Nos encontramos frente a un matrimonio -conformado a partir de un acto jurídico existente y válido- que llega a su fin por las razones vistas en el párrafo anterior. En el caso de la **nulidad**, el vicio originario priva en general de efectos a ese matrimonio, excepto los que hemos visto en los supuestos de buena o mala fe de los cónyuges.

### 7.1. La muerte

Cuando uno de los cónyuges fallece, en ese mismo momento y sin necesidad de declaración alguna, se produce la disolución del vínculo matrimonial y, consecuentemente, cesan los derechos-deberes matrimoniales. Asimismo, se disuelve la comunidad de gananciales, conforme lo veremos al momento de tratar los bienes del matrimonio (cap. IV, 3.5.1).

Seguramente habrán oído hablar del “**cónyuge supérstite**”. Pues bien, es el viudo o la viuda, es decir, el cónyuge que sobrevivió al otro. Tal como sucede en los restantes casos de disolución, el cónyuge supérstite **recupera la posibilidad de casarse** y actualiza la **vocación hereditaria en la sucesión de su cónyuge respecto de los bienes propios de éste**.

La muerte del cónyuge tiene otras repercusiones: el derecho a tramitar la pensión, el derecho a continuar usando el apellido del otro en tanto no contraiga nuevas nupcias o inicie una unión convivencial (67), el derecho a continuar habitando en el inmueble propiedad del cónyuge fallecido donde se asentara el hogar conyugal y que no estuviere en condominio con otras personas al momento de abrirse la sucesión y de modo vitalicio y gratuito (2383) y otros que veremos en los capítulos respectivos (responsabilidad parental, filiación).

## 7.2. Ausencia con presunción de fallecimiento

Cuando una persona se ausenta de su domicilio sin que se tenga noticia de ella durante tres años puede solicitarse que sea declarada presuntamente fallecida aun cuando haya dejado apoderado (85). El plazo se cuenta desde la fecha de la última noticia del ausente.

La legislación también prevé algunos supuestos extraordinarios que permiten también presumir el fallecimiento: “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 años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido” (86, a) y “si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido” (86, b).

Se tramita mediante un juicio que puede ser iniciado ante los jueces del domicilio del ausente, por cualquier persona que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona ausente.

Una vez finalizado el juicio, en su caso, los jueces declaran el fallecimiento presunto y deben fijar un día presuntivo de fallecimiento y, en lo posible, la hora en que sucedió, siguiendo ciertas pautas que le establece la legislación (90).

Conforme con lo expuesto, cuando la sentencia que declara el fallecimiento presunto queda firme -es decir, cuando ya no quedan otros recursos para lograr su revisión- se produce la disolución del vínculo matrimonial con lo que la **reaparición del ausente no hace renacer el vínculo matrimonial**. En su caso, si quieren estar casados, **deben contraer nuevo matrimonio**.

### 7.3. El divorcio

Habrás escuchado, muy posiblemente, esta frase: “cuando uno no quiere, dos no pueden”. En el matrimonio pasa sin lugar a duda alguna. Cuando uno de los cónyuges no desea seguir con el matrimonio, el otro por más que quiera continuar poco puede hacer. Sin embargo, todos conocemos matrimonios que han seguido en pie aun cuando uno de ellos, o los dos, no querían y hubiesen deseado otra vida. Ello puede darse por presiones sociales, por necesidades económicas o, también, por un vínculo violento entre los cónyuges.

**El divorcio es la forma en que puede lograrse disolver el matrimonio en vida de ambos cónyuges.**

En nuestro país, actualmente, **el divorcio provoca la disolución del vínculo matrimonial**. Si bien aún puede haber personas que hayan obtenido en su época una sentencia de **divorcio no vincular** o, más recientemente, una sentencia de **separación personal** -en ambos casos no podías casarte nuevamente- hoy en día lograrán sencilla y fácilmente su **conversión a divorcio vincular** (actual divorcio).

Ninguna persona puede renunciar a la facultad de pedir el divorcio, ni tampoco puede haber ningún pacto ni cláusula que restrinja esa facultad. Si alguien renunciara se entendería nula tal renuncia y si esas cláusulas existieran en algún documento, se tendrían por no escritas (436).

Para solicitar y obtener el divorcio **no hace falta esperar plazo alguno, ni tampoco obtener la conformidad del otro cónyuge**. Ya no es necesario exponer ante los jueces las razones o motivos que dieron lugar a la ruptura de la relación, ni probar “quién tuvo la culpa” con lo que tampoco hay “cónyuge culpable” ni “cónyuge inocente” que así sean declarados judicialmente.

El divorcio **puede ser solicitado por ambos cónyuges o por uno sólo de ellos** (437). Tenemos así la petición conjunta de divorcio y la petición unilateral de divorcio, cuyas diferencias las iremos marcando en los párrafos siguientes.

#### 7.3.1. El inicio del trámite de divorcio. Propuesta reguladora de efectos

Dice la legislación que “Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición” (438, 1er p).

Acompañar la “propuesta reguladora” es un requisito que debe ser cumplido para que los jueces **admitan** la petición de divorcio y den curso al trámite. Claro está que si se trata de una petición unilateral tendrá carácter de **propuesta** y si es conjunta puede tener el alcance de **un convenio**, pero no siempre es así

como veremos. El extremo que está claro es que **sin esa propuesta o convenio el trámite no puede empezar.**

No cabe duda alguna que **el divorcio tiene consecuencias, afectivas muchas de ellas y jurídicas otras.** Si bien en un gran número de casos los cónyuges tendrán relaciones jurídicas que resolver -alimentos, comunicación con los hijos, bienes- puede darse el caso que dos personas no tengan ninguna otra cuestión que dirimir más allá del matrimonio en sí. Entonces, **¿en qué consisten concretamente esos efectos del divorcio?**

Cuando nuestra ley trata sobre el “convenio regulador” se mencionan estos aspectos: **“las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria”** y “otras cuestiones de interés de los cónyuges” (439). Entonces, algunos de esos temas hacen a la **relación entre los cónyuges** (y con terceros dado que pueden existir acuerdos respecto de deudas, por ejemplo) mientras que otros se vinculan a la **relación de los cónyuges con los hijos.**

Siguiendo estas pautas, por ejemplo, una propuesta reguladora puede versar sobre: cuota alimentaria en favor de uno de los cónyuges, cuota alimentaria en favor de los hijos, quién ejercerá el cuidado personal de los hijos, cómo se dará la comunicación de los hijos con el progenitor no conviviente, qué características tendrá la crianza de los hijos, a quién se atribuirá la vivienda que fuera sede del hogar conyugal, si se establecerá una compensación económica en favor de uno de los cónyuges, cómo se distribuirán los bienes y también cómo se calificarán los bienes obtenidos durante el matrimonio.

**¿Necesariamente deben incluirse todos estos temas?** Desde nuestro punto de vista la respuesta es negativa, es decir, una propuesta -y un convenio también- puede incluir algunos de estos temas o todos y aun así ser suficiente para que el juicio de divorcio comience, es decir, para que los jueces la admitan como una propuesta reguladora. También consideramos que es admisible **proponer que todos estos aspectos sean acordados de forma privada,** pero no todos los jueces piensan igual y en muchos casos sólo permiten continuar con el juicio de divorcio si se formula una propuesta concreta respecto de los temas anteriormente descriptos o respecto de aquellos relacionados específicamente con los hijos.

Puede darse también el caso, **en las presentaciones conjuntas,** que los cónyuges **no hayan arribado a un convenio** y que formulen **dos propuestas reguladoras** o que hayan acordado una parte y tengan diferencias respecto de otros aspectos con lo que presentarán **un convenio y dos propuestas.**

Entendemos que todos ellos son admisibles para posibilitar el inicio del trámite.

También puede sostenerse la existencia de **juicios en trámite** anteriores al divorcio y de ese modo demostrar la imposibilidad de una propuesta reguladora, ya sea de modo total o en forma parcial. Entendemos también que en ese caso los jueces deben dar curso al trámite de divorcio.

Con la o las propuestas deben acompañarse los elementos en que se fundan: partidas de nacimiento, escrituras, boletos de compraventa, títulos del automotor, constancias escolares, documentación de gastos, etc. (438, 3er p). Los jueces también pueden ordenar, aun de oficio, que se incorporen otros elementos que estimen pertinentes.

### 7.3.2. Continuación del trámite

#### a) El dictado de sentencia de divorcio. Notificación. Inscripción en el registro civil

Una vez que la petición es admitida el proceso se dirige casi en forma irremediable al dictado de sentencia de divorcio.

Tenemos que separar dos aspectos: por un lado, es el divorcio en sí mismo y por otro lado está la propuesta o el convenio regulador. En ese sentido, la legislación expresamente dice que **“en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio”** (438, 4° p).

Este último aspecto debe ser tenido muy en cuenta y lo reiteraremos tanto en el caso de **presentación conjunta** como en el de **petición unilateral**. El dictado de sentencia de divorcio no puede dilatarse más allá de lo razonable. Así, si se trata de una petición unilateral en la que **no se formula ninguna defensa** respecto del matrimonio (ver apartado c de este punto), **los jueces deben dictar sentencia de divorcio** sin importar que aún no se haya debatido sobre la propuesta reguladora. Lo mismo sucede en la **presentación conjunta** en la que se debatan algunos aspectos del convenio unilateral: primero dicta sentencia de divorcio y luego sigue con el debate.

La **notificación de la sentencia de divorcio** es sumamente importante porque habilitará a que dicha sentencia se considere **firme**, es decir, una decisión que no ha sido objeto de ningún cuestionamiento y pueda procederse a su **inscripción en el registro civil** para garantizar su publicidad. Debe tenerse presente que si la sentencia **no fue notificada a los cónyuges** o **no se hallaba firme** y posteriormente uno de los cónyuges muere, la disolución del matrimonio se dará **por la muerte** y no por el divorcio. Ello repercutirá en la **sucesión** del

cónyuge fallecido y generará debates judiciales acerca del carácter de heredero o no del cónyuge sobreviviente entre otros aspectos. Así, si bien el vínculo se disolvió por la muerte, se debe tener presente que la sentencia de divorcio -aun sin estar firme- servirá como prueba contundente para quien pretenda desplazar al cónyuge sobreviviente de su condición de heredero, dado que el artículo 2437 del CCyC expresamente dice que "El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges". Por otra parte, **en la sentencia de divorcio también se fija la fecha de disolución del régimen de comunidad** y si no está notificada y por ende no está firme, **la muerte posterior de uno de los cónyuges importará que la disolución de la comunidad se produjo también por la muerte, no por el divorcio.**

#### b) La presentación conjunta

Si estamos frente a una presentación conjunta en la que ambos cónyuges han acercado un convenio regulador, el trámite se simplifica sobremanera. En ese caso, como adelantara, **los jueces deben dictar sentencia de divorcio** y luego evaluar el convenio que se le presenta para su homologación. Aquí, si el convenio abarca también **efectos respecto de hijos menores o personas con restricción a la capacidad o declaración de incapacidad**, previo a evaluar el convenio, los jueces deberán contar con la opinión del Ministerio Público (103).

En los casos de presentaciones conjuntas en los que los cónyuges no presentan un convenio, sino que formulan disidencias o faltas de acuerdo, **los jueces deben dictar sentencia de divorcio y convocar a una audiencia para debatir los desacuerdos**, tal como veremos seguidamente.

#### c) La presentación unilateral

En las presentaciones unilaterales, los jueces ordenarán que se comunique al otro cónyuge el inicio del proceso como así también le fijarán un plazo para que se expida sobre la propuesta reguladora presentada por su cónyuge.

Aquí aparece con claridad la diferenciación del divorcio en sí mismo y de la evaluación de la propuesta reguladora de efectos, como ya se adelantara.

Si bien es cierto que **respecto del divorcio nada puede decir el cónyuge que no inició el trámite dado que se trata de una pretensión irresistible como tal**, ello no implica que no pueda articular defensa alguna. Claro está que esas defensas no pueden sustentarse en las circunstancias que derivaron en la ruptura matrimonial, ni el incumplimiento de deberes matrimoniales o en argumentos que tiendan a culpabilizar al otro cónyuge del divorcio. Entonces, **¿qué puede alegar el otro cónyuge?** Por ejemplo:

- ✓ Que el matrimonio no existe dado que no se cumplen con los requisitos, por ejemplo, porque se trata de un matrimonio religioso y no de uno civil.
- ✓ Que ya se habían divorciado o que ese matrimonio fue declarado nulo.
- ✓ Que está pendiente otro juicio de divorcio.
- ✓ Que el juzgado donde tramita el divorcio no es competente.
- ✓ Que plantea la nulidad del matrimonio.

Si se articularan estas defensas, los jueces deberán hacerlo saber al cónyuge que inició el trámite de divorcio para escucharlo y luego resolver. En el último supuesto, **es decir ante un planteo de nulidad**, se genera un **verdadero proceso judicial** que a nuestro entender debe tramitar por separado o al menos sería lo más conveniente.

Si no formula ninguna defensa, el cónyuge puede **aceptar la propuesta reguladora, cuestionarla o presentar su propia propuesta reguladora**. Sea cual sea su respuesta, **los jueces deben dictar sentencia de divorcio y convocar a una audiencia para debatir las propuestas reguladoras**. Claro está que, si se acercó una contrapropuesta, primero debe hacerlo saber a la otra parte.

En la **audiencia** los jueces intentarán que las partes arriben a un acuerdo conciliatorio y, en consecuencia, formulen **un convenio regulador**. La legislación dice que “Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local” (438 últ. p). Entonces:

- ✓ Si las partes presentaron un convenio regulador o si en la audiencia arribaron a un acuerdo total o parcial, los jueces lo homologarán siempre y cuando no perjudique manifiestamente los intereses de los integrantes del grupo familiar. Reitero también que, si el acuerdo comprende derechos de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o incapaces, previamente se deba solicitar la opinión del Ministerio Público.
- ✓ Si las partes **no arribaron a un acuerdo, o el acuerdo es solo parcial**, esas diferencias **se deben debatir en un juicio separado**. Es decir, si no hay acuerdo sobre alimentos se iniciará o proseguirá el juicio de alimentos; si no hay acuerdo sobre bienes, se iniciará o proseguirá el juicio respectivo.

#### **d) Homologación del convenio**

Como vimos, el convenio puede abarcar todos los aspectos puestos en discusión o solo algunos. También referimos que si el acuerdo abarca intereses





de personas menores de edad o con restricción o declaración de incapacidad, necesariamente debe intervenir antes el Ministerio Público. Los jueces, previo a la homologación, pueden exigir a quienes asumen obligaciones por el convenio, el otorgamiento de garantías reales o personales y, desde ya, el convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente (440).

#### 7.4. La atribución de la vivienda familiar

Durante el matrimonio los cónyuges, en la enorme mayoría de los casos, conviven en un determinado inmueble: la vivienda familiar. Allí, también en términos generales, están sus hijos, quizá otros parientes, mascotas, plantas, sus objetos personales, etc.

La vivienda familiar puede estar radicada en un inmueble propio de uno de los cónyuges, en uno que sea titularidad de ambos, o quizá en un inmueble alquilado o prestado. Puede ser que durante toda la vida del matrimonio hayan habitado un mismo inmueble como así también que cada dos años -o cualquier otro intervalo- la familia deba mudar de vivienda. También en algunos casos puede haber más de una vivienda familiar, sin embargo siempre habrá alguna en donde transcurra sustancialmente la vida de la familia.

Es decir, el concepto de vivienda familiar es independiente de la titularidad del inmueble donde radica esa vivienda.

Cuando se produce la ruptura del matrimonio debe decidirse cómo va a continuar la vida, dónde va a vivir cada cónyuge, quién permanece en la custodia de los hijos, etc.

El problema aparece, como en casi todos los casos que analizamos, cuando no hay acuerdo entre los cónyuges acerca de quién continúa habitando en la vivienda familiar. Se debe dilucidar **a quién se atribuye el uso de esa vivienda**. Como podemos observar **la atribución de la vivienda no se relaciona con quién es finalmente su propietario**. Así las cosas, la atribución puede ser dada al cónyuge que no es el propietario, aun tratándose de un inmueble propio del otro cónyuge.

Los jueces, a pedido de uno de los cónyuges, pueden atribuir el uso de esa vivienda a ese cónyuge mediante una decisión en la que deben determinar también el plazo de duración y los efectos de la atribución. Para adoptarla tienen que observar estas pautas: la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos (443, a), la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios (443, b), el estado de salud





y edad de los cónyuges (443, c), los intereses de otras personas que integran el grupo familiar (443, d).

Uno de los aspectos de mayor peso a la hora de decidir pasa por la **permanencia de los hijos en el hogar conyugal**. Se tiende, en general, a no incrementar las dificultades propias del proceso de ruptura sumándoles a los hijos una alteración en el lugar donde se ha desarrollado hasta ese momento su vida. Por otra parte, **la vivienda forma parte de los rubros que componen las obligaciones alimentarias de los progenitores**, siendo esta una arista que no puede pasar desapercibida.

#### **7.4.1. Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. El “canon locativo”**

En numerosas ocasiones quien debe retirarse de la vivienda familiar se encuentra con la necesidad de alquilar un inmueble, dotarlo de muebles y de utensilios, adecuarlo para una nueva vida. La permanencia del otro cónyuge en la vivienda familiar es observada, en muchos casos, como injusta o al menos injustificada, más aún cuando dicha vivienda radica en un inmueble de propiedad del cónyuge que no permanece en el hogar.

El cónyuge a quien no se atribuye la vivienda puede petitionar a los jueces la fijación de una renta compensatoria por el uso del inmueble (444). Esta arista suele ser llamada “fijación de un canon locativo”, es decir, de un monto que, por el uso de la vivienda, debe abonar el cónyuge que permanece habitando en ella. Para establecer ese monto deben ser tenidos en cuenta datos de la concreta realidad de la familia. Así, una será la situación si el inmueble es propio del cónyuge que se retiró o si se trata de un inmueble ganancial o de propiedad de ambos cónyuges. Un aspecto que puede establecerse con cierta facilidad es determinar el precio mensual de la locación para de dicho inmueble en el mercado local mediante tasaciones o consultas a las inmobiliarias de la zona.

Otro aspecto que suele plantearse es la posibilidad de enajenar la casa y adquirir otros inmuebles que permitan a ambos cónyuges la continuidad de su vida cotidiana, o la puesta en alquiler del inmueble y con el producido rentar otros dos. Todo ello depende de la magnitud del inmueble destinado a vivienda familiar y las características de la familia, el número y necesidades de los hijos, por ejemplo.

También se puede solicitar que el inmueble no sea vendido sin el acuerdo expreso de ambos cónyuges y que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. Esta decisión judicial debe inscribirse en el registro de la propiedad y recién desde esa inscripción

tiene efectos respecto de terceros.

Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge 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 (444, últ. p).

Cuando hay hijos menores de edad convivientes con el cónyuge demandado por fijación de canon locativo, suele también argumentarse -como defensa, claro está- que la vivienda forma parte de los rubros que integran la contribución alimentaria del progenitor no conviviente. Sin embargo, se trata de aspectos que, desde el punto de vista normativo, obedecen a derechos distintos y que, en su caso, pueden ser diferenciados en los hechos.

En tanto la atribución de la vivienda no reviste carácter **permanente** es dable pensar también que los jueces puedan fijarle **un plazo** de vigencia.

#### 7.4.2. ¿Cuándo cesa la atribución?

La atribución de la vivienda cesa por estas causales:

- ✓ “por cumplimiento del plazo fijado por el juez” (445, a);
- ✓ “por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación” (445, b);
- ✓ “por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria” (445, c, 2281, sobre ellas volveremos al tratar la revocación de las adopciones simples, cap. VIII, 6.2.2).

En el primer caso el cumplimiento del plazo es fácilmente constatable mas, en caso de no retirarse el cónyuge a quien se atribuyera el inmueble, el otro deberá recurrir a un planteo judicial para modificar tal situación.

De un modo similar sucede con las otras dos causales dado que, tanto el cambio de circunstancias como la causa de indignidad, deberán ser acreditadas judicialmente.

#### 7.5. ¿Qué es la compensación económica?

Como ya dijimos, la ruptura del matrimonio puede ocasionar un severo perjuicio económico tanto a uno de los cónyuges como a ambos, en función de un cambio drástico en la vida cotidiana.

Podemos encontrarnos, por ejemplo, con matrimonios que se han

estructurado de una forma más conservadora y en los que uno de los cónyuges ha desarrollado su vida profesional o laboral y el otro cónyuge ha permanecido al frente de las tareas propias del hogar. Es muy posible que, a la hora de la ruptura de esta estructura, el cónyuge que se dedicó a las tareas hogareñas se enfrente a una situación social y económica con marcadas dificultades.

La legislación prevé que “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” (441). **¿Qué se debe acreditar entonces?**

- ✓ que se constata un “desequilibrio manifiesto” entre la situación de uno y otro cónyuge
- ✓ que ese desequilibrio fue causado por el vínculo matrimonial y su ruptura

Tal como puede intuirse en el ejemplo que dimos unos párrafos más arriba, muchos de los casos que han sido recibidos en los distintos juzgados del país, están atravesados por **cuestiones de género** en función de la asignación a la **mujer** del rol de ama de casa o, también, de familias donde se le atribuye las tareas del hogar y de la crianza de los hijos a la **mujer**, en forma exclusiva y excluyente, más allá de la labor económica efectivamente desarrollada.

### 7.5.1. ¿Cómo puede establecerse y cuál es el plazo para reclamarla?

La compensación puede ser establecida **por acuerdo entre los excónyuges** y, si ello no fuere posible, mediante una **reclamación** judicial.

El acuerdo entre los excónyuges puede efectuarse en el expediente de divorcio y solicitarse su homologación judicial, mas nada quita que se redacte un convenio privado suscripto por ambas partes.

Debemos resaltar que **la acción judicial** para reclamar la compensación económica **caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio** (442 últ. p). Es decir, **el reclamo solo puede ser efectuado dentro de esos seis meses**. Si se realiza con posterioridad, la parte demandada podrá sencillamente ganar el pleito mediante el argumento que se realizó fuera de término y que, consecuentemente, se perdió ese derecho.

Respecto del **plazo** al que nos referimos en el párrafo anterior, **existen distintas miradas, opiniones y decisiones judiciales**. Una de esas particularidades pasa por determinar **cuándo se inicia el cómputo del plazo**. Es cierto que difícilmente una persona se notifique del dictado de la sentencia de divorcio el mismo día en que la misma es suscripta por los jueces. En la enorme mayoría de los



casos **se observa un lapso entre la fecha de la sentencia y la notificación a los excónyuges** que en algunos casos será breve y en otros no tanto. Este dato no ha sido desconocido por los fallos judiciales dado que, en algunos casos, la noticia del dictado de la sentencia puede arribar cuando el plazo de seis meses se encuentre próximo a su cumplimiento o ya vencido. Así, se ha pautado, por ejemplo, que el plazo comienza a correr desde la notificación de la sentencia. Otro aspecto pasa por establecer si la **solicitud de mediación prejudicial obligatoria** permite tener por cumplido el plazo de seis meses aun cuando la demanda se inicie después de vencido el mismo. Algunos han entendido que la respuesta es afirmativa y otros, por el contrario, solo entienden cumplimentado el requisito si la demanda de compensación económica fue presentada dentro del plazo de seis meses.

También debemos recordar que **el excónyuge que percibe una compensación económica no puede reclamar alimentos** de su excónyuge sobre la base de sostener que no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad de procurárselos (434, b).

### 7.5.2. ¿En qué consiste la compensación económica?

La compensación puede consistir en una **suma de dinero**, en el **usufructo de determinados bienes** o **de cualquier otro modo** que acuerden las partes o decidan los jueces (441).

Asimismo, puede establecerse que se trate de una **prestación única o en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, indeterminado**. Para explicar estas tres modalidades vamos a tomar como ejemplo a la **suma de dinero**. Si se trata de una **prestación única** se paga un monto una única vez. Es decir, debe abonar la suma de tantos pesos. Ahora bien, si se determina una **“renta por tiempo determinado”** se abonará mensualmente un monto con vencimiento ya pautado. Por ejemplo, “una suma mensual de pesos tantos desde el mes de marzo de 2021 hasta el mes de diciembre de 2025 incluidos, pagadera dentro de los primeros diez días de cada mes”. En ciertas situaciones excepcionales puede establecerse también que el **plazo sea indeterminado**, es decir, que se pagará un monto mensual sin fijar una fecha de vencimiento. Podemos tomar el mismo ejemplo anterior, pero quitarle el mes de finalización.

La modalidad de **usufructo de un determinado bien** podrá instrumentarse también con un plazo determinado o indeterminado. El **usufructo** consiste en el otorgar al excónyuge beneficiario el **uso** y el **goce** de determinado bien. Por ejemplo, se otorga al excónyuge beneficiario de la compensación el **usufructo** sobre un departamento que es propiedad del otro excónyuge, con lo que



el primero puede habitarlo él mismo y también puede ponerlo en alquiler y obtener por ello una renta. **No puede venderlo ni tampoco hipotecarlo.**

La última variable prevista en la legislación abre la posibilidad a establecer otras modalidades de prestación de la compensación económica. Así, podría pactarse que la compensación consistirá en la explotación de un comercio, de una licencia de taxi, etc.

### 7.5.3. ¿Cómo se determina la compensación?

Si se efectúa una reclamación judicial, los jueces van a tener en cuenta estos extremos para determinar la procedencia de la compensación y su modalidad de cumplimiento en su caso (442): “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, quién abona el canon locativo”.

Sencillo es deducir que cuantos más elementos probatorios se acerquen a los jueces respecto de cada uno de estos criterios, más fundada estará la pretensión de compensación, o, desde otra mirada, un mayor sustento tendrá la defensa que esgrima el demandado.

Si bien todas esas pautas son importantes se debe prestar especial atención a la primera de ellas, es decir, cuál era la situación al momento de contraer matrimonio -patrimonial y no patrimonial también- y cuál es la situación al momento de la ruptura, **como si se tratara de dos fotografías**. Eso permitirá luego sopesar con mayor precisión los restantes criterios que observan una mayor dinámica y que se fueron dando en el devenir de los años del matrimonio.

## 8. El matrimonio y los casos vinculados con países extranjeros

¿Qué sucede cuando te casaste en Argentina, te mudaste a otro país y te querés divorciar? O a la inversa, contrajiste matrimonio en el exterior y luego se radicaron en Argentina (ver Introducción, 9). Pues bien, para dar una respuesta a estos casos y a las múltiples situaciones que se suscitan cuando en un caso intervienen diversos ordenamientos jurídicos –nacional y extranjero- el Código



Civil y Comercial ha previsto algunas normas:

¿Dónde tramita un divorcio o una demanda de nulidad? La ley establece que “las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado”, entendiéndose por domicilio conyugal efectivo “el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges”. (2621). Además, también se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges, el divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio (2626).

De ese modo, si te casaste en nuestro país, pero el último domicilio de ambos fue en España, el divorcio o la nulidad del matrimonio deberá tramitar en España, en cambio si te casaste en Paraguay y el último domicilio del matrimonio fue en Argentina, tramitará ante los jueces argentinos.

Ahora bien, ¿cuál es el derecho que se debe aplicar, el derecho argentino o el extranjero? La normativa nos dice que “la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen” (2622, 1er p). Es decir, si lo que se plantea es la **nulidad** del matrimonio celebrado en el extranjero, los jueces argentinos tendrán que aplicar el derecho del país donde se casaron, por ejemplo. En su caso, si se planteara la **inexistencia** del matrimonio, la prueba de la existencia se rige también por el derecho del lugar de celebración (2622, 3er p).

Nuestro país no reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si median los impedimentos de parentesco, vínculo matrimonial subsistente y crimen (ver 3.1.1) y en la filiación por técnicas humanas de reproducción asistida respecto de la tercera persona donante de gametos al igual que en los casos de adopción plena (2622, 2° p, 575 últ. p, 403, a, b, c, d y e).

Las relaciones personales entre los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo (2624), con lo cual, si te casaste en Brasil, pero el domicilio del matrimonio es en Argentina, se aplicará la ley argentina, por ejemplo, en materia de alimentos entre cónyuges, atribución de la vivienda, etc.

¿Qué sucede con los bienes del matrimonio? Si hay convenciones matrimoniales hay que estar a esas convenciones. Si se celebraron con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal mientras que las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración (2625, 1er p). Cuando no hay convenciones matrimoniales, “el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio



conyugal”, “excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes” (2625, 2° p).

Por otra parte, para los casos de matrimonios extranjeros que cambian su domicilio a nuestro país, “los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino” sin afectar los derechos de terceros (2625, 3er p).





## Capítulo IV

### El régimen patrimonial del matrimonio

Cuando dos personas contraen matrimonio comienzan a compartir un proyecto de vida en común. Quizá con anterioridad han comprado algunos bienes o han recibido regalos de mayor o menor valor económico conforme cada caso. Así, es posible que hayan adquirido pequeños electrodomésticos, que tengan un departamento donde irán a vivir, o un automóvil, o que estén en preparativos para alquilar una casa y allí iniciar su vida en común. Es posible también que a nada de todo eso tengan acceso y que comiencen compartiendo un lugar con sus padres como así también que se trate de personas con una situación económica holgada y sean titulares de empresas, campos, ganado.

El patrimonio está conformado por bienes, los que para ser tales deben ostentar un contenido económico, ser “susceptibles de un valor económico” (16). Los bienes materiales se llaman cosas pero también tenemos otros que no son materiales, por ejemplo, los derechos de autor que tienen un contenido económico pero no son tangibles.

El matrimonio tiene efectos sobre el patrimonio de las personas que se casan. Específicamente sobre los bienes que tienen al momento de contraer enlace, los que se vayan incorporando durante el tiempo que permanezcan casados y también luego de disuelto o anulado el vínculo matrimonial.

Al sistema normativo que regula la relación entre matrimonio y los bienes de los cónyuges lo llamamos “régimen patrimonial matrimonial”. Hay diversos y, más allá de sus similitudes, en cada país observan características particulares.

Nuestro régimen patrimonial matrimonial ha ido evolucionando a través de los años. El sistema más conocido es el de **comunidad de gananciales** o más comúnmente llamado “**sociedad conyugal**” que fue el nombre que recibió hasta 2015. En este sistema los bienes adquiridos durante el matrimonio se denominan **bienes gananciales**, con ciertas excepciones, y se repartirán en principio por mitades a la finalización más allá de quién realmente haya aportado para incorporarlos. En 2015 se sumó un sistema alternativo: **la separación de bienes** que, groseramente explicada, lo podemos sintetizar como “**lo tuyo es tuyo, lo mío es mío**”. Veremos a continuación con mayor detalle a cada uno de estos sistemas.

## 1. Antes del matrimonio: las convenciones o acuerdos prematrimoniales

Hemos visto en muchas películas de época al padre de una joven doncella negociando con el aristocrático, acaudalado y poderoso padre de un no tan apuesto muchacho o con un señor entrado en años, el enlace de su hija mientras ella sollozaba su desgracia por no poder casarse con quien realmente amaba. El padre ofrecía ciertos bienes que le daría al futuro marido para que mantuviese luego a su hija. También hemos visto en algunas series a abogados especializados en contratos prematrimoniales en los que se establecen las condiciones en que se celebrará tal matrimonio, con especial atención al tema bienes y a un posible divorcio para pautar con claridad a quién corresponderán los bienes que se incorporen durante el matrimonio.

En la legislación de nuestro país siempre existieron estos convenios prematrimoniales, pero nunca formaron parte de nuestras costumbres. Hoy en día las **convenciones matrimoniales** se pueden hacer, **pero continúan limitadas a ciertos temas** y no a otros, a punto tal que se considera **sin ningún valor (447) cualquier otro acuerdo** referido al patrimonio que no sea de los que seguidamente enumeraremos:

- ✓ **“la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio”** (446, a); este listado evita que con posterioridad se discuta si cierto bien era de uno de los cónyuges o si debe ser considerado parte de la comunidad de bienes. En el sistema de separación de bienes también tiene importancia respecto de aquellos bienes muebles que no se inscriben en registros para dejar establecido que pertenecían a uno de los cónyuges y no al otro. Es decir, opera como una prueba anticipada, producida de antemano (ver 3.2.2.a). A modo de ejemplo: uno de los futuros cónyuges posee una pequeña colección de cuadros de pintores locales renombrados mientras que el otro cuenta con ciertas alhajas que ha recibido de su familia, en la convención prematrimonial se detallan dichos bienes y luego, al momento de la disolución del matrimonio, ya no se podrá discutir el carácter de bien propio o de bien personal;
- ✓ **“la enunciación de las deudas”** (446, b): acordar cuáles son las deudas que cada uno de los futuros contrayentes tiene antes de casarse permitirá luego, al momento en que el matrimonio se disuelva, establecer si fueron o no pagadas con fondos del matrimonio. Veremos más adelante cómo se pagan las deudas y la importancia que tiene esta determinación previa en el sistema de comunidad (ver 3.3. y 3.5.3);
- ✓ **“las donaciones que se hagan entre ellos”** (446, c): una donación es un contrato en el que una persona se obliga a transferir gratuitamente una cosa

a otra y ésta lo acepta (1542). Las donaciones entre los futuros cónyuges hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las normas de ese contrato y sólo se consolidan si el matrimonio se celebra (451), es decir, si no hay matrimonio no habrá donación. Esta opción **no puede ser ejercida por personas menores de edad** autorizadas para contraer matrimonio (450). Asimismo, **si una tercera persona hizo una donación** a alguno de los novios o a los dos en consideración al matrimonio futuro, **o uno de los novios al otro** por fuera de la convención matrimonial, pero en miras a ese matrimonio futuro, siempre **se realizan bajo la condición implícita de que se celebre matrimonio válido** (452). También puede haber una “oferta de donación”, es decir, la donación no se concretó, sólo se ofreció hacerla. En ese caso, la “oferta de donación por terceros a uno de los novios o a ambos, queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año” (453). Ahora bien, esa oferta se presume aceptada por el o los novios desde que el matrimonio se celebra, en tanto no haya sido revocada la oferta con anterioridad (453);

- ✓ **“la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código”** (446, d): tal como adelantamos la legislación prevé dos posibles sistemas patrimoniales para el matrimonio; en las convenciones prematrimoniales puede pautarse la opción por el sistema de separación de bienes dado que si nada se dice se entiende que se ha optado por el de comunidad de gananciales. Las **personas menores de edad** autorizadas para contraer matrimonio **no pueden optar por el sistema de separación de bienes** (450). Vamos a volver sobre esto un poco más adelante.

Las convenciones matrimoniales **deben ser hechas por escritura pública** y también pueden ser modificadas siempre y cuando sea **antes de la celebración del matrimonio** (448). Ahora bien, **sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado**.

## 2. Los sistemas patrimoniales del matrimonio

Hemos adelantado que nuestra legislación prevé dos sistemas o regímenes posibles: el de **comunidad** y el de **separación de bienes**. Los futuros cónyuges, y en su caso los cónyuges, pueden **optar por uno u otro y modificar dicha opción**, excepto el caso de los menores de edad quienes deberán aguardar hasta la mayoría de edad para elegir el sistema de separación de bienes, como ya lo hemos visto.

### 2.1. ¿En qué momento se hace la opción por uno u otro sistema? ¿Puede luego modificarse?

Hemos adelantado que la **opción se acuerda en las convenciones matrimoniales** (446, d). Para que esta opción tenga efectos **respecto de terceros**, el registro civil tiene que **anotarla** en el margen del acta de matrimonio (448).

El régimen patrimonial **puede modificarse ulteriormente**, sin importar la cantidad de veces, mediante un acuerdo (convención) que solo puede celebrarse **después de un año de aplicación del anterior** (449). Es decir, **al menos hay que permanecer un año en un determinado sistema**. También se hace por escritura pública y se debe anotar marginalmente en el acta de matrimonio.

En cuanto a la **opción inicial**, sin perjuicio de que se realiza mediante una convención matrimonial pasada en escritura pública y luego anotada marginalmente en el acta de matrimonio, también se ha interpretado que la opción puede hacerse **al momento de contraer matrimonio y ante el funcionario del registro civil, sin necesidad de hacer una convención matrimonial**. Esto surge del contenido que la legislación impone al acta de matrimonio donde puede leerse: “declaración de los contrayentes si se ha optado por el régimen de separación de bienes” (420, j). Un sustento adicional a esta posibilidad lo da el hecho que en el mismo artículo del Código Civil y Comercial se incluye por separado la exigencia de expresar si se ha suscripto o no convención matrimonial, con lo que se trata de dos aspectos distintos. Corresponde **resaltar** que, respecto de esta posibilidad de opción inicial ante el registro, **no existe consenso generalizado** entre los estudiosos del derecho.

En el caso de una modificación ulterior, si **el cambio de régimen** produce perjuicios a los acreedores anteriores, éstos pueden hacerlo **declarar inoponible a ellos** dentro del año a contar desde que lo conocieron. ¿Cuál es el alcance de esta **declaración de inoponibilidad**? Pues bien, tomemos como ejemplo la situación de un acreedor que contrató con uno de los cónyuges o con ambos; para ello tuvo en cuenta el patrimonio de sus deudores sobre la base de un determinado régimen patrimonial matrimonial (por ejemplo, separación de bienes) si luego los deudores cambian el régimen patrimonial es posible que ello le afecte. Con la declaración de inoponibilidad logra que, para él, para ese acreedor, se apliquen las normas del anterior régimen patrimonial que él tuvo en cuenta a la hora de contratar.

### 2.2. Las disposiciones comunes a los dos regímenes patrimoniales

La legislación contiene algunas disposiciones que se aplican tanto para el

sistema de **comunidad** como para el de **separación de bienes**.

Se trata de **disposiciones inderogables**, es decir, los cónyuges no pueden arribar a ningún acuerdo que sea contrario a las mismas, ni antes ni después del matrimonio, excepto que la ley lo habilite expresamente. (454, 2° p).

A primera vista el sistema de **separación de bienes** se muestra un tanto más individualista que el de **comunidad**. Las disposiciones comunes vienen a mitigar esa característica en tanto se relacionan íntimamente con la solidaridad que debe existir entre quienes contraen matrimonio. Se les suele llamar también “**régimen primario**”.

Veamos en qué consiste:

### 2.2.1. El deber de contribución a las cargas del hogar

A los gastos necesarios para sustentar la vida cotidiana de una familia los denominamos **cargas del hogar** (ver 3.3.1). En otras palabras, nos estamos refiriendo tanto al dinero necesario para la compra de los alimentos, la cuota de la escuela y los gastos escolares, el pago del alquiler y de los servicios como así también a las labores que hay que desarrollar dentro del hogar.

**¿Cómo se contribuye a esas cargas?** En general las personas unidas en matrimonio cohabitan en un mismo domicilio; puede ser que ambos cónyuges convivan sin otras personas o que lo hagan junto con sus hijos -ya sean comunes o sólo de uno de ellos- y con otros familiares. En ese contexto, las familias funcionan mediante la cooperación y la contribución mutua a los gastos del hogar conforme a las características de cada una de ellas y mediante ciertos acuerdos tácitos.

La legislación establece que “los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos” (455, 1er p), extendiendo tal obligación a los hijos de uno de los cónyuges que convivan en el hogar y que sean menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad (455, 2° p).

En parte este deber de contribución se hace patente en las **obligaciones alimentarias** las que están establecidas en favor del otro cónyuge durante la convivencia, en favor de los hijos y también en cabeza del “progenitor afín” (ver cap. X). Sin embargo, **el deber de contribución es más amplio** y su incumplimiento puede dar lugar a una **demanda judicial** en procura de que el cónyuge remiso lo cumplimente (455 últ. p).

En tanto la contribución es “**en proporción a sus recursos**” habrá que

determinar cuáles son tales recursos. Para tal determinación se tendrá en cuenta, claro está, **cuáles son los ingresos de cada cónyuge**. Sin perjuicio de ese elemento objetivo y cuantificable, es muy importante resaltar que la legislación establece que **“el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”** (455 últ. p). Es decir, si bien la contribución se hace en proporción a los recursos de cada uno – contribuye más quien más gana- el aporte que se haga en las **tareas domésticas** debe ser tenido en cuenta a la hora de computar la contribución de cada uno.

### 2.2.2. Protección de la vivienda familiar

La vivienda familiar se asienta en un inmueble que puede ser o no propiedad de los cónyuges o de alguno de ellos. Hay muchas alternativas. Así, es posible que se trate de una casa que la esposa compró cuando era soltera, que ambos adquirieron unos meses antes de casarse o varios años después, que hayan construido sobre la casa de los padres de él o en un terreno fiscal, que sea un departamento alquilado. Ante esa diversidad de situaciones y la posibilidad de que ciertas decisiones adoptadas por uno de los cónyuges generen consecuencias negativas para el grupo familiar, la legislación pautas algunas medidas protectorias. Veamos:

#### a) El asentimiento del otro cónyuge

La protección alcanza **tanto a la vivienda como a los muebles indispensables que se encuentran en ella**. La legislación, ante ciertos actos jurídicos relacionados con esos dos aspectos, obliga a obtener **el asentimiento** del otro cónyuge para que tales actos sean válidos. **¿Qué significa el asentimiento?** Pues bien, más allá de instrumentarse mediante **la firma del otro cónyuge**, consiste en que ese otro cónyuge **toma nota** de lo que su esposo o esposa está por hacer y que, además, **no se opone**. Un aspecto para resaltar es que quien da el asentimiento **no asume obligación alguna** con la persona que contrata con su cónyuge dado que **no es parte** de ese vínculo jurídico. Se diferencia claramente del concepto de **consentimiento**: quien otorga su consentimiento para un determinado contrato está asumiendo las obligaciones que derivan del contrato que suscribe mientras que en el **asentimiento** solo manifiesta unilateralmente su no oposición al acto jurídico que celebra su cónyuge.

**¿Cuáles son los actos alcanzados?** La legislación nos dice que sin el asentimiento del otro no se puede **“disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella”**. (456 1er p). Como habla de **derechos** y no únicamente del **derecho de**

**propiedad**, claramente abarca a cualquier tipo de derechos sobre la vivienda familiar. Así, por ejemplo, si la vivienda familiar **es alquilada** y el contrato está firmado por el esposo, éste **no podrá rescindir** el contrato de locación -es decir, terminarlo- **sin el asentimiento de su esposa**. El requisito también vale para los **bienes propios o personales**; por ejemplo, si el inmueble donde se asienta la vivienda familiar es propiedad de la esposa y lo adquirió antes del matrimonio **aun cuando sea su bien propio no podrá venderlo sin el asentimiento de su cónyuge**.

**¿Puede otorgarse un asentimiento general, es decir, para todos los actos futuros?** No, el asentimiento debe ser otorgado para cada acto en particular. Dice la legislación que el asentimiento “debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos” (457).

**¿Puede uno de los cónyuges otorgarle un poder al otro para darse a sí mismo el asentimiento?** No. La legislación expresamente lo prohíbe (459). Es decir, si el marido quiere vender la vivienda familiar y necesita del asentimiento de su esposa, ésta no puede darle un poder para que se otorgue a sí mismo tal asentimiento en su nombre. Sí puede hacerlo “para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye” pero no para el asentimiento (459).

**¿Qué sucede con un acto jurídico otorgado sin el asentimiento del otro cónyuge?** Bien, el cónyuge que no lo otorgó **puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles** (456 1er p). Para ello hay un plazo: tiene que ejercer su derecho dentro de los **seis meses** de haber conocido el acto jurídico que ataca, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. **No podrá solicitar ni la nulidad ni la restitución** una vez que haya vencido el plazo.

**¿Qué se puede hacer si el otro cónyuge no puede dar su asentimiento o se niega en forma injustificada?** Se puede recurrir a los jueces y solicitar que se me autorice a celebrar el acto cuando: el otro cónyuge esté ausente, o se trate de una persona incapaz, o esté transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia (458). En esos casos el cónyuge formulará una pretensión ante los jueces y tendrá que acreditar cuál es el acto jurídico que desea realizar y cómo ese acto jurídico no afecta al interés de la familia.

En el caso de autorización judicial, el acto jurídico celebrado mediante esa autorización **es oponible al otro cónyuge**, es decir, para el otro cónyuge será un acto jurídico válido y no podrá ir en su contra, pero, como contrapartida **no le acarrea ninguna obligación personal**, es decir, no podrá ser demandado como consecuencia de ese acto jurídico (458).



¿El **asentimiento se requiere únicamente para proteger la vivienda familiar**? En el sistema de comunidad nos vamos a encontrar nuevamente con el asentimiento, pero referido a la gestión de los bienes gananciales (ver 3.4.2). Este **asentimiento** se basa en el control que cada cónyuge debe realizar a la gestión que el otro cónyuge hace de los bienes gananciales de su titularidad a efectos de preservar el patrimonio de la comunidad. Recordemos que todos los derechos sobre los bienes gananciales se actualizan al momento de la disolución y no antes, con lo que la gestión de bienes radica, en principio, en cabeza de cada cónyuge.

#### **b) La prohibición de ejecución de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio**

La legislación protege a la vivienda familiar de la posibilidad que los acreedores de los cónyuges por deudas posteriores al matrimonio puedan cobrarse con el producido de ella, por ejemplo, logrando que sea rematada en subasta pública (456 2° p).

Esta protección tiene dos límites: **que la deuda haya sido contraída por ambos cónyuges o que uno de ellos haya dado su conformidad**. En ese caso, la deuda se puede ejecutar sobre la vivienda familiar.

Una protección adicional puede lograrse mediante la afectación de un inmueble al sistema que tradicionalmente hemos conocido como "**bien de familia**" y que desarrollaremos en el Anexo.

#### **2.2.3. Representación entre cónyuges**

Los cónyuges pueden otorgarse un poder para ser representados por el otro "en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye" (459). Ese poder puede ser revocado en cualquier momento sin que esa facultad pueda ser objeto de ninguna limitación, es decir, no puede ser un poder irrevocable. Como ya vimos, el poder no puede otorgarse para darse a sí mismo el asentimiento del que hablamos en el punto 2.2.2.

A diferencia de lo que sucede en general, el cónyuge apoderado **no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos**, excepto que se acuerde lo contrario. Normalmente cuando una persona (mandante) encomienda a otra persona (mandatario) que realice ciertos actos en su interés, esta última tiene que rendirle cuentas de lo que hizo. En este caso, en tanto la relación es entre cónyuges, la legislación exime al mandatario de esa obligación.

La legislación también prevé que "si uno de los cónyuges está ausente





o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro puede ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en el ejercicio de las facultades resultantes del régimen matrimonial, en la extensión fijada por el juez” (460).

Puede suceder también que un acto jurídico que debe otorgar uno de los cónyuges, sea realizado por el otro sin mandato expreso y sin autorización judicial a tal fin. En ese caso se aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios, según sea el caso. En el caso del matrimonio, tendremos **mandato tácito** cuando el cónyuge sabe que su otro cónyuge está haciendo algo en su interés y no lo impide pudiendo hacerlo (1319). La definición legal de **gestión de negocios** es la siguiente: “hay gestión de negocio cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente” (1781). Es decir, el cónyuge asume la realización de cierto acto o gestión sin contar con el acuerdo previo de su otro cónyuge, sin tener mandato o poder, y lo hace en forma espontánea en interés de su otro cónyuge. Un ejemplo puede darse en el pago que uno de los cónyuges hace de las deudas del otro en virtud de que el deudor se hallaba ausente o imposibilitado.

#### 2.2.4. Responsabilidad solidaria de los cónyuges

En el curso de la vida de un matrimonio se generan deudas que pueden ser contraídas por ambos cónyuges o sólo por alguno de ellos. En general **cada cual debe pagar sus propias deudas y los acreedores sólo pueden ir contra el cónyuge que las contrajo y no contra el otro** (ver 3.3). Así lo dice la legislación: ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro, excepto disposición en contrario y los casos que veremos a continuación (461).

Esa regla general tiene excepciones cuando se trata de obligaciones contraídas **por uno de ellos** para solventar las **necesidades ordinarias del hogar** u obligaciones contraídas por uno de ellos para **el sostenimiento y la educación de los hijos** (461). En ese caso **los acreedores pueden exigir el pago del total a cualquiera de los cónyuges** (responsabilidad solidaria), **aun contra quien no contrajo la deuda**.

Por ejemplo, si no se ha abonado la cuota mensual de la escuela ésta podrá reclamar el pago íntegro a cualquiera de los padres, incluso cuando haya sido únicamente la madre quien firmó el contrato respectivo. Del mismo modo, si la deuda se generó con quien realizó reparaciones menores en el hogar conyugal o en los artefactos de uso cotidiano.

### 2.2.5. Las cosas muebles no registrables

Las cosas muebles pueden ser registrables o no registrables, entre otras categorías. Las **registrables** son aquellas que se inscriben en un registro: automotores, embarcaciones. Las **no registrables** son el resto de las cosas muebles. Entre este tipo de cosas muebles, las no registrables, podemos encontrar cosas de escaso o limitado valor económico y otras de valores muy importantes. Al no contar con un sistema de registración, la disponibilidad de esas cosas encuentra una mayor libertad que en el caso de las cosas registrables.

En este marco de normas comunes y teniendo en cuenta esa característica de las cosas muebles no registrables, la legislación pone la mirada en ellas y establece ciertas pautas para otorgar validez a los actos jurídicos que realizan los cónyuges con esas cosas.

La legislación parte del cónyuge que **tiene efectivamente en su poder la cosa mueble no registrable**. En principio, los actos que realice con esa cosa y conforme su propia decisión, son válidos. Sin perjuicio de ello la legislación coloca dos requisitos para tal validez: así, nos dice que los actos jurídicos de **administración** o **disposición** que realice ese cónyuge con ese objeto serán válidos si: a) se trata de un **acto a título oneroso**, es decir, por un cierto valor económico, b) el tercero contratante es de **buena fe**.

¿Cuáles son los **actos de administración**? Si bien hay muchas formas de dar una definición, algunas mucho más precisas, podemos tomar como criterio que son **aquellos actos en los que la cosa permanece dentro del patrimonio**, por ejemplo, el alquiler. Los de **disposición**, por el contrario, **son aquellos donde la cosa, como consecuencia, sale del patrimonio**, por ejemplo, la compraventa. Entonces, tanto en uno como en otro caso, **son válidos los actos jurídicos que celebra el cónyuge que ostenta la tenencia de la cosa mueble no registrable con terceros de buena fe y título oneroso**.

Veamos un ejemplo: uno de los cónyuges tiene en su poder una bicicleta comprada durante el matrimonio y decide venderla (acto de disposición) o alquilarla (acto de administración). Quien le compra la bicicleta lo hace con quien entiende es el dueño de la bicicleta (es de buena fe) y la compra. Pues bien, ese acto jurídico es válido y el otro cónyuge no podrá atacarlo de nulidad.

Ahora bien, la ley introduce **dos excepciones** que pueden afectar la validez del acto: a) que se trate de **muebles de uso indispensable en el hogar** o que b) sean objetos **destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión**. En el ejemplo del párrafo anterior: si el otro cónyuge se dedica al reparto de diarios, utiliza esa bicicleta para tal fin y el otro cónyuge se la vende, podrá solicitar la nulidad del acto jurídico. La demanda de nulidad debe ser ejercida dentro del plazo de seis meses de haber conocido el acto y

no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. Vencido ese plazo, pierde el derecho (462).

### 3. El régimen de comunidad

#### 3.1. Si no se opta por el de separación, rige el de comunidad

En nuestro país está aún instalado que luego de contraer matrimonio los bienes que los cónyuges vayan adquiriendo forman parte de la **sociedad conyugal**, siguiendo la denominación que se utilizó durante más de cien años. Hoy en día la denominación legal es **régimen de comunidad**.

También forman parte de nuestro saber popular los conceptos de **bienes gananciales** y de **bienes propios**, pero no siempre se les da el sentido jurídico correcto.

Así, suele pensarse que, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio son gananciales y se deben compartir mitad para cada uno, afirmación que como veremos es “casi” errónea.

Este sistema es el que rige en la enorme mayoría de los matrimonios argentinos; en ese sentido debe tenerse presente que el otro sistema -el de separación de bienes- tiene poco más de un lustro de aplicación con lo que aún no ha ingresado en nuestras costumbres.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que **si no optás por el de separación de bienes rige el de comunidad**, es decir que “a falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias” (464).

Recordemos también que las personas menores de edad que contraen matrimonio no pueden optar por el régimen de separación de bienes (450).

#### 3.2. Bienes propios y bienes gananciales

Una de las características principales del régimen de comunidad pasa por la existencia de ciertos bienes que son calificados como **bienes gananciales** en contraposición con otros bienes que son referidos como **bienes propios** de cada cónyuge.

¿Por qué es importante establecer cuáles son los **bienes propios de cada cónyuge** y cuáles son los **bienes gananciales**? Pues bien, porque esa distinción repercute directamente en la **administración** y **disposición** de esos bienes, en



la **liquidación del régimen patrimonial cuando el matrimonio finalice** y, claro está, **en la futura sucesión de los cónyuges**.

Veamos algunos ejemplos:

- ✓ Si se trata de un bien propio de la mujer donde no radica el hogar conyugal lo podrá vender o hipotecar sin pedirle permiso a nadie, mas no lo podrá hacer del mismo modo si fuese un bien ganancial, tendrá que pedirle el “asentimiento” a su esposa.
- ✓ Si se trata de una casa que se construyó durante el matrimonio en un terreno bien propio del marido, al momento del divorcio seguirá siendo bien propio del marido, pero éste le deberá a su esposo una recompensa por la mitad de la mejora.
- ✓ Si fallece la esposa y como herencia queda un inmueble que es un bien propio de ella, se distribuirá entre los hijos y el esposo como si el esposo fuera un hijo más, mientras que si el bien es ganancial el esposo tiene el 50% que le corresponde a él como esposo, pero no participa del otro 50% que se reparte entre los hijos.

Entonces, **determinar o “calificar” si es un bien propio o ganancial está en la base del sistema**.

El Código Civil y Comercial nos propone, con un muy buen criterio, dos listados, uno de **bienes propios** y otro de **bienes gananciales**, contenidos respectivamente en dos artículos: **el 464 y el 465**.

Vamos a recorrer las dos normas intentando buscar algunos criterios que nos permitan establecer **cuándo un bien es ganancial y cuándo es propio**. Quizá al principio te resulte una suerte de mezcla rara, es posible que así lo sea. Sin embargo, nuestra intención es que luego de leer los párrafos siguientes puedas intentar **calificar** un bien de propio o ganancial siguiendo criterios más o menos generales, o repasar ambos listados identificando cada una de las situaciones.

Un aspecto a tener en cuenta es que un bien **no puede ser propio y ganancial al mismo tiempo** y, en principio, **tampoco cambia de calificación** durante el matrimonio, sin perjuicio de ciertos supuestos que veremos un poco más adelante o de los planteos judiciales que puedan realizarse para establecer la verdadera calificación de un bien.

### **3.2.1. Dos datos importantísimos: las fechas de comienzo y de finalización del régimen de comunidad**

Estas dos fechas son las que nos permitirán comprender y analizar la totalidad del régimen de comunidad.



Tenemos que saber que el régimen de comunidad **comienza el día en que se contrajo matrimonio**. La legislación expresamente dice que “no puede estipularse que la comunidad comience antes o después” (463), excepto, claro está, cuando se efectúa un cambio de régimen patrimonial matrimonial, por ejemplo, se acordó “separación de bienes” y posteriormente se modificó a “régimen de comunidad”.

La **finalización** se produce cuando se **disuelve** o se **anula** el matrimonio y, como vimos, cuando se acuerda **modificar por el régimen de separación de bienes** mediante una convención matrimonial. La disolución del matrimonio, recordemos, se produce por muerte de uno de los cónyuges, ya sea real o presunta, o por divorcio.

Veremos en el punto siguiente otro aspecto en donde estas fechas muestran su enorme importancia.

#### a) ¿Cuál de las dos fechas tiene mayor peso?

Veamos: **¿en qué repercute el inicio del régimen de comunidad en tu vida cotidiana?** En poco.

Como vamos a ver unos párrafos más abajo **cada cónyuge sigue gestionando sus bienes propios y los bienes gananciales que estén a su nombre con una casi total autonomía respecto del otro cónyuge**. Excepto el **asentimiento** que se requiere para actos jurídicos relacionados con la vivienda familiar y el **asentimiento** que se exige para poder **disponer de un bien ganancial**, prácticamente cada cónyuge se comporta respecto de sus bienes **casi como si estuviésemos en un sistema de separación de bienes**.

Entonces, si cada uno de los cónyuges durante la vigencia del sistema de comunidad de bienes se comporta casi como si no estuviese casado, **¿cuándo adquiere particular relevancia la comunidad?**: al momento de la **disolución del matrimonio o de su declaración de nulidad o cuando se acuerda modificar el régimen patrimonial por el de separación de bienes**. Es decir, **en la fecha en que finaliza el régimen de comunidad** (ver 3.5.1).

Es allí donde **se actualizan todos los derechos sobre los bienes gananciales y donde comienzan las operaciones tendientes a repartir los bienes**, es decir saber qué tenemos (**inventario**), cuánto vale lo que tenemos (**avalúo**), qué debemos y cuánto debemos, y finalmente cómo lo repartimos (**partición**).

Hasta esa fecha podemos decir que **es una comunidad latente**, en expectativa.

### 3.2.2. Criterios para determinar si un bien es ganancial o es bien propio

#### a) La presunción de ganancialidad

Esta regla nos dice que **son bienes gananciales todos los bienes de los cónyuges que existan a la fecha de la disolución del régimen de comunidad, excepto que se acredite que son propios.**

La **presunción de ganancialidad** obliga a quien pretenda calificar de **propio** un determinado bien a **probar que lo es** y si no lo prueba, pues bien, será ganancial. Aquí entendemos plenamente la importancia de las **convenciones** matrimoniales, en especial al detalle de los bienes que se llevan al matrimonio (446, a) dado que al haber hecho ese **inventario** con la conformidad del otro cónyuge ya no se podrá discutir la calificación de propio de dichos bienes.

La legislación lo dice expresamente: “Se presume, excepto prueba en contrario, que **son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad**” (466, 1er p). La norma se complementa con otra: “Son bienes gananciales... los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto”, siempre que no estén incluidos en el listado de bienes propios (465, a).

Quien lea la regla del siguiente punto se preguntará ¿por qué puso primero la **presunción de ganancialidad**? Porque es **fundamental** a la hora de la **discusión** con tu cónyuge. Quizá sea un defecto profesional: si todo va bien y no hay conflicto nada de todo esto tendría demasiada importancia. Entonces, si los bienes que existen al momento de la liquidación del régimen de comunidad **se presumen gananciales** debo saber antes que si yo sostengo que un determinado **bien es propio** y no ganancial **debo probarlo**. Sobre la **prueba** volveremos en el punto 3.2.3.

#### b) Son propios los bienes que fueron adquiridos hasta la fecha del casamiento y gananciales los que se incorporaron después

Esta segunda regla a tener en cuenta nos dice que **todos los bienes que los cónyuges tienen en su patrimonio hasta el día del casamiento son bienes propios**. Dice la legislación: “Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: a) los bienes de los cuales los cónyuges tienen la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad” (464, a).

Consecuentemente, podemos pensar que, en principio, **todos los adquiridos con posterioridad a la fecha del casamiento**, por uno u otro cónyuge o por ambos, **son bienes gananciales** (465, a).

Debemos tener en cuenta que la legislación habla de “tiempo de la iniciación de la comunidad” porque, en los casos de opción por el sistema de separación personal, la comunidad podría iniciar o reiniciarse con posterioridad al casamiento. Por ejemplo: al momento de contraer matrimonio los cónyuges han celebrado una convención matrimonial por la que optan por el sistema de separación de bienes y unos años después acuerdan someterse al régimen de comunidad.

### **c) Son siempre gananciales los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar**

Un señor casado va al casino y gana una importante suma jugando a la ruleta.

La legislación nos dice que estas adquisiciones son siempre gananciales si se produjeron durante la comunidad: “Son bienes gananciales .... los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas, o hallazgo de tesoro” (465, b).

Claro está que si una persona ganó un sorteo de la lotería o una apuesta en el casino o halló un tesoro siendo soltero, lo obtenido será propio aún cuando lo perciba luego del matrimonio, pero para ello no hace falta ninguna norma especial dado que aplicaríamos la regla general que vimos un poquito más arriba. Ahora bien, si una persona soltera juega al Quini 6 y el sorteo se produce luego de haberse casado, lo obtenido será ganancial dado que el derecho a percibir ese dinero se produjo durante el matrimonio, si bien corresponde aclarar que esta es una interpretación posible.

### **d) Los frutos y los productos**

En el patio de mi casa había un limonero, una higuera y una parra de uvas. De acuerdo con la época, había que recoger los limones, los higos y las uvas, comerlos, usarlos en la cocina y regalarlos a los vecinos. Año tras año, el limonero daba limones, la higuera higos y la parra uvas.

Un médico heredó de sus padres una cantera de mármol travertino en San Juan y la continuó explotando. Por generaciones, año tras año, se ha ido extrayendo el mármol y todo indica que está próximo a agotarse.

Si bien son situaciones similares, es claro que el mármol no se renueva naturalmente, es decir, extraigo mármol pero la cantera no produce más mármol, mientras que cuando recojo las frutas el árbol produce nuevas frutas.

Cuando en derecho usamos la palabra **frutos** lo hacemos de un modo similar



al de las frutas de los árboles, los frutos de los vegetales, pero va más allá y también se aplica a todo lo que se obtiene de una cosa o de un derecho **sin detrimento de esa cosa o de ese derecho**, es decir, sin extinguir esa cosa o derecho. Así, por ejemplo, **el alquiler es fruto de la cosa alquilada, el salario es el fruto de nuestro trabajo.**

En el supuesto de la cantera, el mármol es un **producto** de la cantera, su extracción va en detrimento de la cantera a punto tal que en algún momento ya no habrá más mármol.

Para saber **si los frutos de los bienes son propios o gananciales** debemos tener en cuenta estas pautas:

- ✓ Los **frutos de los bienes propios y de los bienes gananciales** que se produjeron durante el matrimonio **son gananciales**. De ese modo, los alquileres de un departamento propio no son propios sino gananciales, al igual que el sueldo o los honorarios profesionales siempre y cuando provengan de trabajos o servicios realizados durante el matrimonio.
- ✓ Los **frutos de los bienes propios y los frutos del trabajo personal o profesional realizado con anterioridad al matrimonio** son **propios**. Así, por ejemplo, un abogado realiza un trabajo profesional antes de casarse y adquiere en ese momento el derecho a que le paguen los honorarios; el pago se concreta después de casado. Si bien es un fruto de su trabajo profesional como el derecho a cobrarlo lo adquirió antes de casarse, el dinero obtenido será propio.
- ✓ Los **frutos de los bienes gananciales y los frutos del trabajo personal o profesional realizados durante el matrimonio** son **gananciales**, aun cuando se perciban luego de disuelto el régimen de comunidad. En un ejemplo similar al anterior, un arquitecto realizó una labor profesional estando casado y en ese momento fue titular del derecho a cobrar sus honorarios los que le fueron pagados finalmente luego del divorcio. Esos fondos son gananciales.

Ahora bien, respecto de los **productos** debemos recordar que por su propio concepto van deteriorando la cosa que los produce, con lo que **en principio deben seguir la calificación de esa cosa**. Así, **si la cosa es propia su producto será propio** (464, e), **si la cosa es ganancial su producto será ganancial** (465, h). Sin embargo, aquí la legislación marca una excepción precisamente **para el producto de las canteras y de las minas**. En ese caso, **los productos de canteras y de minas extraídos durante el matrimonio son gananciales** (464, e y 465, h).

La legislación prevé los ejemplos que hemos barajado del siguiente modo: “Son bienes gananciales... los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes





propios y gananciales, devengados durante la comunidad” (464, c) y “Son bienes gananciales... los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad” (464, d).

Utiliza el vocablo “**devengados**” y lo hace en el sentido que dimos en los ejemplos anteriores, es decir, aquellos frutos que se originaron durante el matrimonio son gananciales aun cuando se perciban después de la disolución, o al revés, si se originaron antes del matrimonio serán propios incluso cuando se perciban ya estando casados.

También la legislación contempla el caso del **usufructo**. Si bien más abajo vamos a volver sobre este concepto (ver h.4) tomemos este ejemplo: Un señor soltero adquiere el derecho a usar y gozar de un inmueble. Así, tiene el derecho a usarlo por sí mismo, darlo en alquiler, prestarlo. Lo único que no puede hacer es vender la propiedad porque él no es titular de ese derecho. Pero sí podría vender su derecho a usar y gozar (**usufructo**). En el ejemplo, esta persona tiene rentada esa propiedad y todos los meses cobra el alquiler. Un 1° de noviembre se casa y los inquilinos le adeudaban tres meses de alquiler. Pues bien, esos alquileres **son propios** porque se **devengaron antes del matrimonio**. Mientras que el alquiler de noviembre y los siguientes serán **gananciales** porque se **devengaron** luego del matrimonio. La legislación lo dice así: “lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio” (465, e).

#### e) Las reglas que se saltan las fechas

Retomemos: todo lo que tenía “antes del casamiento” es propio y todo lo que se adquiere o incorpora “después del casamiento” hasta la disolución o nulidad es ganancial. Sin embargo, vamos a ver a continuación algunas situaciones en las que bienes **incorporados “después del casamiento”** son **propios** y bienes incorporados “**después de la disolución**”, son **gananciales**, tal como vimos al tratar el tema **frutos y productos**:

##### e.1) Son propios los adquiridos a título gratuito: herencia, legado o donación

Cuando hablamos de incorporaciones de bienes “**a título gratuito**” nos estamos refiriendo a aquellas en las, como contrapartida, no se tuvo que abonar suma alguna, entregar ningún bien a cambio, realizar un trabajo o prestar un servicio. Ejemplo: las incorporaciones producidas por **herencia, legado o donación**. Su opuesto son las “**a título oneroso**” como es el caso de la compraventa.

La regla nos dice que **los bienes adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, son bienes propios** (464, b). Esta regla tiene la particularidad de traspasar la fecha de casamiento y, precisamente, su aplicación refiere a **los bienes adquiridos luego del casamiento por estas causas**.

Es decir, si yo estoy casado y **recibo la herencia de mis padres** esos bienes son **propios**. Del mismo modo, si los padres de mi esposa le donan un departamento, ese inmueble es **propio** de ella, aun cuando se haya concretado durante el matrimonio. Puede suceder también que una persona en su **testamento** designe **legatario** a uno de los cónyuges, es decir, le asigne un **bien determinado** de la masa hereditaria. Como los herederos deben cumplir con ese **legado** (2484, 2494 a 2510), el bien que se incorpore será **bien propio** del cónyuge que lo recibe.

Si los bienes son recibidos **conjuntamente** por herencia, legado o donación, es decir ambos cónyuges son herederos, legatarios o donatarios, esos bienes son **propios por mitades**, excepto que el testador o el donante hayan designado partes determinadas, por ejemplo, le donó 1/3 al esposo y 2/3 a la esposa (464, b, 2° p).

Puede suceder también que esas incorporaciones a **título gratuito** hayan requerido efectuar algún tipo de gasto para poder concretarla. Ello sucede, por ejemplo, en los **cargos impuestos por el donante al donatario** (1562): veamos: una persona (donante) le dona a otra (donatario) un inmueble con la obligación de destinarlo al funcionamiento de un teatro y de refaccionarlo y restaurarlo para tal fin. Si las reparaciones, arreglos y restauración fueron abonadas con **fondos gananciales**, por ejemplo, con el sueldo del donatario o con los alquileres de un bien ganancial, se genera **una recompensa en favor del régimen de comunidad** (ver 3.5.3) con lo que si bien el inmueble será propio del cónyuge que lo recibe éste le adeudará a la comunidad las sumas que utilizara para cumplimentar con el cargo impuesto por el donante.

Otra situación particular de las donaciones es la que surge de las **donaciones remuneratorias** que son aquellas que se realizan en recompensa por los servicios prestados al donante por el donatario, cuando estos servicios son **apreciables en dinero y exigibles judicialmente** (1561). Ejemplo: un médico atendió a un paciente durante una dura enfermedad y el paciente, en agradecimiento, le donó un automóvil. Si miramos bien, el médico prestó sus servicios profesionales los que se presumen onerosos, es decir, generan la obligación del paciente de pagar sus honorarios y, si no los abona, el médico podría exigir judicialmente que se los pague. Ahí tenemos una **donación remuneratoria**. Pues bien, **los bienes adquiridos por donaciones remuneratorias no son bienes propios, son**

**gananciales**, en tanto y en cuanto la donación tuvo en miras pagar el servicio y no fue una mera liberalidad.

Seguimos con las **donaciones remuneratorias**: ¿qué sucede **si los servicios se prestaron antes del inicio de la comunidad**? Esta pregunta nos permite introducirnos y adelantar un poquito un aspecto que veremos unas líneas más abajo. Pues bien, **los bienes incorporados serán propios porque le están “pagando” una acreencia originada antes del casamiento**.

También puede suceder que el valor del bien recibido como **donación remuneratoria** sea **marcadamente superior a los servicios prestados**. En el ejemplo que seguimos: si el paciente hubiese tenido que pagar al médico \$ 100.- y el valor que le donó es de \$ 1.000.- el bien seguirá siendo **ganancial** porque es una donación remuneratoria, sin embargo, **la comunidad debe recompensa al donatario** (esposo) por los \$ 900 pesos de exceso. Como ya adelantamos y como luego veremos, **esa recompensa se computa y actualiza al momento de la liquidación** (ver 3.5.3).

## e.2) Los bienes que reemplazan a otros bienes

El patrimonio de las personas va sufriendo cambios y modificaciones a lo largo de la vida. Los bienes se compran, se venden, aumentan, disminuyen, se pierden, se destruyen, son robados.

Las reglas que vimos, muy útiles para muchos supuestos, no alcanzan para ciertas situaciones en las que, como veremos, su aplicación estricta puede derivar en ciertas injusticias.

Podemos tomar como base esta pauta: **si durante el matrimonio adquiero un bien y para ello uso bienes propios, será propio**. Como contrapartida, **si después de la disolución del régimen de comunidad adquiero un bien y para ello uso bienes gananciales, será ganancial**.

Veamos algunos ejemplos:

### e.2.1) El trueque

Un matrimonio ha sido seleccionado para asumir la guarda preadoptiva de tres hermanitos. Viven en un departamento céntrico pequeño. La mamá de uno de los cónyuges habita sola en una casa de tres dormitorios ubicada en las afueras de la ciudad. Como el valor de ambos inmuebles es similar deciden intercambiarlo, la mamá les da la casa a cambio del departamento.

Este intercambio, que conocemos como trueque, se llama jurídicamente **permuta**.

Sigamos con el ejemplo: si el departamento fue adquirido por uno de los cónyuges antes del matrimonio, la casa obtenida por la permuta **será propia** porque ese bien se incorporó mediante la salida de un bien propio (464, c).

Otro ejemplo: Una señora casada es titular de un minibús, adquirido durante el matrimonio, con el que se dedicaba al transporte de escolares. Luego del divorcio se jubila y decide intercambiar ese vehículo con una amiga quien le entrega un automotor tipo sedán de igual valor. El nuevo automotor será **ganancial** dado que se incorporó producto de una **permuta** con un bien ganancial.

Es cierto que muy difícilmente encontraremos una **permuta tan perfecta** como la de los ejemplos anteriores donde no haya ninguna diferencia de valor entre los bienes que se intercambian. Tomemos el ejemplo de la familia adoptiva y vamos a valor los bienes: el departamento vale \$ 2.000.- y la casa vale \$ 2.500.-, la diferencia en favor de la madre es de \$ 500.- Si esa diferencia se paga con fondos propios, nada cambia en el ejemplo. En cambio, **si se paga con fondos gananciales** el cónyuge dueño del departamento **le debe a la comunidad** la suma de \$ 500.- dado que el bien será íntegramente propio y él se beneficia con esa suma. Ahora bien, supongamos que el departamento vale \$ 2.000.- y la casa \$ 4.500.-, en ese caso la calificación será de **bien ganancial** porque el aporte ganancial es mayor que el aporte propio; en ese caso la comunidad le deberá al cónyuge propietario del departamento la suma de \$ 2.000.-

Estas sumas que pueden ser adeudadas por uno de los cónyuges a la comunidad o por la comunidad a uno de los cónyuges se denominan **recompensas y se tienen en cuenta a la hora de efectuar la liquidación de la comunidad** (ver 3.5.3).

La legislación recepta estas situaciones tanto en el listado de bienes propios (464, c) como en el de gananciales. En este último lo hace de esta manera: "Son bienes gananciales... los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. / Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad" (465, f).

### e.2.2) La inversión del dinero

Con los ahorros que tenía depositados en un banco antes de casarse, un señor compra un lote de terreno luego de contraer matrimonio.

Una señora casada se gana la Lotería y con esos fondos, luego del divorcio, compra una casa de fin de semana.

La calificación del bien adquirido con dinero dependerá del origen de ese dinero. En el primer ejemplo, el lote de terreno será propio aun cuando lo haya incorporado durante el matrimonio porque los fondos utilizados son propios. En cambio, en el segundo ejemplo, la casa de fin de semana será ganancial porque los fondos utilizados para adquirirla eran gananciales, aun cuando se haya comprado luego de la disolución del matrimonio.

Aquí se observa con nitidez **la importancia de la prueba. ¿Qué debe tener en cuenta el señor que compra el lote de terreno?** Que en la escritura pública figure que él está comprando con dinero propio, cómo es que ese dinero es propio como así también la conformidad de su cónyuge quien reconoce que el dinero utilizado es propio de su marido. También se ve la importancia de haber hecho una convención matrimonial donde se diga que había dinero ahorrado propio del marido.

También se debe tener en cuenta si para completar la operación hubo que utilizar dinero de otro origen. Aquí opera también el **sistema de recompensas** y de **calificación** que vimos al tratar la **permuta**. Así, si para comprar el lote de terreno hubo que completar el precio con fondos gananciales se generará una recompensa en favor de la comunidad si esos fondos son menores al valor de bien adquirido mientras que si fuesen superiores el bien será ganancial y se generará una recompensa en favor del marido.

### e.2.3) La adquisición de bienes mediante reinversión de otros bienes

Un señor cuando era soltero compró un automotor, ya casado lo vendió y con ese dinero compró otro automotor de menor valor.

Durante el matrimonio los cónyuges adquieren una obra de arte de un artista plástico muy reconocido, años después la venden y con la suma de dinero percibida compran, pocos meses después del divorcio, una cochera de un edificio.

El criterio sigue siendo el mismo, el nuevo bien tendrá la calificación del bien utilizado para su adquisición. En el primer caso, el automotor será propio (464, c) mientras que, en el segundo, la cochera será ganancial.

También aquí operan las **recompensas** para el caso de haberse tenido que abonar una diferencia entre el valor reinvertido y el precio de la cosa que se adquiere. Pensemos el ejemplo del automotor, si el nuevo vehículo es más caro que el que se vendió la diferencia podrá ser cubierta con fondos propios o con



fondos gananciales. Si se salda **con fondos gananciales**, el cónyuge propietario del vehículo adeudará una **recompensa** en favor de la comunidad. Ahora bien, recordemos que “si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario” (464, c, 2º p). Es decir, si los fondos gananciales superan al valor del automotor que se vendió, el nuevo vehículo será ganancial y la comunidad adeudará una recompensa en favor del cónyuge titular del vehículo vendido.

#### e.2.4) Créditos o indemnizaciones

Por una situación accidental un automotor se incendia y queda totalmente destruido. La compañía de seguros reconoce el siniestro y cumple con su obligación abonando una cierta suma de dinero.

La línea de diferenciación sigue siendo la misma, si el bien que dio lugar al pago de una indemnización es propio, la suma obtenida será propia, mientras que si es ganancial, la suma obtenida será ganancial. Así, si el automotor siniestrado fue adquirido antes del matrimonio, la indemnización percibida por ese siniestro tiene carácter propio (464, d). En el caso contrario, será ganancial aun cuando sea percibida luego de la disolución del régimen de comunidad (465, g).



#### f) Las crías de los ganados



Una persona soltera tiene un criadero de cerdos. Al momento de contraer matrimonio el plantel de animales se compone de una cierta cantidad. Las **crías** de esos cerdos propios que reemplazan en el plantel a los animales que falten por cualquier razón, **son propias** (464, f). Observemos que, si las crías se calificaran como gananciales, el criador de cerdos se encontraría, con el transcurso de los años, sin ningún animal propio por la muerte de su plantel originario.

Por otra parte, las **crías** de los cerdos gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y **las crías de los animales propios que excedan al plantel original**, son gananciales. (465, i).

Ahora bien, siguiendo en el mismo ejemplo, puede suceder que se haya **mejorado la calidad del ganado originario**, en ese caso la legislación nos dice que “las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado” (464, f).

#### g) Las adquisiciones por un derecho “anterior a” que se concretan o regularizan “después de”

Una persona compra un automotor y firma un boleto de compraventa, unos



meses más tarde hacen la transferencia en el Registro de la Propiedad Automotor. Si la compra del automotor mediante el boleto de compraventa es anterior al matrimonio y la transferencia se hace estando casada, el bien **es propio** dado que el origen de la adquisición es anterior al matrimonio (464, g). Ello será así aun cuando la adquisición sea a título oneroso. Por el contrario, si la firma del boleto de compraventa se produjo durante el matrimonio y la transferencia se concreta después de la disolución, el bien seguirá siendo **ganancial**. Este supuesto se prevé del siguiente modo: “Son gananciales... los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella” (465, j).

Puede suceder también que una adquisición se efectúe mediando un acto jurídico que padece un vicio sancionado con nulidad relativa -es decir un vicio que no afecta al orden público y que la ley establece sólo en interés de ciertas personas- y que luego de casados se confirma. Por ejemplo, una adolescente, con dinero que le fuera obsequiado por sus abuelos, compra una motoneta sin la asistencia de sus progenitores, ya casado realiza la inscripción del vehículo a su nombre en el registro de la propiedad automotor. Si bien el acto jurídico, que inicialmente estaba viciado, se saneó durante el nuevo matrimonio, **la causa es anterior** y, consecuentemente, el bien será propio (464, h). También puede suceder algo similar en el otro extremo del régimen de comunidad. Así, si **durante la comunidad** se adquirió un bien a título oneroso mediante un acto jurídico viciado de **nulidad relativa** pero que luego de disuelta se confirma, continuará siendo ganancial (465, k).

En otro ejemplo, una persona vende una cosa que había adquirido siendo soltera y, ya casada, ese acto jurídico es anulado porque quien lo compró era una persona declarada incapaz. Ese bien, originariamente propio, vuelve al patrimonio del que fuera vendedor y, aunque se incorpore durante el matrimonio, seguirá siendo propio (464, i). Lo mismo sucedería si el acto jurídico por el cual el bien salió de patrimonio se deshace. Por ejemplo, un bien egresa del patrimonio del marido mediante una compraventa donde queda pendiente un saldo, pasado un tiempo y estando ya el vendedor casado, ambas partes acuerdan en dejar sin efecto la compraventa devolviéndose mutuamente lo entregado. El bien vuelve al patrimonio del vendedor durante el matrimonio, pero el bien era originariamente propio con lo que seguirá siendo propio. De igual modo sucedería si la esposa siendo soltera le donó un bien a su hermano, luego por ingratitud o por incumplimiento de una obligación impuesta al hermano se revoca la donación. El bien vuelve al patrimonio de la esposa mas sigue siendo propio porque originariamente era propio. En el otro extremo nos podemos encontrar con bienes gananciales que salieron del patrimonio de la comunidad pero que luego reingresan por declararse nulo el acto jurídico por el



que se vendió, por ejemplo. La legislación prevé el caso con el siguiente texto: “Son gananciales... los [bienes] originariamente gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico” (465, l).

## h) Los incrementos y las mejoras de los bienes

Es posible que un determinado bien se vea acrecentado por razones naturales, por ejemplo, soy propietario de un terreno ribereño al que, poco a poco, el río fue depositando sus sedimentos e incrementando su tamaño. Claro está que, si el terreno ribereño es propio, ese acrecentamiento también lo será.

Ahora bien, es posible que esos incrementos no se deban a razones naturales sino a la mano del hombre, las llamadas **mejoras**. Hay un viejo adagio que dice: “**lo accesorio sigue la suerte de lo principal**”. La existencia de algo secundario implica, necesariamente, la existencia de algo principal. La suerte de lo secundario está atada a la suerte de lo principal en tanto y en cuanto solo existe si existe lo principal.

En las mejoras vamos a poner la mayor atención:

### h.1) Mejoras sobre bienes propios o gananciales

Una persona soltera compra un lote de terreno. Luego de varios años de casado comienza a construir sobre dicho lote un edificio de cinco plantas. Dicha construcción la realiza invirtiendo fondos gananciales. Conforme al criterio que hemos esbozado anteriormente, la totalidad del edificio tendrá carácter **propio** en tanto y en cuanto se construye en un **inmueble propio**, claro está que el cónyuge propietario del lote le adeudará a la comunidad **una recompensa** equivalente al monto invertido para construir el edificio. Así lo establece la legislación cuando dice “Son bienes propios... los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella” (464, j).

Idéntica situación tendremos si sobre un lote de terreno ganancial se construye un edificio utilizando fondos propios de uno de los cónyuges, la totalidad de la construcción será ganancial generándose una recompensa en favor del cónyuge que aportó el dinero. Dice la legislación: “Son bienes gananciales ... los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios” (465, m).





## h.2) Compra de partes indivisas

Una mujer heredó de sus padres la tercera parte de una casa, los otros tercios correspondieron a cada uno de sus dos hermanos. Ella se queda viviendo en ese inmueble y continúa haciéndolo después de casada. Luego del nacimiento de su segundo hijo decide, junto con su esposo, comprar a los dos hermanos sus partes respectivas. Las adquiere con ahorros gananciales. Con el mismo criterio tenemos que decir que la totalidad de la casa será **propia** y se generará en favor de la comunidad **una recompensa** por el valor de lo abonado a los dos hermanos. La legislación traduce esto de la siguiente forma: “las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia... sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición” (464, k).

De igual modo sucederá si la parte indivisa es ganancial y para adquirir las restantes se invierten fondos propios, la cosa será totalmente ganancial y se generará una recompensa a cargo de la comunidad en favor del cónyuge que aportó los fondos. Veamos que el texto de la legislación es muy similar al anterior: “Son bienes gananciales... las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición” (465, n).

## h.3) Las acciones de una sociedad

En general, las sociedades están conformadas por dos o más socios (se ha incorporado recientemente a nuestro derecho la figura de la sociedad unipersonal). La porción que cada uno de esos socios tiene en el capital social recibe distintas denominaciones y tiene diferentes características conforme la sociedad de que se trate. Uno de esos tipos son las denominadas sociedades por acciones cuyo capital está dividido, precisamente, en acciones (las sociedades anónimas, por ejemplo).

En el curso de la vida de una sociedad puede haber modificaciones en el capital social. Así, puede ser que se capitalicen utilidades (ganancias), que se hagan aumentos de capital mediante aportes especiales o mediante la capitalización de dividendos (los beneficios particulares de los socios), que haya un mayor valor en la cotización.

Si una persona es titular de acciones de carácter propio y se producen

modificaciones que importan un aumento en el capital y por ende en la acción, el mayor valor seguirá siendo propio mas el cónyuge titular adeudará a la comunidad una recompensa si para tal incremento fueron utilizados bienes gananciales. Si el aumento no fue consecuencia de la utilización de fondos gananciales, por ejemplo, capitalización de utilidades dado que las mismas pertenecen a la sociedad, mayor valor en el mercado bursátil, no se genera recompensa. En cambio, si los socios decidieron repartir las utilidades y capitalizar dichos dividendos, en ese caso sí se genera recompensa dado que los dividendos revisten carácter ganancial -son frutos- en tanto y en cuanto se hayan producido durante el matrimonio.

La legislación lo recepta del siguiente modo mediante la calificación de bienes propios de los “... los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición” (464, k – 491, 3er p).

#### **h.4) Derechos que se perfeccionan**

Normalmente quien es propietario de una cosa tiene la posibilidad de disponer (vender, hipotecar) de la cosa y de administrarla, con plenitud. En algunas situaciones nos vamos a encontrar con ciertos casos en los que una persona es el propietario, pero no puede usar la cosa, ni darla en alquiler, ni prestarla, y esos derechos los tienen otras personas. Se dice que ese propietario sólo tiene “**la propiedad desnuda**”, no está vestida con esos ropajes y se los llama “**nudo propietarios**” porque ostentan solo la “**nuda propiedad**”. Quienes sí pueden usarla, darla en alquiler, prestarla, tienen el **usufructo**, es decir, la posibilidad de **usar** la cosa y de percibir sus **frutos**, de **gozar** de la cosa. Ya hemos adelantado alguna idea sobre el **usufructo** en el punto d) anterior.

Son dos **derechos reales distintos**: uno es el **derecho real de dominio** (propietario) **y el otro es el usufructo**. Se les llama **derechos reales** porque reposan en las cosas, que en latín es “**res**”.

Veamos entonces un ejemplo: los padres de un único hijo deciden donarle la vivienda familiar reservándose el usufructo de esa vivienda para toda la vida. Es decir, el inmueble queda escriturado a nombre del hijo, pero éste no puede hacer nada con la casa, ni venderla, ni alquilarla, ni prestarla, hasta que el último de sus padres fallezca. En un tiempo, se lo solía llamar “**sucesión en vida**” porque se entendía que de ese modo se le evitaba al hijo hacer la sucesión luego de la muerte de sus padres. Cuando los padres fallecen el **nudo propietario** deja de serlo **y se transforma en propietario** pleno. Si eso se produce cuando el nudo propietario ya está casado, **el bien seguirá siendo propio**.

Ahora bien, puede suceder que los cónyuges decidan adquirir el derecho de usufructo que tienen los padres del nudo propietario y lo abonen con fondos gananciales. aun así será **propio** sin perjuicio de la **recompensa** que deba imputarse al cónyuge propietario en favor de la comunidad.

Existen otros **derechos reales** que también pueden afectar el dominio pleno de una cosa y que pueden extinguirse cuando ya el propietario de la cosa esté casado. Así, por ejemplo, una persona soltera adquiere un departamento y constituye sobre él una **hipoteca**, la hipoteca es también un derecho real. El saldo de la hipoteca lo cancela ya casado y con fondos gananciales. El bien, en origen propio, **seguirá siendo propio** mas el cónyuge propietario adeudará a la comunidad una recompensa por los fondos desembolsados.

La legislación recepta lo que hemos descripto con los siguientes términos: “Son bienes propios... la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, así como la de los bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales” (464, l).

Una situación similar podemos hallar en bienes gananciales cuando la **nuda propiedad** fue adquirida a título oneroso durante la comunidad y el **usufructo** se consolida después de su extinción. En ese caso, **la plena propiedad será ganancial**. También el caso de la **hipoteca**, un bien ganancial que fue adquirido mediante un crédito hipotecario y es cancelada dicha hipoteca luego de la extinción de la comunidad será **ganancial** sin perjuicio de la **recompensa** que corresponda si el crédito se canceló parcialmente con **fondos o bienes propios (465, n)**.

#### **i) Las cosas de uso personal, laboral o profesional**

La ropa y los objetos de uso personal son **bienes propios de cada cónyuge**. Puede suceder que sean **bienes de gran valor** y que hayan sido adquiridos con fondos o bienes de la comunidad. En ese caso, el cónyuge de quien es la ropa o esos objetos le adeudará a la comunidad una **recompensa**.

Lo mismo sucede con los bienes **necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión**. Son **bienes propios** del cónyuge respectivo aun cuando hubiesen sido adquiridos con fondos o bienes gananciales. Claro está, en tal caso nuevamente el cónyuge beneficiado por la compra le adeudará a la comunidad una recompensa por los fondos o bienes gananciales utilizados. Por ejemplo, la esposa es odontóloga y adquiere cierto instrumental para ser utilizado en su

consultorio. Lo abona con fondos gananciales. Ese instrumental será un bien propio de ella, pero a la hora de liquidar la comunidad le adeudará el valor invertido (464, m).

### j) Las indemnizaciones por daño moral y físico

Una señora casada es titular de un taxi que ella misma maneja. Una mañana transitaba por una calle céntrica y al pasar una intersección fue embestida desde su izquierda por una camioneta. Recibió severas lesiones en su mano izquierda por las que perdió su dedo meñique. Estuvo internada cinco días y tuvo que hacer reposo durante otros quince días. Inició un juicio al propietario de la camioneta y la compañía aseguradora del mismo y recibió una indemnización por los daños físicos (pérdida de la falange y otras lesiones menores), por la angustia y aflicción que le ocasionó el accidente (daño moral) y por lo que dejó de percibir del taxi durante los veinte días en que no pudo trabajar (lucro cesante) y por los daños al vehículo (daño material).

Amén de la reparación de los daños del vehículo, en el ejemplo tenemos dos tipos de indemnizaciones claramente diferenciables. Unas están relacionadas con la misma persona de la señora taxista: su dedo, sus lesiones, su sufrimiento (daño físico, daño moral). Otra está relacionada con aquello que dejó de obtener como consecuencia del accidente (lo que habría ganado en el taxi durante esos veinte días). En el primer caso, las indemnizaciones por daño físico y daño moral **son bienes propios**. En el segundo no, porque esa indemnización **sustituye a un bien ganancial como son los ingresos del taxi**, entonces, son bienes gananciales.

La legislación prevé este caso del siguiente modo: “son bienes propios... las indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales” (464, n).

### k) Derechos inherentes a las personas

Una mujer y un hombre contraen matrimonio cuando ambos tenían veintidós años. Cuando ella cumplió treinta años comienza a trabajar en una fábrica de envases de hojalata. A los cincuenta y cinco años se jubiló por incapacidad y comenzó a percibir el beneficio jubilatorio mensual. Cinco años después, ambos cónyuges deciden divorciarse.

En el ejemplo anterior podemos diferenciar dos aspectos: el **derecho a la jubilación en sí mismo** y las sumas mensuales que **se cobran por la jubilación**. Mientras estuvo casada **lo que percibió por la jubilación es ganancial** dado

que es un fruto obtenido durante el matrimonio. Sin embargo, **el derecho a la jubilación es propio**, con lo que aquello que perciba luego del divorcio **será un bien personal de ella** (ya no hablamos de bienes propios dado que no hay más comunidad).

Lo mismo sucede con **el derecho a alimentos** que en sí mismo es un **bien propio** mas no los alimentos que mensualmente son percibidos por ese derecho. Esos alimentos mensuales serán gananciales o propios depende del momento en que se originaron. Si se originaron durante el matrimonio serán gananciales y si no, propios.

La legislación receipta el ejemplo con los siguientes vocablos: “son bienes propios... el derecho a jubilación o pensión, y el derecho a alimentos, sin perjuicio del carácter ganancial de las cuotas devengadas durante la comunidad y, en general, todos los derechos inherentes a la persona” (464, ñ).

### I) Los derechos intelectuales

Una mujer escribe una novela. Otra inventa una máquina y la patenta. Un hombre compone un tango. Otro registra una marca comercial.

Estos **derechos** serán **propios** o **gananciales** conforme a ciertos **momentos** que establece la legislación. Veamos:

En el ejemplo de la **novela** será **propia** si **fue publicada antes del casamiento** y será **ganancial** si **lo fue luego del casamiento**. Respecto del **tango** el momento que divide la calificación pasa por **cuándo fue interpretado por primera vez**, si fue antes del matrimonio será **propio** y si fue después **ganancial**. En el caso de la **marca**, esa división pasa por el **patentamiento** y respecto del **diseño industrial** por su registración. Así serán propios si se patentaron o registraron antes del matrimonio y gananciales en el caso contrario.

Ahora bien, **el derecho sobre la obra en sí misma será siempre personal del autor**. Es decir, **aun cuando la calificación sea de bien ganancial**, el cónyuge no autor no tiene derecho a, por ejemplo, introducir modificaciones sobre la novela, la partitura, el diseño.

La legislación prevé estos ejemplos del siguiente modo: “son bienes propios... la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad. El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor” (464, o).

### m) Indemnizaciones por muerte del otro cónyuge

Este es un supuesto especial en el que la legislación nos dice que un determinado bien **no es ganancial**, sin embargo, no es calificado de bien propio. Se trata de las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge. Claro está que, si se produjo la muerte de uno de los cónyuges, pues la comunidad se disolvió. En ese caso, la legislación nos dice que esa indemnización percibida por el cónyuge a raíz de la muerte de su cónyuge **no es ganancial**, y no puede ser propio porque ya no hay comunidad.

El supuesto también rige para las indemnizaciones por muerte del cónyuge emergentes de una póliza de seguros, mas en el caso el cónyuge que la percibe deberá a la comunidad una **recompensa** por las **primas de seguro** que se hayan abonado con fondos gananciales. (465 último párrafo).

### 3.2.3. La prueba del carácter propio

Cuando hablamos de la **presunción de ganancialidad** (ver 3.2.2.a) nos referimos a la importancia **de la prueba**, especialmente de la **prueba del carácter propio de un bien** porque, precisamente, si no lo pruebo el bien será ganancial.

Aquí vamos a diferenciar dos situaciones: una se vincula con los cónyuges entre ellos y otra con los terceros. Pondremos el acento, sustancialmente, en la relación con terceros.

Una primera pauta a tener en cuenta es que, **respecto de terceros, “no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges”** (466 1er p). Es decir, aun cuando los dos cónyuges afirmen que un determinado bien es propio, no lo será respecto de terceros si no se arrima otro tipo de prueba.

Cuando un **bien registrable** (inmuebles, automotores, motovehículos, embarcaciones, aeronaves) es adquirido durante la comunidad como consecuencia de una **inversión o reinversión** de bienes propios -por ejemplo, utilizando fondos propios, permutando con un bien propio, vendiendo un bien propio y con el producido comprando otro- **para conservar la calificación de bien propio frente a terceros** la legislación establece la necesidad que **“en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge”** (466, 2º p).

La disposición que comentamos en el párrafo anterior es **muy importante**. Por ejemplo, una persona vende un departamento que adquiriera siendo soltera y con el producido de la venta compra una casa. Para que la casa sea calificada como bien propio es necesario que **en la escritura conste que la compra con**

**el producido de la venta de un bien propio y que el otro cónyuge preste su conformidad.** De lo contrario, frente a terceros será un bien ganancial.

¿**Qué sucede si el cónyuge no presta la conformidad?** En ese caso, el cónyuge adquirente puede requerir que judicialmente se declare bien propio a la nueva adquisición y si obtiene un resultado favorable se debe anotar marginalmente en el título de adquisición, la escritura, por ejemplo. Esta declaración se puede solicitar tanto si no es posible obtener la conformidad o si el cónyuge se niega, como así también si se omitió tal constancia en el acto de adquisición. Sin perjuicio de ello, el cónyuge adquirente podrá también cuestionar la ganancialidad del bien durante el juicio de liquidación de la comunidad y procurar que sea calificado como bien propio aportando las pruebas que acrediten que se trata de una inversión o reinversión de bienes propios.

### 3.3. Las deudas de los cónyuges

Este tema lo vamos a abordar desde dos puntos de vista marcadamente distintos.

Sabemos que, durante la vida de las personas, como ya nos hemos referido, se van generando **obligaciones** con otras personas, obligaciones que en algunos casos se traducen en **deudas impagas**.

En general, esas obligaciones tienen dos partes vinculadas: el **deudor** y el **acreedor**. Ahora bien, cuando se trata de deudas asumidas por personas casadas debemos agregar un personaje más: **el cónyuge no deudor**, también llamado **el otro cónyuge**.

¿**Qué le interesa al acreedor?** En principio, su mirada está puesta en su deudor y no en el otro cónyuge. Pensemos en un contrato donde cierta persona le prestó dinero a una persona casada. ¿Qué tuvo en cuenta? Pues bien, el patrimonio de su deudor más allá de que estuviese casado o no.

¿**Qué le interesa al cónyuge no deudor?** Pues bien, no terminar pagando una deuda que no es personal o que no tiene por qué soportar.

Son entonces dos miradas, una **hacia afuera**, posada en el vínculo **acreedor-deudor** y que responde a la pregunta **¿sobre qué bienes puede cobrarse el acreedor?** La otra, mira **hacia adentro del matrimonio**, descansa sobre la relación **entre los cónyuges** y responde a la pregunta **¿quién debe soportar efectivamente esa deuda?**



### 3.3.1. La mirada externa: ¿sobre qué bienes puede cobrarse el acreedor?

Se suele pensar, **sin basamento legal alguno**, que por las deudas contraídas por uno de los cónyuges el otro está obligado a pagar la mitad, del mismo modo que se suele también entender que todo lo que se obtiene durante el matrimonio hay que compartirlo por mitades en forma inmediata, afirmación que tampoco cuenta con ningún basamento legal.

Bien, no es así. La **regla general** es que “**cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos**” (467).

Ejemplo: uno de los cónyuges solicita un préstamo personal y le es otorgado a su sola firma. Si no cumple con esa deuda, el acreedor puede, mediante un juicio, **atacar sus bienes propios y los bienes gananciales que estén a nombre del deudor**. Ocasionalmente se ha visto, por ejemplo, que un acreedor -en el ejemplo el prestamista- solicite el **embargo del 50% de un bien ganancial cuya titularidad es del otro cónyuge**, es decir del cónyuge que no firmó el préstamo personal. Siguiendo la regla que estamos exponiendo, **los jueces no deben otorgar ese embargo** dado que el cónyuge deudor **no es el titular de esa mitad, sino que ese bien es 100% del cónyuge no deudor**.

Esto nos confirma lo que ya adelantamos, **el derecho a la mitad de los gananciales se pone en marcha cuando termina la comunidad y no antes**.

Desde otro punto de vista, también se han registrado casos donde el otro cónyuge solicita el levantamiento de un embargo trabado por un acreedor de su cónyuge sobre el 50% de un bien ganancial de titularidad de ese cónyuge deudor. **Tampoco puede otorgarse ese levantamiento porque el cónyuge no deudor no es titular aún de ese 50%**.

Ahora bien, esta regla general -cada cual responde por sus propias deudas- tiene algunas limitaciones. Una de ellas pasa por los **gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales** respecto de los cuales “**responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales**” (467, 2° p). Debemos observar que sólo pueden ser atacados los bienes gananciales y no los propios, de ahí la importancia de la calificación de bienes para los terceros.

Otra situación nos viene dada también por la **responsabilidad solidaria** de los cónyuges respecto de las contraídas por el otro cónyuge para solventar las **necesidades ordinarias del hogar** o el **sostenimiento y la educación de los hijos**, en las que rige la **responsabilidad solidaria** de ambos cónyuges (505 2° p, 461, ver 2.2.4).





### 3.3.2. La mirada interna: ¿quién debe soportar efectivamente esa deuda? Las recompensas

A diferencia de los bienes, las deudas **no se clasifican en deudas propias o deudas gananciales** sino en aquellas deudas que deben ser **soportadas por la comunidad** y aquellas que deben ser **soportadas por cada cónyuge**.

Puede suceder que una **deuda personal** de uno de los cónyuges haya sido solventada **con bienes gananciales o deudas de la comunidad** que hayan sido canceladas con **bienes propios** de uno de los cónyuges.

Por ejemplo, siendo soltero el esposo fue condenado a pagar una cierta suma de dinero en concepto de indemnización por despido en favor de una persona que trabajaba para él. No canceló tal obligación y finalmente se remató un inmueble que adquiriera estando ya casado. Como podemos deducir, **se trata de una deuda personal del esposo que se abonó con un bien ganancial**. Claro está que su marido no tiene por qué contribuir con un bien ganancial al pago de la deuda de su cónyuge.

Otro ejemplo: luego de varios meses de no cancelar los aranceles mensuales de la escuela de sus hijos, la esposa arriba a un acuerdo con la institución y se compromete a abonar el total en una cierta cantidad de cuotas. Para instrumentar la deuda, firma un pagaré. Ante su incumplimiento, la escuela ejecuta ese pagaré y logra rematar un automotor que la madre de los niños había adquirido siendo soltera. En ese caso, **la deuda debe ser soportada por la comunidad pero fue solventada con un bien propio**.

De los ejemplos expuestos en los dos párrafos anteriores podemos deducir que en un caso **la comunidad pagó la deuda personal de uno de sus miembros** mientras que en el otro **uno de sus miembros pagó una deuda de la comunidad**. Es claro, entonces, que se **generan acreencias/deudas** ya sea en favor de uno de los cónyuges, ya sea en favor de la comunidad. A estos créditos los denominamos **recompensas**.

La legislación es sumamente clara: “El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad” (468).

Ahora bien, **¿cómo determinamos cuáles son las deudas que debe afrontar la comunidad o cuáles son las deudas personales y, en su caso, las recompensas?**

En primer término, vamos a establecer **cuáles son las deudas que deben ser soportadas por la comunidad**. Las denominamos **“cargas de la comunidad”**. Son las siguientes:

- ✓ las obligaciones contraídas durante la comunidad, que no sean obligaciones personales, es decir el principio general es que todas las obligaciones contraídas después del matrimonio y hasta su disolución son cargas de la comunidad (489, a);
- ✓ “el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar” (489, b);
- ✓ “las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y aun la de bienes propios si están destinados a su establecimiento o colocación” (489, c);
- ✓ “los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales” (489, d).

Por otra parte, **¿cuáles son las obligaciones personales de cada cónyuge?**

- ✓ “las contraídas antes del comienzo de la comunidad” (490, a);
- ✓ “las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges” (490, b);
- ✓ “las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios” (490, c);
- ✓ “las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial” (490, d);
- ✓ “las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales” (490. e).

Conforme con este listado vinculado con las **obligaciones** de la comunidad o personales de los cónyuges, podemos establecer con claridad cuándo se generan **recompensas** con motivo de haberse satisfecho deudas personales o de la comunidad con bienes de la comunidad o propios. Así, si una “carga de la comunidad” (489) fue abonada con dinero propio de uno de los cónyuges se generará una recompensa en su favor. Por su parte, si la deuda personal de uno de los cónyuges (490) fue cancelada con dinero ganancial se producirá una recompensa en favor de la comunidad y a cargo de ese cónyuge.

Vamos a volver sobre el tema **recompensas** cuando abordemos **la liquidación de la comunidad** dado que hay recompensas que se generan más allá de las obligaciones con terceros y, esencialmente, porque **el derecho a recompensas puede ser peticionado al momento de la liquidación de la comunidad y no antes** (ver 3.5.4).

### 3.4. La gestión de los bienes de la comunidad

Luego del ingreso de un determinado bien al patrimonio de una persona se producen distintas vicisitudes respecto de él: así, el bien puede ser usado, debe ser mantenido, puede ser alquilado o quizá prestado, puede ser hipotecado o prendado, puede ser vendido.

Es decir, se dan distintos actos dinámicos que en general llamamos actos de gestión.

Antes hicimos una distinción muy rudimentaria entre **actos de administración y actos de disposición**, y para diferenciarlos pusimos el acento en el **grado de afectación del bien**, es decir, si son actos que **conservan el bien dentro del patrimonio** son de administración mientras que **si lo sacan del patrimonio o lo afectan gravemente** son de disposición. Por ejemplo, el alquiler de un inmueble por un plazo razonable es de administración, mientras que la venta de ese bien es de disposición, como así también lo es la constitución de una hipoteca.

#### ¿Quién administra y dispone de los bienes en el régimen de comunidad?

Podemos dar una primera respuesta a modo de **regla general: cada cónyuge administra y dispone de los bienes que ha adquirido**, y en palabras más sencillas **cada cónyuge administra y dispone de los bienes que están exclusivamente a su nombre**.

En esa primera respuesta, la del párrafo anterior, no importa demasiado si son propios o gananciales. La diferencia la vamos a introducir ahora sin olvidar la regla general:

#### 3.4.1 La libertad en la gestión de los bienes propios y el asentimiento del otro cónyuge respecto de la vivienda familiar

Si los bienes son **propios** cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición (469) pero requiere el **asentimiento del otro cónyuge** si en el bien propio radica la **vivienda familiar** y quiere **disponer de los derechos sobre ella, o disponer o transportar fuera de la vivienda muebles indispensables de ésta** (456 1er p, ver 2.2.2).

#### 3.4.2. La gestión de los bienes gananciales y el asentimiento del otro cónyuge para disponer o gravar ciertos bienes

Si son bienes **gananciales** el cónyuge que los adquirió tiene la administración y disposición de esos bienes (470) pero requiere del **asentimiento del otro**



**cónyuge cuando se trata de disponer** (vender, gravar, hipotecar), ciertos bienes que la legislación describe y que a continuación analizaremos.

**¿Qué significa el asentimiento?** Tal como vimos al tratar el tema “Protección de la Vivienda Familiar” (ver 2.2.2) consiste en que el otro cónyuge **toma nota** de lo que su esposo o esposa está por hacer y **no se opone**. Más sencillamente: cualquier cónyuge que haya intentado vender un vehículo comprado durante el matrimonio sabrá que para firmar el Formulario 08 te exigen que también lo haga tu esposa o esposo, aun cuando ellos no figuren como titulares del automotor. Esa firma, es la forma concreta de expresar el asentimiento y si no la tenés, se complica la operación. Muchas veces no se entiende esta exigencia y se pregunta ¡por qué tiene que venir mi esposo si el auto lo compré yo! Otras veces se la malinterpreta: ¡ahora me tenés que dar la mitad de lo que te paguen!

Veamos: cuando el otro cónyuge firma el 08 está otorgando su asentimiento, es decir, se anuncia que su cónyuge está vendiendo el bien y también da su conformidad para esa venta.

Entonces, si son **bienes registrables**, es decir, inmuebles, automotores, motovehículos, embarcaciones, aviones, se requiere el **asentimiento del otro cónyuge** si el **cónyuge propietario** quiere venderlo, donarlo, o de cualquier modo disponerlo o si quiere gravarlo, por ejemplo, constituir una prenda sobre un vehículo para obtener un préstamo.

Otro caso de **necesidad de asentimiento del otro cónyuge** pasa por las **acciones nominativas no endosables** y las **no cartulares** (470, b). Nos adentramos en el mundo de las sociedades comerciales. Todos sabemos que existen distintos tipos de sociedades, las más conocidas son las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas, pero hay muchas otras: sociedades colectivas, sociedades en comandita simples o por acciones, sociedades de capital e industria, sociedades mixtas, sociedades del Estado. Para lo que aquí nos interesa vamos a pensar en cómo se compone **el capital social** y cómo se representa. En algunas de esas sociedades -las anónimas, por ejemplo- **el capital está dividido en acciones y los socios son titulares de una determinada cantidad de acciones que representa su participación societaria**.

Las acciones, consecuentemente, tienen cierto valor, tienen una valuación. En algunos casos esa valuación se logra en las Bolsas de Comercio (Mercado de Valores), se trata en general de grandes sociedades. También algunas efectúan una oferta pública para lograr accionistas. Pero en la gran mayoría de las sociedades por acciones son medianas o pequeñas, con un número más o menos limitado de accionistas.

Cuando hablamos de **acciones nominativas** nos referimos a aquellas que han sido emitidas **en favor de una determinada persona, con nombre y apellido**.



Puede suceder que esa acción, además de ser nominativa, pueda ser transmitida **por endoso**, como se hace con un cheque: lo firmo al dorso y se lo transmito a otra persona. Pero puede suceder también que sean **no endosables**, es decir, que no lo pueda transmitir simplemente firmando al dorso como sucede también con los **cheques cruzados o emitidos no a la orden**. En otras situaciones, las acciones no tienen ningún papel o soporte que las represente, sino que constan solo en un registro. En ese caso las acciones son **no cartulares**.

La regla que vimos por la que se requiere el asentimiento del otro cónyuge para disponer o gravar de **acciones nominativas no endosables y de acciones no cartulares**, no rige si se trata de sociedades **autorizadas para la oferta pública**. Aquí debemos destacar que la legislación protege **al adquirente de buena fe** para el caso de incumplimiento en el otorgamiento el asentimiento conyugal. Dice la legislación que ese incumplimiento **“no es oponible a terceros portadores de buena fe”** y entiende por ello **“al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública”** (1824).

También se requiere el asentimiento del otro cónyuge cuando se trata de disponer o gravar las **participaciones en sociedades** que no sean las autorizadas para las ofertas públicas (470, c). Así, la participación de una persona en una sociedad de responsabilidad limitada, que no se divide en acciones sino en cuotas sociales, para poder ser vendida, por ejemplo, requiere del asentimiento del cónyuge no titular de las mismas. Lo mismo sucede con la participación en cualquier otro tipo de sociedades.

El **asentimiento** también es requerido para disponer o gravar **establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios** (470, d). Seguramente has oído hablar de una persona que vende un **fondo de comercio**: se vende es la empresa como tal incluyendo tanto sus bienes materiales (instalaciones, herramientas, productos elaborados) como así también el denominado valor llave (clientela, trayectoria, posición en el mercado). Para ello hay una ley específica (L. 11.867) que establece los requisitos para estas ventas. Agregamos también a los establecimientos agropecuarios tal como lo indica la legislación.

También requieren asentimiento **las promesas de los actos enunciados en los párrafos anteriores** (470, penúltimo p); de ese modo un boleto de compraventa de un inmueble ganancial requerirá el asentimiento del otro cónyuge.

Algunas de las reglas que vimos en “Protección de la Vivienda Familiar” (ver 2.2.2) también aplican aquí:

- ✓ El asentimiento **debe ser otorgado para cada acto en particular**, no puede ser un asentimiento general para todos los actos futuros, **“debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”** (457).



- ✓ Uno de los cónyuges **no puede otorgar poder al otro para que se preste a sí mismo el asentimiento**, ejemplo: la esposa quiere vender un automotor ganancial de su titularidad y para ello el marido le otorga un poder para que ella otorgue en su nombre tal asentimiento, eso no se puede hacer (459).
- ✓ En cambio, los cónyuges pueden otorgarse un poder uno al otro para ejercer las facultades generales del régimen patrimonial matrimonial de comunidad (459).
- ✓ Si un **acto jurídico fue otorgado sin el asentimiento del otro cónyuge**, el cónyuge que no lo otorgó **puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles** (456, 1er p) en el plazo de **seis meses** de haber conocido el acto jurídico que ataca, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. **No puede solicitar ni la nulidad ni la restitución** una vez que haya vencido el plazo.
- ✓ Si pretendo celebrar un acto jurídico que requiere asentimiento y **el otro cónyuge no me lo otorga ya sea porque no puede** (no está, es una persona incapaz) **o porque se niega injustificadamente**, puedo iniciar una demanda judicial para que lo autoricen los jueces (458).
- ✓ ¿Qué consecuencias tiene la autorización obtenida judicialmente? El acto jurídico celebrado mediante esa autorización judicial **es oponible al otro cónyuge**, es decir, para el otro cónyuge será un acto jurídico válido y no podrá ir en su contra, pero, como contrapartida **no le acarrea ninguna obligación personal**, es decir, no podrá ser demandado como consecuencia de ese acto jurídico (458).

### 3.4.3. La gestión de los bienes adquiridos conjuntamente

Vimos anteriormente que cada cónyuge administra y dispone de sus bienes propios y de los gananciales que adquirió. Respecto de este último aspecto lo identificamos con **los bienes que están a su nombre**, si bien con cierto riesgo de simplificar en extremo la explicación.

Ahora bien, puede haber bienes que fueron adquiridos por los dos cónyuges. En ese caso, **la administración y disposición se ejerce de modo conjunto por ambos cónyuges**, sin importar si la parte correspondiente a uno de ellos sea superior a la del otro (471).

Aquí opera una **presunción muy importante**: “Se reputa que **pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas** los bienes respecto de los cuales **ninguno**



**de ellos puede justificar la propiedad exclusiva”** (472). Es decir, si yo sostengo que un determinado bien es exclusivamente mío tengo que acreditarlo, de lo contrario se tendrá por perteneciente a ambos por mitades.

Si en la administración o disposición hay disenso entre los cónyuges, se puede solicitar también la **autorización judicial** como vimos en el caso del **asentimiento** (458). También se debe recurrir a la autorización judicial cuando el otro cónyuge está ausente.

Si un cónyuge es titular de una **parte indivisa** se le aplican las normas sobre **bienes gananciales** o sobre **bienes propios**, conforme sea la calificación de esa parte indivisa (471, 2° p).

Como se trata de cosas de las que son propietarios en forma conjunta, se aplican las normas del **condominio**, en todo aquello que aquí en el derecho de familia no esté previsto (471, últ. p). Recordemos que el condominio **“es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas”** (1983) y que como ya habíamos visto esas personas (**condóminos**) son titulares de una **parte indivisa**, es decir de una porción no determinada (un tercio, un quinto, pero no la planta alta, o tal parte concreta de un lote). Si bien cada **condómino** “puede enajenar y gravar la cosa en la medida de su parte indivisa sin el asentimiento de los restantes condóminos” (1989) aquí operan las restricciones que vimos entre cónyuges (asentimiento). Por otra parte, cualquiera de los condóminos puede pedir **la partición de la cosa** mas en este caso, recordemos, que “si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa **puede negarla si afecta el interés familiar**” (471 últ. p).

#### 3.4.4. Fraude entre cónyuges

El régimen de comunidad encuentra sus cimientos en el esfuerzo mutuo de ambos cónyuges para la conformación del patrimonio matrimonial, más allá de los aportes materiales que cada uno de ellos haya efectuado. Puede suceder que uno de los cónyuges, en miras a una probable ruptura matrimonial o también luego de producida ésta, realice ciertos actos tendientes a perjudicar al otro cónyuge y eludir las normas básicas del régimen de comunidad.

Si bien es cierto que con el requisito del **asentimiento** para la disposición de ciertos bienes gananciales ya se establece una garantía al otro cónyuge y a la preservación del patrimonio de la comunidad, no es menos cierto que pueden darse, y de hecho se dan, ciertas maniobras o ardides que buscan detraer bienes de la comunidad.





Muchas de esas estrategias pasan en el ámbito de las sociedades. Veamos: una sociedad está conformada por dos socios, uno mayoritario (tiene el 90%) y otro minoritario. La sociedad se conformó cuando el socio mayoritario ya estaba casado, por ende, su participación es ganancial. Previo al divorcio, los socios deciden efectuar un aumento de capital mediante aportes en efectivo. El socio minoritario aporta una cierta cantidad mientras que el mayoritario no lo hace, o lo hace por un valor ínfimo. Como consecuencia de esta capitalización, quien era socio minoritario pasó a tener el 90% del capital social. Este esquema puede obedecer a un intento del exsocio mayoritario para disminuir su participación sin que el aumento de capital o el aporte del exsocio minoritario tenga ningún basamento real. En ese caso, es posible que nos encontremos frente a una situación de **fraude entre cónyuges**.

La legislación nos dice que “Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades, pero con el propósito de defraudarlo” (473). En el ejemplo que vimos, el otro cónyuge puede lograr, luego de un proceso judicial, que se declare fraudulento el aumento de capital y que **ese aumento le sea inoponible**, es decir, **que para él ese aumento no existe -para los socios sí- y la liquidación se efectuará sobre la base de la participación societaria originaria**.



### 3.4.5. Administración sin mandato expreso

La legislación nos dice que “Si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso” (474).

Ya hemos adelantado los conceptos de mandato tácito y de gestión de negocios en el punto 2.2.3. Recordemos: tendremos **mandato tácito** cuando el cónyuge sabe que su otro cónyuge está haciendo algo en su interés y no lo impide pudiendo hacerlo (1319) y habrá **gestión de negocios** “cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente” (1781).

### 3.4.6. Los contratos entre cónyuges

La posibilidad de realizar contratos entre los cónyuges se encuentra sumamente limitada en el régimen de comunidad. En un sistema donde la calificación de los bienes en propios o gananciales se halla, como vimos, en sus basamentos y no está sujeta a la voluntad de los cónyuges, las limitaciones





a la realización de contratos entre ellos que puedan afectar la titularidad de derechos o alterar el régimen de deudas encuentran un marcado sustento.

Actualmente la legislación contiene una norma muy dura en tanto y en cuanto establece que **no pueden contratar los cónyuges entre sí en el régimen de comunidad** (1002, d).

Sin perjuicio de ello, algunas normas habilitan la celebración de contratos, como pasa con el contrato de mandato tal como lo hemos visto a lo largo de este capítulo. Específicamente, la ley de sociedades permite a los cónyuges integrar entre sí sociedades de cualquier tipo incluso aquellas que no se constituyen conforme a los tipos previstos por la propia ley (L. 19.550, 27).

### 3.5. La disolución, liquidación y partición del régimen de comunidad

Muchas veces hemos escuchado hablar de la **disolución de la sociedad conyugal**, tal como hasta 2015 se denominaba el sistema de comunidad, o de su **liquidación**, casi como si fueran términos sinónimos. También, en otras ocasiones, oímos algunas referencias a la **partición** en una suerte de conceptos entremezclados. Pues bien, **no son sinónimos** y es preciso diferenciarlos.

La **disolución** del sistema de comunidad se produce en un momento determinado, una suerte de **instante** establecido **por la ley**. Es el momento en que **se extingue el régimen**, deja de ser tal. En algunos casos es fácilmente determinable, por ejemplo, la muerte de uno de los cónyuges, en otros casos estará sujeto a una declaración judicial como es el caso de la muerte presunta. Pero una vez determinada la disolución se produce en esa fecha.

Cuando se produce la **disolución** los bienes que integran la comunidad forman una **masa indeterminada** a la que hay que darle contenido, establecer **cuáles son los bienes que la componen y su valuación, cuáles son las deudas y sus montos**. Todas esas operaciones forman parte del proceso de **liquidación**. Como el proceso de liquidación puede ser más o menos extenso, en el período de tiempo que demanda su finalización se siguen produciendo actos de administración y de disposición, es decir, se continúan gestionando los bienes de la comunidad. Para ese período también hay normas que lo regulan: se denomina **indivisión postcomunitaria**.

Finalmente, una vez que sepamos qué hay en la comunidad, cuánto vale lo que hay, cuáles son las deudas y sus montos, cómo se saldan esas deudas, corresponde asignar cada bien a cada uno de los excónyuges o sus herederos. Ese proceso se denomina **partición**, es decir, tenemos que **repartir los bienes**.

Vamos a desarrollar estas etapas: extinción, liquidación e indivisión postcomunitaria y partición.

### 3.5.1. Extinción del régimen de comunidad

El régimen de comunidad se extingue por:

- ✓ “la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges” (475, a);
- ✓ “la anulación del matrimonio putativo” (475, b), es decir, la anulación del matrimonio que se tuvo por tal pero que estaba viciado;
- ✓ “el divorcio” (475, c);
- ✓ “la separación judicial de bienes” (475, d);
- ✓ “la modificación del régimen matrimonial convenido” (475, e).

#### a) La muerte real y la muerte presunta

La **muerte** de uno de los cónyuges produce la **disolución del vínculo matrimonial** (435, a) y, consecuentemente, **del régimen de comunidad**.

Ya nos hemos referido a la **muerte presunta** al abordar la disolución del matrimonio (ver cap. III, 7.2). Recordemos al respecto que cuando una persona se ausenta de su domicilio sin que se tenga noticia de ella durante tres años, contados desde la última noticia del ausente, puede solicitarse que sea declarada presuntamente fallecida aun cuando haya dejado apoderado (85) y que la legislación prevé ciertos supuestos extraordinarios que permiten también presumir el fallecimiento: “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 años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido” (86, a) y “si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido” (86, b).

En este caso, **la disolución del régimen de comunidad se retrotrae al día de fallecimiento presunto**, que lo establecen los jueces luego del proceso que se inicia para obtener tal declaración (476).

También recordemos que la **reparación del ausente no hace renacer el vínculo matrimonial**, con lo que tampoco renace la comunidad ya disuelta.

#### b) La nulidad del matrimonio y el divorcio

La disolución del régimen de comunidad se establece con efecto retroactivo

al día de la notificación de la demanda de **anulación del matrimonio** o de la demanda de **divorcio** o, en este último caso, al día de la **presentación conjunta de la demanda de divorcio** (480, 1er p). Por ejemplo: la cónyuge solicita la declaración de nulidad del matrimonio, esa demanda fue notificada a su cónyuge al 3 de marzo de 2020, la sentencia se obtiene un año después. Pues bien, la disolución de la comunidad se produjo el 3 de marzo de 2020 y a esa fecha **deben retrotraerse** todas las evaluaciones de bienes y los cálculos a la hora de efectuar la liquidación. Lo mismo sucede si hubiese sido una demanda (petición) de divorcio o si en ese día hubiesen presentado conjuntamente la demanda de divorcio.

### c) La separación de hecho

Cuando dos cónyuges se separan, es decir, dejan de convivir y continúan su vida “como si no estuviesen casados”, hablamos de “**separación de hecho**”. La separación de hecho **no disuelve el vínculo matrimonial** y por ende **tampoco disuelve por sí misma el régimen de comunidad**.

Podemos encontrarnos con personas que están de hecho separadas antes del divorcio como así también con personas separadas de hecho antes de la nulidad del matrimonio.

La separación de hecho es un **fenómeno social innegable**, muchas personas continúan separadas de hecho durante toda su vida y el vínculo matrimonial termina disolviéndose por la muerte de uno de ellos. Durante todo ese lapso **continúan siendo formalmente cónyuges** y produciéndose los efectos típicos del matrimonio.

En materia de bienes, la separación de hecho afecta **la base misma de la comunidad**, asentada en la cooperación mutua derivada de la convivencia. Ello no puede ser desconocido por el legislador. En ese sentido, la normativa establece que “Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, **la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación**” (480, 2º p). Veamos: si dos cónyuges están **separados de hecho** y, además, **no tienen voluntad de continuar con su matrimonio** -no estamos frente a otros supuestos de separación como el caso de una persona que debe ir a trabajar al extranjero y por ende cesa la convivencia mas no la voluntad de seguir siendo cónyuges- **la disolución del régimen de comunidad se establece a la fecha de separación**.

Claro está que esa fecha habrá que determinarla. En ese sentido, si ambos **cónyuges están de acuerdo** comunicarán la fecha a los jueces para que así lo declaren en la **sentencia respectiva**, sin que sea necesario acercar ninguna otra



prueba, aunque algunos jueces si exigen algún tipo de elementos probatorios. Ahora bien, **si no hay acuerdo**, quien pretenda que se fije una determinada fecha de separación de hecho **deberá acreditarlo mediante el ofrecimiento de prueba**. A tal fin habrá pruebas de mayor o de menor peso. Por ejemplo, la denuncia policial de haber abandonado el hogar conyugal, el cambio de domicilio en el DNI o en el trabajo, deberán estar acompañadas de otras pruebas porque en sí misma son declaraciones unilaterales. La declaración de testigos, un nuevo contrato de locación de una vivienda, un comprobante de mudanza, tendrán quizá un mayor peso.

Respecto de esta fecha retroactiva al momento de la separación de hecho, la legislación también prevé que “el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho” (480, 3er p).

Puede suceder que algunas personas hayan contratado con los cónyuges sobre la base de entender que eran cónyuges y que la disolución retroactiva a la fecha de la separación de hecho los afecte. En ese caso, la legislación prevé que “quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito” (480, 4° p).

Sobre la **separación de hecho** también volveremos en el punto siguiente.

#### **d) La separación judicial de bienes**

La separación judicial de bienes puede ser solicitada judicialmente en los casos que veremos a continuación. A diferencia del divorcio o de la nulidad del matrimonio, los **cónyuges continuarán casados**, mas se habrá disuelto la comunidad. También se diferencia del **cambio al régimen de separación de bienes** en que para que tal modificación se produzca tiene que haber consenso o acuerdo entre los cónyuges. Aquí la **separación es judicial** dado que, precisamente, los esposos no la acuerdan.

La **disolución** se produce **en la fecha de notificación de la demanda de separación judicial** con lo que, en tanto y en cuanto debe transcurrir ese juicio, **será también de aplicación retroactiva** tal como lo vimos al tratar el divorcio o la nulidad del matrimonio (480).

**¿Cuándo puede uno de los cónyuges demandar la separación de bienes?** en estos casos:

- ✓ “si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales” (477, a); esa administración deficiente debe ser atribuible a la ineptitud, a la impericia del cónyuge o a



su intención deliberada y no a una mera circunstancia desfavorable. Esta causal requerirá de la acreditación de tales extremos y una ponderación de la prueba producida para establecer si configura o no una mala administración dolosa o culposa del otro cónyuge;

- ✓ “si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge” (477, b); en este caso la causal es objetiva, es decir, alcanza con acreditar que se ha declarado el concurso o la quiebra del otro cónyuge. Se trata de un supuesto muy particular dado que tanto el concurso como la quiebra, en general, no generan riesgos sobre los bienes de administración del cónyuge no deudor en función del régimen de deudas en el que cada cónyuge responde frente a sus acreedores con sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos (467, ver 3.3.1). Por otra parte, tampoco el cónyuge no deudor podrá aspirar a incorporar a su patrimonio la mitad de los gananciales de titularidad del otro cónyuge precisamente por hallarse en concurso o quiebra y, por el contrario, deberá aportar al concurso o a la quiebra la mitad de los gananciales de su administración. La decisión de impulsar esta acción deberá ser sopesada muy cuidadosamente en cada caso concreto;
- ✓ “si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse” (477, c);
- ✓ “si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero” (477, d).

La acción puede ser promovida **únicamente por los cónyuges y no por sus acreedores**. Para explicar esta última afirmación recurriremos a este ejemplo: una persona (deudor) le debe a otra persona (acreedor) una cierta cantidad de dinero y al vencimiento de la obligación no salda tal deuda. El acreedor descubre que su deudor tiene para cobrar ciertas facturas y no inicia ninguna acción al respecto. La legislación le permite al **acreedor** iniciar las acciones judiciales **de su deudor** contra los deudores del deudor. Se le llama **acción subrogatoria** (739 a 742). Sin embargo, el acreedor de uno de los cónyuges no puede demandar la **separación judicial de bienes** de su deudor (cónyuge) por la vía que comentamos, es decir, mediante acción subrogatoria (478), en miras a obtener la incorporación de bienes al patrimonio de su deudor, dado que esa acción es personal de los cónyuges.

El cónyuge que inicia la **demandas de separación judicial de bienes** puede también solicitar que se adopten algunas **medidas cautelares o protectorias** que tienden a evitar, en general, que ciertos bienes continúen saliendo del patrimonio o que se siga afectando la integridad de ese patrimonio (479). Esas medidas pueden traducirse en un **embargo** de ciertos bienes, en la **inhibición general para contratar del otro cónyuge**, por ejemplo. Particularmente, la

legislación prevé dos: que se autorice al cónyuge demandante para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada (483, a) y que se lo designe a él o a un tercero como administrador de la masa del otro (483, b). Sobre este tema volveremos al tratar sobre **indivisión postcomunitaria**.

Una vez dictada **la sentencia de separación judicial de bienes**, se aplican las mismas normas que veremos para el **régimen de separación de bienes** (480, último p, 505 a 508).

### 3.5.2. La indivisión postcomunitaria

Como vimos, la **indivisión postcomunitaria** es el período que va desde **la disolución** hasta terminar la **partición** de los bienes que integraron la comunidad.

Es **indivisión** precisamente porque aún los bienes continúan **sin dividir**, sin **repartir** entre los cónyuges o entre el cónyuge y los herederos del cónyuge fallecido.

Esta etapa genera mucha incertidumbre, aunque es cierto que en algunos casos es asumida con cierta despreocupación o quizá con cierto “no saber” que se está ante una etapa que reclama una regularización. Esto lo observamos con frecuencia cuando fallece una persona, más aún si sus herederos continúan habitando la única vivienda familiar.

La legislación diferencia dos situaciones conforme cuál sea el hecho que produjo la **disolución** del régimen de comunidad. Así, si se disolvió por **muerte** se aplicarán las normas de la **indivisión hereditaria**, mientras que si fue estando en **vida ambos cónyuges** (divorcio, nulidad, por ejemplo), establece ciertas normas específicas (481). Vamos a ver cada una de ellas:

#### a) La indivisión postcomunitaria como consecuencia de una disolución por muerte. Indivisión hereditaria

Si bien este aspecto es propio del **derecho sucesorio** y excede en gran medida los propósitos de este libro, vamos a esbozar algunos aspectos generales.

La legislación nos dice que “la **muerte** real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la **transmisión de su herencia** a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley” (2277). Como podemos inferir se trata de una situación marcadamente diferente a la que trataremos en el punto siguiente donde ambos excónyuges están vivos.

En aquellas sucesiones donde hay más de un heredero, se denomina **estado**

**de indivisión o indivisión hereditaria** al período que va desde el momento de la muerte (apertura de la sucesión) hasta la partición de los bienes que integran la masa hereditaria. Si hay un **único heredero** no se conforma ninguna situación de indivisión dado que ese heredero recibe toda la herencia.

Para los casos en que **no haya un administrador judicial de la herencia**, la legislación establece que los actos de disposición y administración **requieren el consentimiento de todos los coherederos** (2325). Esa misma norma nos dice que los coherederos pueden otorgar mandatos de administración y que “son necesarias facultades expresas para todo acto que exceda la explotación normal de los bienes indivisos y para la contratación y renovación de locaciones” (2325, 2° p). Luego agrega que “si uno de los coherederos toma a su cargo la administración con conocimiento de los otros y sin oposición de ellos, se considera que hay un mandato tácito para los actos de administración que no requieren facultades expresas...” (2325, 3er p).

El uso de los bienes se sigue dando aun durante el período de indivisión hereditaria. En ese orden, la legislación faculta a los herederos a “**usar y disfrutar de la cosa indivisa** conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho de los otros copartícipes” y que “el copartícipe que usa privativamente de la cosa indivisa está obligado, excepto pacto en contrario, a satisfacer una indemnización, desde que le es requerida”, en favor del coheredero que se lo requiera.

En cuanto a los **frutos** de los bienes indivisos, los mismos aumentan los bienes indivisos, salvo que exista una partición provisional. En tanto y en cuanto, como vimos, los bienes de la herencia continúan en una situación dinámica, pueden generar utilidades, pueden generar pérdidas, se debe continuar con la gestión de los mismos y “cada uno de los herederos tiene derecho a los beneficios y soporta las pérdidas proporcionalmente a su parte en la indivisión”.

#### **b) La indivisión postcomunitaria en vida de ambos cónyuges**

La legislación establece que, si “los excónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad”, con las modificaciones que veremos en este apartado (482, 1er p).

Es decir, en primer término, se estará a los acuerdos a los que arriben los excónyuges, sin embargo esos acuerdos no podrán desconocer aquellas reglas que conforman el régimen primario y que vimos en el punto 2.2.



### **b.1) Obligación de informar y facultad de oponerse**

Una de las primeras reglas que los excónyuges deben tener en cuenta es que cada uno de ellos “tiene la **obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria** de los bienes indivisos” (482, 2° p). El otro cónyuge puede **oponerse** “cuando el acto proyectado vulnere sus derechos” (482, 2° p).

### **b.2) Medidas urgentes que pueden solicitarse**

Cuando la conducta de uno de los excónyuges pueda afectar los intereses del otro, pueden demandarse judicialmente la adopción de ciertas medidas urgentes (que en general las vamos a conocer como **medidas cautelares**), algunas de ellas son muy conocidas (embargo, inhibición) y hay otras más específicas de esta materia. La legislación dice expresamente que el excónyuge que se siente afectado puede pedir:

- ✓ ser autorizado para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada (483, a). Para ello tendrá que acreditar la calidad de injustificada de la negativa del otro y, claro está, ese otro tendrá derecho a defenderse aportando sus propios fundamentos;
- ✓ ser él mismo designado o que se designe a un tercero como administrador de la masa del otro excónyuge. En este caso también deberá acreditar la necesidad de esa designación en función de la gestión del otro excónyuge. Las normas que se aplicarán son las de la administración de las herencias (483, b, 2345 a 2362).

### **b.3) Uso de los bienes indivisos**

Cada uno de los excónyuges “puede usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho del otro”. (484, 1er p). Se trata de un **uso razonable** que debe tener en cuenta los intereses de cada uno como así también los intereses y derechos del otro. Ante la **falta de acuerdo**, serán **los jueces quienes lo regulen** (484, 2° p).

¿Qué sucede cuando uno de los excónyuges utiliza un bien en forma **exclusiva** o lo hace de una forma diferente a la acordada? Puede dar lugar a que el otro excónyuge solicite o demande **ser indemnizado** por esa situación, mas esa indemnización cuenta **a partir de la oposición** formulada por quien pretende la indemnización. Esa **oposición** se tiene que notificar al otro excónyuge de forma fehaciente, por ejemplo, mediante una carta documento.



Una situación que claramente ejemplifica lo expuesto en el párrafo anterior pasa por la posibilidad de solicitar al otro cónyuge un **canon locativo (un monto en concepto de alquiler) por el uso exclusivo de una vivienda que es bien ganancial**. En ese caso, el monto procederá por el cincuenta por ciento y podrá percibirse por los períodos posteriores a la intimación, pero no por los anteriores. Claro está que si no hay acuerdo se podrá demandar judicialmente; para determinar el monto los jueces tendrán en cuenta las distintas tasaciones que se efectúen en la etapa probatoria del proceso.

#### **b.4) Frutos y rentas de los bienes indivisos**

Los bienes que formaron parte de la comunidad y que permanecen **indivisos**, es decir sin atribuirse a cada uno de los excónyuges, pueden producir **frutos y rentas**, por ejemplo, los alquileres de un departamento, la producción agropecuaria de un campo.

Mientras dure la indivisión **dichos frutos y rentas aumentan los bienes de la indivisión**, es decir no quedan en favor del cónyuge que tiene el bien que los produce (485). Por el contrario, el excónyuge que los percibe debe **rendir cuentas** al otro excónyuge y en su momento se deberán incluir en la cuenta para la partición. En ese último aspecto, la legislación prevé que el excónyuge **“que tiene el uso o goce exclusivo de alguno de los bienes indivisos debe una compensación a la masa desde que el otro la solicita”** (485).

#### **b.5) Las deudas: el pasivo**

Durante la indivisión postcomunitaria la relación de los excónyuges con sus acreedores continúa desarrollándose como viéramos al tratar el tema deudas del régimen de comunidad, es decir, cada excónyuge **responde con sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos** (467), tal como lo viéramos en el punto 3.3. de este capítulo.

También subsiste la **responsabilidad solidaria** de ambos excónyuges por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de sus hijos (461, ver 2.2.4) y lo ya expuesto sobre cosas muebles no registrables (462, ver 2.2.5), como así también la ya explicada concurrencia por las deudas generadas por actos conservatorios sobre bienes gananciales (467, 2a p, ver 3.3.1).

Un aspecto muy importante a tener en cuenta es la facultad que la legislación otorga a los acreedores para **“subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común”** (486). En el punto 3.5.1.d explicamos



qué es la **acción subrogatoria**, es decir, esa facultad de los acreedores de promover una acción propia de su deudor para incorporar bienes al patrimonio del deudor, cuando el deudor no lo hace. En este caso, el ejemplo es el siguiente: el acreedor contrató con el marido; el marido (deudor) se divorció y su esposa es titular de varios inmuebles; si se hiciese la división de esos bienes el marido (deudor) podría incorporar la mitad de los bienes de su esposa y, de ese modo, incrementar su patrimonio con lo que, posiblemente, el acreedor podría cobrarse su crédito; el marido (deudor) no inicia la acción, pues bien, en ese caso **el acreedor puede iniciar la acción de partición de la masa común**.

Finalmente, la legislación prevé que “la disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integridad del patrimonio de su deudor” (487). Quien firma un contrato con determinada persona tiene en cuenta el patrimonio de esa persona, es lo que garantiza el contrato y sobre la base de él se decide contratar. La disolución del régimen de comunidad no puede ir en desmedro de la acreencia, importaría algo así como **cambiar las reglas de juego en el medio del partido**. Por ello, los acreedores tienen todas las facultades para solicitar las medidas que consideren pertinentes para preservar ese patrimonio y evitar modificaciones o distracciones como consecuencia de la disolución y de las ulteriores operaciones de liquidación y partición del régimen de comunidad.

### 3.5.3. La liquidación de la comunidad

¿Qué significa **liquidar** la comunidad? Aquí la palabra **liquidar** está utilizada en el sentido de **determinar un cierto valor**. Esto lo podemos observar en nuestra vida cotidiana cuando, por ejemplo, nos retrasamos en el pago de una deuda y tenemos que solicitar que nos calculen intereses para poder pagar. En otras ocasiones, pueden adeudarse sumas que se determinan en función del valor de una cosa, por ejemplo, se adeudan tantas bolsas de harina que se cancelarán al valor que tengan en determinada fecha. Todas esas operaciones permiten **determinar el valor y hacer líquida la deuda**.

En este caso sucede algo similar, **cuáles son los bienes que conforman la comunidad (inventario) y cuáles son las valuaciones de esos bienes (avalúo)**. Por otra parte, debemos establecer **cuáles son las deudas de la comunidad y cuáles son las recompensas que se han generado durante la vida en común**. Respecto de las **recompensas**, hemos efectuado una introducción en el punto 3.3.2 al tratar el tema **deudas**. Vamos a retomar este tema:



### a) Determinación de las recompensas

Dice la legislación que se debe confeccionar una **cuenta de las recompensas**. Esa cuenta se integra por aquellos montos que **la comunidad debe a cada cónyuge** y los que **cada uno de ellos debe a la comunidad** (488).

El criterio general es pautado del siguiente modo: **“La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad”** (491, 1er p). Como ya lo hemos adelantado, si uno de los cónyuges ve menoscabado su patrimonio propio en beneficio de la comunidad, será acreedor de una recompensa a cargo de la comunidad. Y al revés, si el menoscabo es en el patrimonio de la comunidad en beneficio de uno de los cónyuges, éste le deberá una recompensa a la comunidad.

Una primera pauta de aplicación pasa por las **obligaciones contraídas con terceros**. Este aspecto lo hemos tratado específicamente en el punto 3.3.2 al establecer cuáles son las obligaciones que son **cargas de la comunidad** y cuáles son las obligaciones que son **personales de cada cónyuge**. Entonces, **si un cónyuge pagó con fondos propios una obligación de la comunidad, colocará en la columna de su cuenta una acreencia**. Por el contrario, si la comunidad saldó una deuda propia, se colocará en esa misma columna una deuda.

La legislación también nos trae ciertas presunciones. Así, se establece que **“si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad”** (491, 2° p). Por ejemplo, uno de los cónyuges es titular de un automotor, en una determinada situación decide venderlo sin adquirir otro automotor ni tampoco invertir ese dinero en otro bien. En ese caso, **se presume que el monto obtenido fue consumido por el matrimonio** y por ende **genera una recompensa en favor del excónyuge** que vendió el auto.

También se establece que **“si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad”** (491, 3er p). Es decir, uno de los cónyuges es titular de una cierta participación en una sociedad comercial. Sabemos que **las rentas que obtienen los socios** de su participación societaria (ganancias, dividendos) que se produzcan **durante el matrimonio** son calificadas de **gananciales**. Puede suceder que los socios decidan no percibir las sino reinvertirlas en la sociedad aumentando el capital. En ese caso, el **aumento de capital** es calificado de **propio** dado que toma el carácter que tenía la participación societaria, tal



como ya lo hemos adelantado (ver 3.2.2.h.3). Consecuentemente beneficia al cónyuge en detrimento de la comunidad y genera una recompensa en favor de la comunidad y a cargo del cónyuge socio de la sociedad comercial.

#### **b) Prueba de la recompensa**

Quien pretende el reconocimiento de la recompensa, si no cuenta con el asentimiento del otro, es quien tiene a su cargo **acreditar** su existencia (492). Para ello puede ofrecer cualquier medio probatorio.

#### **c) Monto de la recompensa**

Dice la legislación que “El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquella” (493).

Para la **valuación** de las recompensas, “los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación”.

#### **d) Liquidación**

El derecho de recompensa no genera, en principio, un pago que deba hacer uno de los cónyuges al otro, sino que se traduce en imputaciones que deben ser realizadas dentro de las cuentas de la liquidación.

Puede suceder que una vez realizados los cálculos y establecido de cuánto es acreedor o deudor cada cónyuge respecto de la comunidad o la comunidad respecto de cada cónyuge, **haya un saldo en favor de la comunidad**. Es decir, se ha establecido que uno de los cónyuges es deudor de la comunidad porque con un bien ganancial ha cancelado una deuda personal por la suma de \$ 5.000.- Esa suma **debe ser sumada a la masa ganancial**. En otras palabras, el crédito por recompensa en favor de la comunidad debe ser **colacionado** (agregado) a la masa común (495). Claro está que como contrapartida se debitará de la cuenta del cónyuge deudor.

En cambio, es posible que se dé a la inversa, es decir que haya un saldo en favor de uno de los cónyuges, en ese caso el saldo le debe ser atribuido a este sobre la masa común y se debitará de la masa ganancial (495).



Ahora bien, si **la masa ganancial no fuere suficiente**, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro (495, 2° p).

#### 3.5.4. La partición de la comunidad

La partición puede ser solicitada en cualquier momento luego de disuelta la comunidad, excepto que se disponga lo contrario (496).

Como ya adelantamos, la disolución de la comunidad importa la conformación de una **masa de bienes gananciales** que se integra **con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge** (497). Es decir, es la sumatoria de los bienes gananciales de titularidad de uno y de otro y de aquellos comunes. Cuando se utiliza el calificativo “**líquidos**” quiere decir **ya determinados**.

Esa **masa de bienes** tiene que ser **dividida** entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos, o entre los herederos de ambos. **¿En qué proporción se divide?** La legislación establece que se **divide por partes iguales, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales** (498). De ese modo, no tiene importancia si los bienes fueron comprados con fondos gananciales aportados íntegramente por uno de los cónyuges o si uno de ellos tiene una mayor cantidad de bienes propios que han generado frutos para poder comprar esos bienes. **La división siempre será por mitades.**

Si la disolución se produce **por la muerte de uno de los cónyuges**, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante (498). Ahora bien, si todos los interesados, cónyuge sobreviviente y herederos, son personas plenamente capaces, pueden acordar una distribución distinta mediante un convenio.

La **partición** importa una distribución de los bienes, por ejemplo, el departamento de calle tal se atribuye a la esposa, la casa de avenida fulano se atribuye al cónyuge. La legislación prevé que uno de los cónyuges puede **solicitar la atribución preferencial** de ciertos bienes (499):

- ✓ de los bienes amparados por la propiedad intelectual o artística;
- ✓ de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional;
- ✓ del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica;
- ✓ de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad.

Es posible que dichos bienes excedan la porción que le corresponde al



cónyuge que los solicita, en ese caso, ese cónyuge **debe pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos** (499) y, en ese caso, los jueces pueden conceder plazos para el pago en tanto ofrezca garantías suficientes.

La partición, el inventario y división de los bienes se realizan siguiendo las formas prescriptas para la **partición de las herencias** (500). Dichas normas las encontramos en los artículos 2363 a 2423 del Código Civil y Comercial. En lo que aquí interesa destacamos que esa partición puede ser **privada** -ambos cónyuges deben estar presentes y ser plenamente capaces- o **judicial**, extremo al que se recurrirá si alguno de los cónyuges no es plenamente capaz, o si siéndolo ambos no llegan a un acuerdo o si terceros, esgrimiendo un interés legítimo, se oponen a la partición privada (2371).

En muchas ocasiones se recurre a la **homologación judicial** de un acuerdo de inventario, avalúo y partición de bienes, tanto sea en forma directa o como consecuencia de los convenios reguladores presentados en el trámite de divorcio. Ahora bien, las **particiones judiciales contenciosas** -es decir en la que existe conflicto por falta de acuerdo entre los excónyuges- conllevan importantes gastos dado que se deberá recurrir a un **perito inventariador, un tasador y un partidador** -que puede ser la misma persona pero que ostenta funciones distintas- y las costas judiciales que conlleve. En ese sentido, los gastos a que dé lugar el inventario y división de los bienes de la comunidad están a cargo de los cónyuges, o del supérstite y los herederos del premuerto, a prorrata de su participación en los bienes, es decir, en proporción a esa participación (501).

Producida la partición, cada uno de los cónyuges **responde frente a sus acreedores** por las deudas contraídas con anterioridad con **sus bienes propios y la porción que se le adjudicó de los gananciales** (502).

Puede suceder que haya que **liquidar** dos o más comunidades conformadas por una misma persona en forma simultánea. En ese caso, se admite toda clase de pruebas, a falta de inventarios, para determinar la participación de cada una (503). En caso de duda, los bienes se atribuyen a cada una de las comunidades en proporción al tiempo de su duración.

En caso de **bigamia cuando hay buena fe del segundo cónyuge**, el primero tiene derecho a la mitad de los gananciales hasta la disolución de su matrimonio, y el segundo a la mitad de la masa ganancial formada por él y el bigamo hasta la notificación de la demanda de nulidad (504).

#### 4. El régimen de separación de bienes

Una forma gráfica de describir al sistema de separación de bienes es



recurriendo a la frase “lo tuyo es tuyo, lo mío es mío” tantas veces oída. En verdad, como ya hemos adelantado y como insistiremos, no es tan así.

A diferencia del régimen de comunidad, aquí **cada cónyuge conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales** (505).

Sin embargo, el cónyuge titular de la vivienda familiar no puede, sin el **asentimiento del otro**, disponer de los derechos sobre esa vivienda ni tampoco disponer de los muebles indispensables de la misma o transportarlos fuera de la misma (505, 456, ver 2.2.2).

Como podemos ver, ya no tenemos **bienes propios ni bienes gananciales** sino **bienes personales** de cada cónyuge. Ahora bien, aun cuando estemos en este sistema no estamos liberados de la necesidad de **acreditar** que esto que digo es mío, es mío o aquello que decís que es tuyo, es tuyo. Porque **si no puedo acreditar** la propiedad exclusiva de un bien, **se presume que pertenece a ambos cónyuges por mitades** (506, 1er p). ¿Cómo puedo probar la propiedad exclusiva? La legislación nos dice **por todos los medios de prueba** tanto para con el otro cónyuge como respecto de terceros (506, 1er p).

Podemos encontrarnos también con bienes respecto de los cuales ambos cónyuges sean propietarios. Por ejemplo, ambos compraron una vivienda de la que **son propietarios mitad cada uno**. En esos casos, no es posible decir que uno de ellos sea propietario de tal mitad y el otro de la otra mitad, o que uno es propietario de la cocina, el comedor y un dormitorio mientras que el otro es propietario del patio, el garaje y el otro dormitorio. Es decir, **son propietarios de mitades que no se pueden dividir**, al menos por el momento. Esos bienes son llamados “**bienes indivisos**” y en el ejemplo que planteamos se da un derecho real que es **condominio**. Es dable pensar que uno de los cónyuges quiera, en algún momento del matrimonio, **dividir ese condominio**. Puede suceder que la división se pueda practicar físicamente, por ejemplo, son titulares de un lote de importantes dimensiones que puede dividirse en dos, como así también que eso no sea posible. En este último caso la división se materializará liquidando el bien, es decir, vendiéndolo o rematándolo. En esos casos, los jueces pueden **negar la división del condominio si afecta el interés familiar** (506, 2° p).

En materia de **deudas** cada cual **responde por las deudas por él contraídas**, excepto respecto de las contraídas por el otro cónyuge para solventar las **necesidades ordinarias del hogar** o el **sostenimiento y la educación de los hijos**, en las que rige la **responsabilidad solidaria** de ambos cónyuges (505 2° p, 461, ver 2.2.4)

El **cese del régimen** puede darse por **disolución del matrimonio** o por una **modificación hacia el régimen de comunidad** (507). Claro está que **no genera**

la necesidad de **hacer líquidos los bienes ni de partirlos** entre los cónyuges porque en principio cada cual es titular de sus bienes personales. Sin embargo, respecto de los **bienes indivisos**, si los cónyuges no se ponen de acuerdo entre sí o no hay acuerdo con los herederos **-sólo respecto de los bienes indivisos-** se debe proceder del mismo modo que se haría en las **particiones de herencias**, es decir, aplicaríamos aquí el derecho sucesorio (508).

Si la disolución es por **modificación al régimen de comunidad**, debemos recordar que, como ya hemos visto, después de un año de aplicación de uno de los dos sistemas, los cónyuges pueden acordar cambiar hacia el otro sistema. La convención matrimonial se hace por escritura pública y, como ya vimos, debe inscribirse marginalmente en el acta de matrimonio para que produzca efectos respecto de terceros (449, ver 2.1).



## Capítulo V

### Las uniones convivenciales

“¡Yo no sabía que los padres del nenito de acá a la vuelta no están casados!. Viven juntos, nomás”, se suele escuchar. En otras épocas también se ha oído: “Ella se divorció en Paraguay así que, acá, casados no están”. O diálogos como este: “¿Por qué a estas familias le ponés más puntaje que a estas otras, si necesitan la misma vivienda? Porque son matrimonios, estos otros son **concubinos**”.

De acuerdo con la Real Academia Española concubinato es la “relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados” mientras que el adjetivo “marital” se define como “perteneiente o relativo al marido o a la vida conyugal”. Es decir, entonces, no se trata de dos amigos que viven juntos sino de dos personas, en este concepto hombre y mujer, cuya relación es como si fuera conyugal dado que no están casados.

Hasta hace unas décadas, la forma de conformación de una familia aceptada por una enorme mayoría era la que tenía como cimiento al matrimonio, mientras que las otras merecían solo ser comentadas entre susurros y sonrisas cómplices. Con el paso del tiempo y, a partir de la enorme carga negativa que pesa sobre “concubinato”, se fueron incorporando algunos eufemismos tales como “**personas que conviven en aparente matrimonio**”, “**relación o unión de hecho**”, “**relación de pareja**”, entre otras.

En nuestro país, a partir del año 2015, se ha incorporado a nuestro vocabulario normativo la frase “**uniones convivenciales**”, la que, como veremos, pone el acento en el **hecho mismo de la convivencia** y que se estructura en torno a un paralelo con el matrimonio, tal como sucede con la definición de concubinato que más arriba hemos transcritto y con sus eufemismos.

#### 1. Las uniones de hecho a las que se reconocen los efectos de las “uniones convivenciales” conforme al Código Civil y Comercial

Nuestra legislación define a la **unión convivencial** como “la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de **dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común**, sean del mismo o de diferente sexo” (509).

Desde ya que, en nuestra comunidad, existen diversas modalidades por las que se conforma una familia que no se formaliza por el matrimonio. Entre esas



modalidades, la ley realiza un **recorte** y una **opción** por aquellas uniones de hecho que se asemejan al matrimonio y ello lo podemos observar en el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones que estén conformadas por **dos personas** y no por más, como así también en los requisitos que desarrollaremos en el punto siguiente. Sin embargo, ese recorte no importa que el derecho desconozca que en nuestra comunidad puedan existir familias constituidas a partir de la convivencia entre tres, por ejemplo, o personas que conviven con otras que aún no han disuelto su vínculo matrimonial o que tienen familias simultáneas.

El concepto legal también exige que se trate de una convivencia donde haya un **proyecto de vida en común**. Es un tanto difícil buscar una única característica que permita diferenciar este concepto del que deriva de la convivencia de dos amigos, o de dos hermanos, o de una tía con una sobrina. Si tomásemos como parámetro la existencia de relaciones sexuales dejaríamos de lado a uniones que no se construyen sobre la base de estas, por ejemplo, el caso de dos amigos que comparten un techo pero están unidos por un vínculo que va más allá de la amistad. Del mismo modo nos pasaría con otras variables.

La ley exige otros elementos que coadyuvarán para integrar el concepto: que la unión sea **notoria y pública**, es decir que no quede entre las paredes de una vivienda sino que los ámbitos donde esa pareja se mueve entiendan que se trata de una familia conviviente, y que sea **estable y permanente**, no una relación meramente ocasional o momentánea.

Los requisitos que veremos a continuación terminarán de aportar a la comprensión del concepto. Amén de ello, es claro que un elemento indispensable para el reconocimiento de efectos jurídicos reposa en la **convivencia**, en el hecho de la convivencia efectiva, a diferencia del matrimonio que se formaliza por el consentimiento mutuo expresado ante un oficial público.

Entonces, **sin convivencia no hay unión convivencial**. Esta exigencia, que parece razonable, choca con algunas situaciones de personas que deciden estructurar una familia sobre la base de compartir un proyecto de vida en común y con las características propias de una relación conyugal, mas sin convivir, tal como sucede en personas que cuyos hijos ya se han independizado, que cuentan cada uno con medios para sustentar dos viviendas separadas y que deciden mantener su individualidad, pero se reconocen como integrantes de una misma pareja.

Por otra parte, tal como lo adelantamos al iniciar el capítulo sobre Matrimonio, debemos aquí **derribar un mito** que se oye con frecuencia y que forma parte del imaginario social: **el paso del tiempo no transforma una unión convivencial en matrimonio**. Suele afirmarse que luego de pasado tantos años -cinco años, por



ejemplo- “el concubinato se transforma en matrimonio”. Eso no es así. La única posibilidad de lograrlo, si es que no existen impedimentos, es contrayendo matrimonio y sus efectos serán desde la fecha del enlace hacia adelante.

### 1.1. Requisitos

Un aspecto que debemos tener particularmente en cuenta, tal como ya lo adelantamos, es que la unión convivencial es, en sí misma, un hecho. Como vimos en el punto anterior, existen múltiples uniones de personas que, en los hechos, se construyen en función de relaciones afectivas familiares mas el **derecho no le reconocerá a todas ellas los efectos previstos en el Código Civil y Comercial** -que en los puntos siguientes detallaremos- **sino solo a las que cumplan con los requisitos** que a continuación describiremos y que operan como una suerte de **paralelo con los impedimentos matrimoniales** (ver cap. III, 3.1). Esos requisitos son:

- ✓ que “los dos integrantes sean mayores de edad” (510, a), tienen que ser ambos mayores de dieciocho años, aquí se diferencia del matrimonio dado que las personas menores de dieciséis años pueden contraer matrimonio previa dispensa otorgada por los jueces (404, 1er p) y los mayores de esa edad hasta los dieciocho pueden hacerlo con autorización de los representantes legales o dispensa judicial en caso de negativa (404, 1er p, ver cap. III, 3.1.1.b.1). Sin embargo, se ha sostenido que debe calificarse como unión convivencial aquella que se inició antes de cumplir la edad de dieciocho años alguno o ambos integrantes y el plazo de dos años de convivencia se completa luego;
- ✓ que “no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado” (510, b), es decir, no se puede conformar una unión convivencial entre abuelo y nieto, entre madre e hija, ni tampoco entre hermanos; tanto en este requisito como en el siguiente se traza un claro paralelo con el impedimento matrimonial de parentesco (403, a, b, y c, ver cap. III, 3.1.1.a.a);
- ✓ que “no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta” (510, c), es el caso de una persona que estuvo casada con anterioridad y su matrimonio se disolvió por divorcio o por muerte del otro cónyuge que pretende el reconocimiento como unión convivencial a la unión de hecho que ha conformado con la madre de su exesposa, con su suegra, se reitera aquí aquello que refiriéramos al tratar el mismo impedimento en el matrimonio: el parentesco por afinidad subsiste luego de la disolución del matrimonio por divorcio o por muerte (ver cap. VI, 2);

- ✓ que “no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea” (510, d); entonces, no pueden inscribir ni solicitar el reconocimiento de efectos jurídicos como uniones convivenciales quienes aún se encuentren casados o que tengan registrada otra unión convivencial en forma simultánea, más allá de que se encuentren en los hechos separados. Respecto de la subsistencia del matrimonio es posible que aún no hayan tramitado el divorcio o que no hayan inscripto la sentencia de divorcio en el registro civil o la nulidad de ese matrimonio, tales extremos deberán ser purgados antes de petitionar la inscripción, por ejemplo;
- ✓ que “mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años” (510, e), este período mínimo es acreditado, en general, mediante testigos mas se puede recurrir a otros medios probatorios como el domicilio coincidente declarado ante el Registro Nacional de las Personas, contratos de locación de vivienda familiar suscriptos por ambos, servicios contratados en forma conjunta, entre otros.

## 2. Las otras uniones familiares de hecho

En la vida cotidiana podemos encontrarnos con una familia constituida sobre la base de la convivencia entre tres personas, parejas integradas por yerno y suegra, parejas en las que una de las integrantes está casada o tienen otra familia en paralelo y tantas otras modalidades como personas y culturas constituyen nuestra comunidad.

Esas uniones de hecho también se han conformado sobre la base de compartir un proyecto de vida en común, es posible que ostenten notoriedad y no se trate de relaciones ocasionales, mas claramente no cumplimentan con todos los requisitos detallados en el punto anterior.

¿Quiere decir, entonces, que el derecho no les reconoce ningún efecto? No. Tan sólo no tendrán los efectos que el Código Civil y Comercial les reconoce a las que responden íntegramente al concepto y a los requisitos de las uniones convivenciales.

Sin embargo, estas otras uniones de hecho conservan los derechos que las sentencias judiciales y las leyes les fueron reconociendo. Así, podrán pretender el acceso a beneficios previsionales, de acceso a la salud o, laborales, de acuerdo con lo que establecen las leyes de jubilaciones y pensiones, la ley de contratos de trabajo o los convenios colectivos de trabajo, la legislación sobre obras sociales, por ejemplo. En tanto son **familias** también están abarcadas por las normas sobre **violencia familiar o doméstica** y reciben la protección prevista en las mismas (ver cap. XII).

### 3. La prueba de la existencia de una unión convivencial. La registración

La prueba de los hechos suele ser dificultosa, a veces imposible. Lo vemos reiteradamente en las infracciones de tránsito, por ejemplo, cuando no hay un registro de la conducta del automovilista, una fotografía, un video, y todo queda supeditado a lo que vio el inspector municipal. También lo palpamos en los accidentes cuando tenemos algunos testigos que dicen una cosa y otros que afirman lo contrario.

En tanto, como ya dijimos, las uniones convivenciales son esencialmente un hecho, la prueba también está caracterizada por una mayor o menor dificultad para acreditarla.

Así, como ya mencionamos, para acceder a un beneficio previsional, una pensión, por ejemplo, o para incluir a una persona conviviente en la obra social de la otra, se recurre a la declaración de testigos, o a la aportación de los domicilios coincidentes denunciados en el registro de las personas, entre otras pruebas.

En ese orden, la legislación establece que “La unión convivencial **puede acreditarse por cualquier medio de prueba**” (512), y agrega: “la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia”.

Entonces, **¿las uniones convivenciales se registran?** Sí, pero no es obligatoria esa registración. El Código Civil y Comercial permite la registración de las uniones convivenciales **al solo efecto probatorio**, es decir, sin dejar de lado aquellas uniones convivenciales que no se inscriban y que de igual modo se pueda probar su existencia mediante los medios tradicionales comentados en el párrafo anterior. La norma dice: “La **existencia** de la unión convivencial, su **extinción** y los **pactos** que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el **registro** que corresponda a la jurisdicción local, **sólo a los fines probatorios**” (511, 1er p). Sin embargo, luego veremos que la registración es exigida para la protección de la vivienda familiar (ver 5.2.4).

Ahora bien, la inscripción o registración de la unión convivencial **no cambia tu estado civil** y seguís siendo **soltero**, a diferencia del matrimonio en el que sí se modifica.

**¿Cuál es ese registro?** aun cuando el Código Civil y Comercial no lo especifica, sino que refiere únicamente a un registro especial, esta tarea ha sido asumida por **los registros civiles**, los que han instrumentado los mecanismos necesarios para habilitar las registraciones.

Se prevén entonces tres situaciones a ser inscriptas:

- ✓ La **existencia de la unión convivencial**, mediante un pedido formulado por ambos convivientes (511, últ. p). Claro está que para poder ser inscripta debe ser una unión convivencial que cumpla con los requisitos que hemos visto (ver 1.1) y, en función de ello, **no puede hacerse una nueva inscripción si aún subsiste una unión convivencial anterior**, así si dos personas inscriben su unión convivencial, luego se separan, pero no comunican al registro esa separación, cuando intenten inscribir una nueva unión convivencial con otra persona, no podrán hacerlo (511, 2° p).
- ✓ El **cese de la unión convivencial**, que puede ser comunicado por ambos o por uno de los convivientes en los casos que veremos en el punto 6 de este capítulo.
- ✓ Los **pactos de convivencia**, que estudiaremos en el siguiente punto (ver 4.3).

#### 4. Los pactos de convivencia

Las personas que deciden iniciar una vida en común sobre la base de la conformación de una familia pueden hacerlo, desde el punto de vista jurídico, recurriendo a la institución del matrimonio como así también a la convivencia de hecho. Así, hemos escuchado decir “a nosotros no nos hacen falta papeles”, “queremos convivir libremente”. Si bien son múltiples las razones que llevan a las personas a optar por esta última posibilidad, la conservación de la autonomía se muestra como un denominador común.

Nuestra legislación no contenía normas específicas sobre uniones de hecho, sino que, a partir del reconocimiento de derechos por parte de los jueces, se fueron previendo ciertos efectos principalmente en materia previsional y laboral. A partir de 2015, con la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, contamos con un conjunto de normas que buscan regular a las uniones de hecho mas sobre la base de reconocer **la autonomía de la voluntad** de los convivientes.

De ese modo, la ley nos dice que **las normas sobre uniones convivenciales son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes** (513). Sin embargo, esos pactos no pueden dejar de lado un núcleo duro de disposiciones que la ley entiende como basamento de la unión familiar (ver 5).

##### 4.1. Contenido de los pactos de convivencia

Estos acuerdos entre convivientes se denominan **pactos de convivencia**, los que deben ser celebrados **por escrito**.

Un primer aspecto que debe tenerse en cuenta es que estos pactos **“no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial”** (515). De ese modo, y sin perjuicio de lo establecido en el régimen primario o núcleo duro que veremos en el punto 5, es claro que los acuerdos no podrían contener renunciaciones a contraer matrimonio futuro, a profesar o no tal o cual religión, a que las decisiones familiares sean adoptadas por sólo uno de ellos, por ejemplo.

Entre otros aspectos que pueden ser regulados por los pactos de convivencia, se prevén:

- ✓ **“la contribución a las cargas del hogar** durante la vida en común” (514, a), es decir, los gastos necesarios para sustentar la vida cotidiana de una familia, que comprende, por ejemplo, alimentos, la cuota de la escuela y los gastos escolares, el pago del alquiler y de los servicios e incluye también las labores que hay que desarrollar dentro del hogar (ver cap. IV, 2.2.1). Los convivientes pueden establecer cómo cada uno de ellos contribuye con esas cargas, tanto desde el aporte económico como desde el punto de vista de la distribución de tareas, con las limitaciones que veremos en el punto 5.2.2. siguiente;
- ✓ **“la atribución del hogar común, en caso de ruptura”** (514, b), por ejemplo, que quien tenga a su cargo el cuidado de los hijos permanezca en el inmueble donde se asentara la convivencia; deben ser tenidas en cuenta las pautas que desarrollaremos en el punto 7.2. de este capítulo;
- ✓ **“la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia”** (514, c); a diferencia del matrimonio en el que tenemos un régimen básico -el de comunidad de bienes- y uno opcional -el de separación de bienes- en uniones convivenciales, tal como como veremos en el punto 5.1., no hay un sistema normativo preestablecido sino que la regla general es que cada uno de los convivientes administra y dispone libremente de los bienes de su titularidad, con ciertas limitaciones, y al finalizar la convivencia los bienes que ingresaron durante la misma permanecen en el patrimonio del conviviente que los incorporó. Mediante el pacto de convivencia, los convivientes pueden establecer, por ejemplo, que se someterán a un régimen de bienes similar al de comunidad prevista en el ámbito matrimonial y un sistema de distribución por mitades al momento del cese. Asimismo, podrían optar por otros sistemas, como la distribución en proporción a las ganancias obtenidas durante la convivencia, la asignación de porcentajes diferenciados para cada uno, entre otras posibilidades.

## 4.2. Modificación, rescisión y extinción

Los pactos pueden ser **modificados** y también **dejados sin efecto** (rescindir) por medio de nuevos acuerdos suscritos por ambos convivientes. (516)

Por supuesto, la **extinción** del pacto se da con **el cese de la convivencia**, produciéndose ello de pleno derecho entre los convivientes, es decir, por el solo hecho del cese (516, últ. p).

Tanto la modificación, la rescisión y la extinción producen efectos hacia el futuro, sin afectar claro está lo ya sucedido.

## 4.3. Efectos de los pactos de convivencia respecto de terceros

Para que los pactos puedan tener efectos respecto de terceras personas, para que les sean **oponibles**, deben ser **inscritos en el registro de uniones convivenciales**, que como vimos ha sido instrumentado por los registros civiles, y en los **registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos** (517). Es decir, si los pactos incluyen acuerdos vinculados con un inmueble, ese pacto debe ser inscripto también en el **registro de la propiedad inmueble** correspondiente al lugar donde el mismo se ubica. De igual modo, si se incluyen acuerdos por un automotor, en el registro respectivo.

Asimismo, los “efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura” (517, últ. p).

La inscripción hace a la **publicidad** de lo acordado. De lo contrario, ninguna de las personas que pudiese contratar con los convivientes podría tener una noticia cierta de la existencia del acuerdo.

## 5. Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia

### 5.1. Los bienes

En materia de bienes se parte, nuevamente, de la **autonomía de la voluntad de los convivientes** y, de ese modo, se establece que en primer término **rigen las estipulaciones contenidas en los pactos de convivencia** (518, 1er p). Los convivientes, por ejemplo, podrían haber convenido que durante la convivencia se aplicasen las normas de gestión del régimen de comunidad que rige para los matrimonios, tal como vimos en el punto 4.1.

Ahora bien, si no hay pacto o el pacto no hace referencia a bienes, **cada**



**integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad**, con las limitaciones que veremos en el punto 5 para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella. Es decir, cada conviviente se maneja respecto de sus propios bienes, tanto en lo que hace a su gestión como a la posibilidad de enajenarlos, con prescindencia de la opinión y de la voluntad del otro conviviente, con las excepciones mencionadas.

## 5.2. El régimen primario

De un modo similar al que ocurre en el matrimonio, ciertos aspectos de la relación entre los convivientes no pueden ser dejados de lado por los mismos ni tampoco modificados en los pactos de convivencia (513).

### 5.2.1. El deber de asistencia

Los convivientes se deben **asistencia** durante la convivencia (519). Dentro del concepto de **asistencia** incluimos las prestaciones **alimentarias**, la inclusión en las **prestaciones de salud**, el **acompañamiento** en la enfermedad, entre otros aspectos.

Desde ya que todas estas obligaciones **cesan** cuando ya **no hay convivencia**. A diferencia del matrimonio, **no existen obligaciones alimentarias** posteriores al cese de la unión convivencial.

### 5.2.2. Contribución a los gastos del hogar

Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos (520). Tal como hemos dicho al tratar este tema en el capítulo sobre régimen patrimonial del matrimonio esta obligación refiere a la compra de los alimentos, la cuota de la escuela y los gastos escolares, el pago del alquiler y de los servicios como así también a las labores que hay que desarrollar dentro del hogar (ver cap. IV, 2.2.1).

La norma nos remite a lo previsto en materia de matrimonio y en ese sentido se establece que “los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos” (455, 1er p), extendiendo tal obligación a los hijos de uno de los cónyuges que convivan en el hogar y que sean menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad (455, 2° p).

Resaltamos aquí, nuevamente, que la contribución prevista es “**en proporción**



a sus recursos” con lo que habrá de establecerse cuáles son los **ingresos de cada conviviente** y que, conforme la propia ley, “**el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas**” (455 últ. p).

### 5.2.3. Responsabilidad por las deudas frente a terceros

En general, cada conviviente asume personalmente el pago de las deudas que contrae con terceras personas y sus acreedores sólo podrán ir contra el patrimonio de su deudor y no contra el del otro conviviente, tal como sucede en el ámbito matrimonial (461, ver cap. IV, 2.2.4).

Sin embargo, la regla cede cuando se trata de obligaciones contraídas **por uno de ellos** para solventar las **necesidades ordinarias del hogar** u obligaciones contraídas por uno de ellos para **el sostenimiento y la educación de los hijos**, en ese caso los “convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros” (521). Eso tiene como consecuencia que tales **acreedores pueden exigir el pago del total a cualquiera de los cónyuges** (responsabilidad solidaria), **aun contra quien no contrajo la deuda**. El ejemplo más usado es el de la cuota mensual de la escuela de los hijos.



### 5.2.4. Protección de la vivienda familiar



La legislación contiene normas que protegen la vivienda sobre la que se asienta la unión convivencial muy similares a las del régimen patrimonial matrimonial (ver cap. IV, 2.2.2). Sin embargo, esa tutela legal se circunscribe a las **uniones convivenciales inscriptas** dado que, como veremos, se construyen en función de la relación con terceras personas. Amén de ello, debemos tener en cuenta la posibilidad de afectar una vivienda al sistema de protección de la vivienda tradicionalmente conocido como “**bien de familia**” (ver Anexo).

La ley nos dice que “Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, **sin el asentimiento del otro, disponer** de los derechos sobre la **vivienda familiar**, ni de los **muebles indispensables** de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda” (522, 1er p).

Como ya hemos expresado, los **actos de disposición** son aquellos que modifican sustancialmente la situación patrimonial de una persona, como por ejemplo la venta de un bien en la que ese bien sale del patrimonio más allá de la contraprestación que en dinero se reciba.

En el caso que nos ocupa, la ley nos habla de **disposición de derechos** con lo que el concepto se extiende a cualquier derecho que afecte sustancialmente a



la vivienda, como puede ser el **dejar sin efecto el contrato de alquiler**.

Respecto del **asentimiento** nos remitimos al desarrollo que efectuamos a la hora de tratar la protección de la vivienda en el ámbito del matrimonio (ver cap. IV, 2.2.2.a).

Si la oposición del otro conviviente es **infundada**, la ley habilita a los **jueces a autorizar** la disposición del bien **“si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido”** (522, 1er p).

La consecuencia de la falta de asentimiento y de la falta de autorización judicial en su caso, permite al conviviente que no prestó el asentimiento a **“demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia”** (522, 2º, p).

Al igual que en el matrimonio, **“la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”** (522, últ. p). Aquí se ve con claridad la necesidad de la inscripción de la unión convivencial para que este efecto pueda tener lugar en tanto y en cuanto involucra a terceras personas. Si bien es cierto que **la publicidad** de la inscripción es relativa desde el punto de vista de la práctica cotidiana, no es menos cierto que la inscripción aporta una prueba que con cierta facilidad pudo haber obtenido el tercero en un manejo prudente de sus negocios.

## 6. Cese de la convivencia

La unión convivencial **cesa** por:

- ✓ “por la muerte de uno de los convivientes” (523, a);
- ✓ “por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes” (523, b);
- ✓ “por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros” (523, c);
- ✓ “por el matrimonio de los convivientes” (523, d);
- ✓ “por mutuo acuerdo” (523, e);
- ✓ “por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro” (523, f);
- ✓ “por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común” (523, g).

## 7. Los efectos del cese de la convivencia

### 7.1. Compensación económica

Al igual que en el matrimonio, la legislación prevé que una vez 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 (524, 1er p).

Nos remitimos, en general, a lo ya desarrollado al tratar la **compensación económica** en el capítulo sobre matrimonio (ver cap. III, 7.5), con las siguientes adecuaciones:

La compensación puede **ser acordada entre ambos exconvivientes** y si ello no fuere posible también puede ser **reclamada judicialmente** para que sea determinada por los jueces. Esa **acción judicial caduca a los seis meses** de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia que hemos visto en el punto 6 anterior (525, últ. p). Este plazo observa una marcada dificultad en cuanto a establecer el momento en que se inicia al igual que sucede en la propia unión convivencial dado que se trata de situaciones de hecho, tal como ya lo hemos analizado. Excepto los casos de uniones convivenciales inscriptas en las que se haya denunciado al registro el cese de la unión, la dificultad es evidente; y aun en esos casos puede cuestionarse cuál es la fecha real de extinción.

La legislación prevé que la compensación económica 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**” (524, 1er p), diferenciándose así de la compensación económica matrimonial en la que ese plazo puede ser excepcionalmente indeterminado (441). La forma de cancelación puede ser en dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decidan los jueces (524, 2º p).

Para la determinación de la compensación cuando se reclama judicialmente, la ley pauta ciertas circunstancias a ser tenidas en cuenta por los jueces pero que también sirven para que las partes las consideren a la hora de arribar a un acuerdo:

- ✓ “el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión” (525, a);
- ✓ “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” (525, b);

- ✓ “la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos” (525, c);
- ✓ “la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica” (525, d);
- ✓ “la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente” (525, e);
- ✓ “la atribución de la vivienda familiar” (525, f).

Tal como oportunamente lo resaltamos en el ámbito matrimonial, se debe prestar especial atención a establecer la situación al momento de iniciar la convivencia y al finalizar la misma, **como se si tratara de dos fotografías**. Eso permitirá luego sopesar con mayor precisión los restantes criterios que observan una mayor dinámica y que se fueron dando en el devenir de los años de convivencia.

Por otra parte, remarcamos que no se da aquí la incompatibilidad con el reclamo de alimentos de toda necesidad que se da en materia de matrimonio (434, b) dado que no existen obligaciones alimentarias entre convivientes posteriores al cese de la convivencia.

## 7.2. Atribución del uso de la vivienda familiar

También aquí tenemos un esquema similar al que hemos visto para el divorcio (ver un mayor desarrollo en cap. III, 7.4.1). Cuando se produce el cese de la convivencia, los jueces pueden atribuir a uno de los convivientes el uso del inmueble que fuera sede de la unión, en los siguientes supuestos:

- ✓ “si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad” (526, a);
- ✓ “si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata” (526, b).

Estos dos requisitos no están establecidos, con el mismo alcance, respecto de la atribución de vivienda entre cónyuges dado que, en ese caso, puede ser solicitada sin estar sujeta a las limitaciones pautadas para los convivientes (ver cap. III, 7.4).

Debemos resaltar que **la atribución de la vivienda no se relaciona con quién es finalmente su propietario** y que esa atribución del uso puede ser dada al conviviente que no es el dueño en tanto y en cuanto se cumplieren con los requisitos anteriormente establecidos (ver cap. III, 7.4.1).

En este marco, los jueces pueden establecer, a pedido de parte interesada,

una **renta compensatoria** por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda como así también que el inmueble **no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos** o que **el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado** (526, 3er p). Esa decisión sólo produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

Ahora bien, 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” (526, 4° p).

El **plazo de atribución del hogar** no puede exceder de **dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia** y debe ser fijado por los jueces (526, 2° p). Los casos de cese de la convivencia los hemos visto en el punto 6. Encontramos aquí otra diferencia respecto del matrimonio dado que en ese caso el plazo lo establecen los jueces sin un límite máximo (443, ver cap. III, 7.4).

La atribución **cesa** en los siguientes casos:

- ✓ por cumplimiento del plazo fijado por el juez (526, últ. p, 445, a);
- ✓ por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación (526, últ. p, 445, b);
- ✓ por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria (526, últ. p, 445, c, ver también cap. VIII, 6.2.2).

### **7.2.1. Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes**

“Ellos se juntaron apenas él se divorció, pero los hijos nunca se lo perdonaron. Toda una vida viviendo juntos y ahora que él murió sus hijos la echan a la calle como si fuera un trasto viejo”. “La mamá nunca aceptó que su hija viviera con una mujer, dejó de hablarle hace años, ni al entierro fue; le pidió a la chica que se fuera de la casa, ¡con todo lo que ella hizo mientras la hija estuvo enferma!”. Estos relatos no te deben resultar desconocidos, seguramente alguna vez los has escuchado, o los has padecido.

Nuestra legislación, a partir del año 2015, se ha hecho cargo de este problema que muestra, en general claro está, como mínimo ciertas inequidades.

Dice la ley: “El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho

real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas (527, 1er p).

El caso abarcado es el de una pareja de convivientes que cumplen con todos los requisitos de las uniones convivenciales y en la que **uno de ellos muere**. El conviviente **supérstite** es el otro, el que continúa vivo.

El otro supuesto que hace al caso es que ambos convivientes cohabitaban en un inmueble **propiedad del fallecido**. Recordemos que entre convivientes **no hay derechos hereditarios**, es decir, el conviviente supérstite **no es heredero del conviviente fallecido**, a quien llamaremos “**causante**” dado que así es llamado en el derecho sucesorio. Así las cosas. **¿Quiénes tienen derechos sobre ese inmueble?** Los herederos, claro está.

**¿Cómo y cuándo puede el conviviente supérstite repeler los pedidos de devolución del inmueble formulados por los herederos?** Tiene que acreditar los siguientes elementos (527, 1er p):

- ✓ que carece de vivienda propia habitable;
- ✓ o, en su caso, que no cuenta con bienes suficientes que aseguren el acceso a una vivienda;
- ✓ que el inmueble de propiedad del causante constituyó el último hogar familiar;
- ✓ que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas, es decir, que era el conviviente fallecido era el único propietario.

**¿Qué derecho tiene si se dan esas circunstancias?** El derecho a habitar en forma gratuita ese inmueble por un plazo de **dos años**. (527, 1er p). Amén de ello, ese derecho **se extingue** “si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta” (527, últ. p).

Este **derecho real de habitación** –lo de “real” se relaciona con que es un derecho sobre una cosa– sólo puede ser esgrimido frente a los **herederos**, pero no frente a los **acreedores del causante**, para quienes le es **inoponible** (527, 2º p). Así las cosas, si un acreedor del causante ha embargado la propiedad, podrá rematarla o subastarla si tuviere derecho para ello sin tener que aguardar el plazo de dos años.

### 7.3. Distribución de los bienes

El **cese de la unión convivencial** suele acarrear serias dificultades a la hora de

acordar qué hacer con los bienes que se han incorporado durante la convivencia. Nuestra legislación otorga prioridad a aquello que se haya convenido en los **pactos de convivencia** y brinda una pauta general para aquellos que no cuenten con los mismos.

La **regla general**, para aquellos casos en los que los convivientes no suscribieron ningún pacto o aquél que firmaron no contiene cláusulas patrimoniales específicas, es que “los bienes adquiridos durante la convivencia **se mantienen en el patrimonio al que ingresaron**” (528). Vamos a proponer algunos ejemplos:

Dos mujeres comenzaron a convivir en abril de 2003 y se separaron en marzo de 2018; ambas eran abogadas y cada una ejercía la profesión por separado, una era especialista en sociedades y la otra en derecho laboral respectivamente. Con los altibajos propios de la profesión pudieron adquirir un inmueble en condominio -cada una fue titular de una mitad indivisa- donde instalaron sus estudios jurídicos. Por otra parte, la especialista en sociedades obtuvo un crédito y compró un departamento.

Otra situación: hacia mediados de agosto de 2008 dos novios decidieron que uno de ellos se mudase al departamento del otro, no recuerdan bien el día porque se fue dando de a poco, al principio unos días de la semana, luego varios hasta que optaron por pagar un sólo alquiler e iniciar una vida en común. Se separaron el 3 de marzo de 2021. Durante esos casi trece años de convivencia, uno de ellos obtuvo el título de Licenciado en Economía y comenzó a trabajar en una Consultora internacional. Su pareja, por su parte, se consolidó como un prestigioso profesor de teatro y desarrollaba tal actividad en un cierto marco de informalidad. Ambos decidieron comprar una casa que la abonaron en parte con sus ahorros personales y el saldo mediante un crédito hipotecario. El banco le otorgó el crédito al Licenciado en Economía dado que era quien podía acreditar ingresos y, consecuentemente, la titularidad de la casa y la hipoteca quedaron a su nombre. Las cuotas del crédito hipotecario las fueron abonando entre ambos, un mes uno, al otro mes el otro y así sucesivamente.

En el primer caso, si seguimos la regla general, al momento de la separación las exconvivientes serán titulares de una mitad indivisa sobre un inmueble cada una mientras que la especialista en sociedades será la dueña de su departamento. Ahora bien, en el segundo ejemplo y si seguimos la regla general, la casa será del Licenciado mientras que el profesor de teatro se quedará con las manos vacías.

Como podemos observar, la regla general no da una respuesta a las situaciones particulares. En función de ello, la normativa expresa que **esa regla general se aplica “sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al**



**enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder”** (528). Esta previsión de la norma permite a los convivientes efectuar presentaciones judiciales a los fines de lograr el reconocimiento de sus derechos patrimoniales cuando la aplicación de la regla general genere desequilibrios como los que pueden vislumbrarse en el ejemplo.

La problemática planteada no es novedosa en el derecho y, al respecto, ha existido una evolución jurídica que partió de la falta de reconocimiento de todo derecho -si los concubinos prescinden de la ley, pues la ley se desinteresa de ellos, dijo Napoleón- a una progresiva apertura hacia la ponderación de las situaciones reales y el ajuste de la interpretación de las leyes para no generar inequidades.

La legislación puntualiza dos elementos concretos (el “enriquecimiento sin causa” y la “interposición de personas”) y uno genérico (“otros que pudieren corresponder”).

Sobre el **enriquecimiento sin causa** hemos hablado al abordar la ruptura de los esponsales, es decir, las consecuencias patrimoniales que puede acarrear no cumplir con el compromiso de casarse, en el capítulo sobre matrimonio (cap. III, 2) y dábamos como ejemplo el caso de uno de los novios que canceló una deuda del inmueble propiedad del otro novio donde convivirían luego del matrimonio -por impuestos, tasas, expensas por ejemplo- y luego no se casaron, donde es claro que ello benefició al otro novio y perjudicó al que pagó, el gasto lo hizo teniendo en cuenta el matrimonio futuro pero no como una donación, con lo que podría reclamar la restitución de esos montos. La ley, en el ámbito de las obligaciones en general, establece que “toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido” (1794, 1er p). Ahora bien, debemos tener en cuenta que la **acción de enriquecimiento sin causa** no procede si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra vía para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido (1795). Sin perjuicio de ello, es una figura a la que se recurre con frecuencia en búsqueda de recuperar o de obtener el reintegro de las sumas dispensadas en favor del otro conviviente.

Cuando en una compraventa, por ejemplo, el vendedor desconoce que el comprador no es la persona que realmente adquiere o que no es la única persona que compra. En ese caso hablamos de **interposición de personas** tal como puede observarse en el ejemplo del Licenciado y del Profesor de Teatro. Quien vendió la casa al Licenciado desconocía que en verdad la compra estaba siendo realizada por ese comprador y por otra persona más. El conflicto se reduce a los exconvivientes sin abarcar al vendedor. Así, el profesor deberá probar que efectuó los aportes iniciales y que abonaron en conjunto las cuotas

del crédito hipotecario, entre otros extremos. Puede darse el caso también que la compra se haya efectuado “figurando” como comprador una tercera persona, un **testaferro**. Allí la situación cambia dado que habrá de atacarse el acto de compraventa en sí mismo dado que se estaría frente a un acto **simulado**.

Como no podría ser de otro modo, la norma tiene una **válvula de escape** que habilita a recurrir a otros institutos jurídicos para intentar encuadrar en los mismos las múltiples variables que pueden darse en la vida cotidiana. En muchos casos, los esfuerzos comunes realizados por los convivientes no son receptados por los distintos institutos que tiene previsto el derecho. Para poder acreditar esa participación en común en la incorporación de bienes se fueron barajando diversos argumentos. Quizá el más conocido fue -y aún se alega- el de la conformación de una **sociedad de hecho**, en los términos de la antigua **ley de sociedades comerciales**. Para ello, se exigía acreditar que había existido tal sociedad y, esencialmente, los **aportes efectivos** que cada conviviente había efectuado a la misma. Desde ya que la aplicación de esta **teoría** obligaba a moverse dentro del ámbito del derecho mercantil y dejaba afuera de su cobertura a aquellos casos en los que no había ningún aporte concreto que acreditar como suele darse con quienes se han dedicado exclusivamente a las tareas del hogar. A partir de esas carencias se recurrieron a otros argumentos tales como la constitución de una **comunidad de intereses entre los convivientes**, a la aplicación de las normas de división de condominio, colaboración empresaria, contratos asociativos, entre otras.

Finalmente, corresponde reiterar que estas dificultades las tendremos en aquellos casos donde no exista pacto de convivencia y donde, además, la incorporación de bienes y su gestión se haya dado en un marco de cierta informalidad. En ese sentido, si los exconvivientes formaron una sociedad dedicada a la compraventa minorista, por ejemplo, un almacén, una carnicería, una verdulería, o tenían en común la explotación del servicio de remisería, los eventuales conflictos que se susciten se ventilarán en el marco correspondiente a cada uno de esos emprendimientos comerciales. De igual modo, y tal como lo vimos en uno de los ejemplos anteriores, si se buscara dividir un condominio se deberá recurrir a las normas del condominio sin necesidad de asirse de argumentos relacionados con el lapso de convivencia.

## 8. Las uniones convivenciales y los casos vinculados con países extranjeros

Al igual que vimos en materia de matrimonio (cap. III, 8) se pueden suscitar conflictos jurídicos por la conformación de una unión convivencial en el extranjero cuyos efectos se ventilen ante los jueces de nuestro país o a la inversa.

Debemos recordar que la unión convivencial es, sustancialmente, una situación de hecho. En función de ello, y para esos casos, nuestra legislación ha previsto que “las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado” (2627), mientras que el derecho que se aplicará al caso será el “del Estado en donde se pretenda hacer valer” (2628).



## Capítulo VI

### El parentesco

#### 1. ¿Qué es el parentesco?

Las palabras **mamá, papá, hija, abuela, bisabuelo, hermana, tío, prima, primo hermano, prima segunda, papá del corazón, hija adoptiva, ahijada, primo lejano o pariente lejano, suegra, consuegro**, forman parte de nuestro vocabulario cotidiano y las escuchamos desde que nacemos, quizá antes también.

Sin embargo, el significado que le damos a cada una de ellas no siempre es el mismo, aun cuando podamos pensar que tienen uno solo. Es cierto que **abuela** es la mamá de mi papá o de mi mamá y que su mamá es mi **bisabuela**, mas es posible que alguien le diga “abuela” a la compañera de su abuelo, aun cuando no haya habido ningún lazo de sangre entre ambos. Otras veces la palabra “abuelo” es utilizada equivocadamente como sinónimo de persona anciana y así sucede con muchos de estos vocablos.

Llamamos **suegro y suegra** al padre y madre de nuestra esposa, esposo o conviviente y, en general, a sus parientes los llamamos **parientes políticos** utilizando en mayor o menor medida los mismos vocablos que usamos para nuestros **parientes de sangre**.

En algunas ocasiones no sabemos cuál es la palabra adecuada para definir a una persona respecto de nosotros y en otras utilizamos vocablos que en otros países, o aun dentro de nuestro mismo país, no tienen el mismo significado. Así, llamamos **primos hermanos** a los hijos de nuestros tíos y a sus hijos solemos llamarlos **primos segundos**. Sin embargo, en el Diccionario de la Real Academia Española, **primo segundo** significa “hijo del tío segundo de una persona” y **tío segundo** es “primo de uno de los padres de una persona”. El mismo diccionario define a “**sobrino segundo**” como “hijo del primo de una persona”. En verdad, cuando ya no encontramos la palabra adecuada para calificar la relación con otra persona recurrimos a “**pariente lejano**” aunque a veces son más cercanos de lo que pensábamos.

También forman parte de nuestro vocabulario palabras como **relaciones sexuales, coito, concepción, fecundación, embarazo**, y también algunos sinónimos por todos conocidos y de uso más coloquial. Antes o después

conocemos que a los bebés no los trae la cigüeña y que un embarazo, en general, es consecuencia de una relación sexual.

A veces, usamos algunos vocablos “**papá del corazón**” para referirnos a un **papá adoptivo** o “**segunda mamá**” para hablar de alguien que ha desempeñado en nuestra vida un rol similar al de nuestra madre. En otras ocasiones, nos hemos enterado de que una persona muy conocida no es hija de quienes pensábamos que eran sus padres, sino que la habían **criado como tal**. También es posible que algún amigo, conocido o nosotros mismos hayamos sabido que quienes dijeron ser nuestros padres no lo fueron, sino que nos “**anotaron como propios**”.

Pues bien, este conjunto de vocablos y sus significados para esta parte del mundo y en estas primeras décadas del siglo XXI, forman parte de lo que llamamos los **vínculos de parentesco**.

Desde el punto de vista del derecho, nuestra legislación define al **parentesco** como “**el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad**” (529, 1er p).

## **2. ¿Cómo se origina el parentesco? Parentesco por naturaleza, por TRHA, por adopción y por afinidad**

Como podemos leer en la definición legal que transcribimos en el último párrafo, tenemos cuatro posibles fuentes del parentesco: la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad.

El parentesco que se origina en **la naturaleza** es el que ha sido conocido desde las primeras comunidades de seres humanos y se constituye a partir de las relaciones sexuales.

Sobre las **técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)** vamos a ampliar en el capítulo siguiente (puntos 1.4.3 y 2) pero podemos adelantar que son aquellos “procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo” (L. 26.682, art. 2).

También dedicaremos un capítulo específico para abordar la problemática de la **adopción** (capítulo VIII) pero, en lo que aquí nos interesa, podemos referirnos a un vínculo jurídico creado mediante una sentencia judicial por el que ciertos niños, niñas y adolescentes han sido declarados hijos de una o dos personas que no son sus padres biológicos. En lo que hace específicamente al parentesco, la normativa nos dice que en los casos de **adopción plena** el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo del adoptante con todos los parientes de éste” (535 1er p, ver cap. VIII, 6.1) mientras que en los casos de **adopción simple**

solo se “crea vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante” (535 2° p, ver cap. VIII, 6.2). La normativa agrega que “en ambos casos el parentesco se crea con los límites determinados por este Código y la decisión judicial que dispone la adopción” (535 3er p). Al respecto, la actual legislación faculta a los jueces a flexibilizar ambos tipos de adopción (621) en tanto permite conservar algunos vínculos filiales con la familia de origen en la adopción plena (ver cap. VIII, 6.1.2) y trazar nuevos con la familia del adoptante en la adopción simple (ver cap. VIII, 6.2.3).

Nuestra legislación nos dice que cuando se refiera al “**parentesco**”, así, sin otro aditamento, “a secas”, se debe interpretar que lo hace respecto del originado en estas tres fuentes recién comentadas: naturaleza, TRHA y adopción. Los términos de la ley son los siguientes: “Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral” (529, 2° p).

Finalmente, el **parentesco por afinidad** se origina en el matrimonio y es “el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge” (536 1er p). Este tipo de parentesco “no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro” (535, últ. p), es decir, el único vínculo creado es entre el cónyuge y los parientes de su cónyuge, pero no entre los parientes de uno y otro entre sí. Así, por ejemplo, los “consuegros” no son parientes entre sí. Aquí no se da la equiparación que comentamos en el párrafo anterior dado que responde a un origen distinto y tiene consecuencias jurídicas acotadas a ciertos casos en particular.

El **parentesco por afinidad** tiene algunas peculiaridades que conviene destacar. Como hemos visto, no genera los mismos efectos que están previstos para el parentesco por naturaleza, por TRHA o por adopción. Su implicancia jurídica se traduce en ser fuente de algunos derechos o en alzar obstáculos para el ejercicio de otros. Un ejemplo claro de esos obstáculos lo hemos observado al tratar los **impedimentos matrimoniales**. El parentesco por afinidad en línea recta y en todos los grados es un **impedimento no dispensable ni convalidable** para la celebración del matrimonio (ver cap. III, 3.1.1), es decir, no podés contraer matrimonio con la madre de tu difunta esposa. Esta disposición permite comprender que **el parentesco por afinidad subsiste aun luego de la muerte de uno de los cónyuges o del divorcio**. La nulidad del matrimonio extingue el parentesco por afinidad, si bien aún algunas voces entienden que aun así subsistiría.

En otro orden, debemos puntualizar que **las uniones convivenciales no generan vínculos de parentesco**.

### 3. El árbol del parentesco

Al inicio de este capítulo hicimos un relevamiento, un poco desordenado e incompleto, de palabras con las que nos referimos a las relaciones que conforman al parentesco y en ese conjunto podemos intuir que algunas tienen un vínculo directo entre sí y otras no.

Al menos en nuestro medio nos es claro que no tiene el mismo vínculo un hijo con su madre que un yerno con su suegra. Aun en las películas estadounidenses en las que algunos yernos tratan de “mamá” a la madre de su esposa, primero le piden autorización para dispensarle tal trato. Nada de eso se nos ocurriría con nuestra propia madre.

También sabemos, o al menos lo inferimos, que no están en igual situación el hijo con su padre que ese mismo hijo con su hermano, es decir, con el hijo de su padre.

Todas estas distinciones las hemos visto representadas en el más que conocido “árbol genealógico” y también las haríamos espontáneamente si tratásemos de dibujar un gráfico de nuestra propia familia.

En el derecho esa representación gráfica la vamos a reflejar mediante un sistema de **líneas y grados** (530).

La normativa dice que **grado** es el “vínculo entre dos personas que pertenecen a generaciones sucesivas” (530, a). Por ejemplo, el padre y el hijo están en primer grado porque tengo sólo una generación entre ambos. En cambio, el abuelo y el nieto están en segundo grado dado que allí hay ya dos generaciones.

La **línea** es una “serie no interrumpida de grados” (530, b). Por ejemplo, abuela-madre-hija-nieta-bisnieta es una línea que para el caso es una **línea recta** dado que une a ascendientes con descendientes (532). Desde el punto de vista de cada uno de nosotros, nuestros padres, abuelos, bisabuelos son nuestros ascendientes mientras que nuestros hijos, nietos, bisnietos son nuestros descendientes.

Retomemos el ejemplo inicial del párrafo anterior: si la abuela hubiese tenido otra hija se abriría una **línea colateral** que es la que “une a los descendientes de un tronco común” (532). Claro está que si son más de un hijo se abrirán tantas líneas colaterales como hijos haya.

Este último caso -la abuela que tuvo dos hijos- nos permite observar que desde la abuela se abrieron al menos dos líneas, una por cada hijo. La normativa denomina a la abuela del ejemplo como el **tronco** común de ambas líneas. Es decir, el “ascendiente del cual parten dos o más líneas” (530, c).



Finalmente denominamos **rama** “a la línea en relación a su origen”, es decir son aquellas líneas que parten de un mismo tronco (530, d).

#### 4. ¿Cómo se computan los grados?

En nuestra vida de todos los días hemos escuchado hablar de “parientes colaterales”, “hasta el cuarto grado de consanguinidad”, “hermanos bilaterales”, los “ascendientes”, los “descendientes”. Quizá, en algunas ocasiones, se haya vuelto un tanto dificultoso especificar de qué parientes se estaba hablando.

Todos estos vocablos (grado, ascendientes, descendientes, colaterales, hermanos bilaterales, unilaterales) tienen una marcada importancia en tanto repercuten nítidamente sobre nuestros derechos. Vamos a enumerar algunas de esas repercusiones jurídicas:

Al tratar sobre el juicio de restricción a la capacidad o de declaración de incapacidad hemos expuesto que la ley legitima para iniciarlo a los parientes dentro del cuarto grado o los parientes por afinidad dentro del segundo grado, entre otros (33, ver cap. I, 5.1.3.a).

En el capítulo sobre Matrimonio hemos visto que el parentesco puede operar como un impedimento para la celebración del matrimonio (cap. III, 3.1.a.1). Así, los parientes “en línea recta en todos los grados” no pueden casarse entre sí –la hija con el abuelo, por ejemplo- ni tampoco “los hermanos bilaterales y unilaterales” o los parientes por “afinidad en línea recta en todos los grados” (403) –la suegra con su yerno- como ya mencionáramos. Por otra parte, la oposición a la celebración del matrimonio puede ser formulada por ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos, entre otras personas (411, ver cap. III, 3.2.2).

También en uniones convivenciales existen estos límites en tanto no se reconoce efectos jurídicos a las uniones conformadas por personas “unidas por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado” o “por afinidad en línea recta” (510, ver cap. V, 1.1).

Los parientes que se deben alimentos entre sí son “los ascendientes y descendientes” y entre ellos preferentemente “los más próximos en grado” y los “hermanos bilaterales y unilaterales” (537, ver cap. X, 2.1), mientras que el derecho a la debida comunicación debe ser permitido a ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado (555, ver cap. XI, 2.1.1).

En acciones de filiación se prevé también que ante “la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden



realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos” (579, ver cap. VII, 4.4.1).

Por otra parte, en el derecho hereditario cuando la persona que fallece no deja testamento los herederos legítimos son los descendientes del causante, sus ascendientes, el cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive (2424) y el cómputo de grados es sustancial en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y de los colaterales.

Muchas otras normas podrían ser sumadas a estos ejemplos, normas en las que se otorgan o se limitan derechos en función de una cierta situación de parentesco, como sucede en el derecho previsional (jubilaciones y pensiones), en el derecho laboral, en las prestaciones de salud, en derecho penal (agravantes de las penas, por ejemplo).

No cabe duda alguna, entonces, acerca de la importancia de estos conceptos tal como lo adelantáramos. Veamos:

En primer término, tenemos que establecer en qué tipo de línea nos encontramos ubicados. Si se trata de una **línea recta** nos vamos a encontrar con tantos grados como generaciones haya (533). Así, si partimos de un padre, su hijo está en primer grado, su nieto en segundo grado, su bisnieto en tercer grado, su tataranieto en cuarto grado, su chozno en quinto grado y así sucesivamente.

Ahora bien, si estamos frente a una **línea colateral** los grados se contarán “por generaciones, sumando el número de grados que hay en cada rama entre cada una de las personas cuyo parentesco se quiere computar y el ascendiente común” (533). Veamos: quiero saber en qué grado de parentesco está mi primo hermano. ¿Cuál es nuestro tronco común? Pues bien, nuestra abuela dado que es la madre de nuestras madres. Se trata entonces de una línea colateral. Para hacer el cómputo debo subir hasta mi padre (un grado), luego hasta mi abuela (dos grados), luego voy hacia mi tía (tres grados) y llego finalmente a mi primo (cuatro grados). Entonces, mi primo hermano está en **cuarto grado de la línea colateral**, mientras que mi tía en **el tercero**.

Los **hermanos** están en segundo grado de la línea colateral. Pueden ser **hermanos bilaterales** o **unilaterales**. Son **bilaterales** aquellos que tienen los mismos padres (534) mientras que son **unilaterales** quienes “proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro”, es decir, tienen el mismo padre, pero distintas madres o la misma madre pero distintos padres, por ejemplo.

El **parentesco por afinidad** “se computa por el número de grados en que el cónyuge se encuentra respecto de esos parientes” (536 2° p). Es decir, para realizar el cómputo solo es necesario colocar al cónyuge en el lugar del árbol



que le corresponde a su cónyuge en su familia; así, la suegra estará en primer grado respecto de su yerno, por ejemplo.

## **5. Derechos y deberes de los parientes**

### **5.1. Alimentos**

Los derechos y obligaciones alimentarias entre parientes los desarrollaremos en el Capítulo X específicamente en el punto 2.

### **5.2. Derecho de comunicación**

El derecho a la comunicación entre parientes lo abordaremos en el Capítulo XI.



## Capítulo VII

### La filiación

#### 1. Introducción

##### 1.1. Las tres fuentes de la filiación

Los vocablos “**mamá**” o “**papá**” suelen estar, en la enorme mayoría de los casos, entre los primeros que de niños comenzamos a balbucear. Quizá por reposar en la base de nuestra cultura dan la sensación de no requerir demasiadas explicaciones, más aún si lo pensamos desde el punto de vista de los hijos nacidos como consecuencia de las relaciones sexuales que sus padres mantuvieron. Sin embargo, ni siquiera en tales casos el concepto de madre, padre e hijo están desligados de la cultura en la que son expresados.

Entonces, debemos establecer qué entendemos por madre, qué entendemos por padre y qué entendemos por hijo o hija en nuestra actual comunidad y cómo el derecho lo refleja. Amén de ello, podemos decir que al lazo existente entre una madre o un padre y sus hijos, y viceversa, lo llamamos “**vínculo filiatorio**”.

Las distintas culturas han establecido diferentes modalidades de atribución de la paternidad y de la maternidad y, consecuentemente, del vínculo filiatorio. La filiación establecida a partir de las relaciones sexuales forma parte de todas las culturas mas no todas le han impreso el mismo alcance. Desde la perspectiva de nuestra cultura occidental y en materia de ese tipo de filiación, fueron necesarias ciertas presunciones especialmente para la atribución de la paternidad. De ese modo, se consideraba hijo del esposo a los nacidos dentro del matrimonio y hasta tanto tiempo de su disolución, o se entendía, sin lugar a duda, que la madre era quien había parido al hijo, mas ello también importaba la presencia de alguien que permitiera establecer que tal mujer había dado a luz a ese niño. Han existido también otras formas de filiación donde el elemento cultural aparece con mayor notoriedad como es el caso de la adopción del hijo biológico de otra persona.

Hoy en día, si bien el sistema de presunciones sigue estando vigente tal como luego lo veremos, existen otras formas de trazar vínculos filiatorios y de verificar si una persona es o no el hijo de otra.

Como hemos visto, una forma básica de establecer un vínculo filiatorio se



origina en las relaciones sexuales. Dichas relaciones entre dos personas pueden derivar en la unión entre un espermatozoide y un óvulo, la implantación natural del embrión en el útero y finalmente culminar en el nacimiento de un niño. Conforme nuestra legislación se la denomina **filiación por naturaleza**.

Algunas personas, por diversas razones, no pueden concebir a partir de relaciones sexuales. Los avances científicos han permitido, en muchos casos, superar esos obstáculos y viabilizar la concepción mediante el uso de ciertas técnicas, por ejemplo, la inseminación artificial y la fecundación in vitro. A esta filiación se la llama jurídicamente **filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)**.

La tercera forma de filiación prevista en nuestra legislación es la llamada **filiación por adopción o filiación adoptiva**, a la que dedicaremos un capítulo por separado.

En síntesis, nuestro derecho reconoce tres fuentes de filiación: por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción (558).

## 1.2. Igualdad de efectos

Tanto la filiación por **naturaleza**, como la derivada de las **TRHA** y la establecida por **adopción plena**, como así también aquella que se da **dentro del matrimonio** (filiación matrimonial) o **fuera de él** (filiación extramatrimonial), surten los mismos efectos (558 2° p). Veremos luego que la **adopción plena**, a diferencia de la **adopción simple**, extingue en general los vínculos filiatorios biológicos con la familia de origen y traza vínculos con toda la familia de los adoptantes (620, 1er p).

También la legislación prevé que **el certificado de nacimiento** que expide el registro civil debe estar redactado de modo tal que no pueda establecerse de su mera lectura si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada (559).

## 1.3. Doble vínculo filiatorio

De acuerdo con nuestra legislación ninguno de nosotros puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación (558 3er p). Es decir, puedo tener un vínculo filiatorio con mi mamá y otro con mi papá, o sólo con mi mamá porque se desconoce quién es mi papá, o también puedo tener dos mamás o dos papás, pero no una mamá y dos papás, o tres mamás.

Una consecuencia de este principio es la obligación de **impugnar un vínculo filiatorio ya establecido para poder generar uno nuevo**. Ello lo vemos con



claridad cuando la paternidad de una persona ha sido reconocida por quien no es su padre biológico y se desea establecer la verdadera paternidad, donde necesariamente hay que impugnar en primer término el vínculo ya vigente para poder emplazar el nuevo lazo filiatorio.

Sin embargo, **esta limitación a solo un doble vínculo filial está siendo severamente cuestionada**. Ya con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial (1/8/2015) se había registrado una decisión administrativa dispuesta por el registro civil de la Provincia de Buenos Aires en un caso donde se admitió la existencia de dos madres y un padre (quien aportara los gametos masculinos), y otro similar en el registro civil de la Ciudad de Buenos Aires. Posteriormente, se han dictado algunos fallos judiciales donde también fue admitido un triple vínculo filiatorio, declarando la inconstitucionalidad del límite a sólo un doble vínculo. Otros fallos han sido contrarios a tal declaración. En el Capítulo VIII “La Adopción” (6.1.2) vamos a ver que los jueces pueden mantener vínculos filiatorios con la familia biológica en adopciones plenas y, siguiendo tal facultad, se ha resuelto -en una adopción de integración- no disolver el vínculo con el padre biológico, con lo que, en sustancia, la persona adoptada tiene vínculos filiales con su padre adoptivo, su padre biológico y su madre.

#### 1.4. Algunos aspectos para tener especialmente en cuenta

Para el desarrollo de este tema debemos tener especialmente en cuenta algunos aspectos que le aportan cierta complejidad y que han **obligado a la ley a dar una respuesta** para superarla.

Vamos a identificar tres problemáticas a las que la ley da una respuesta expresa: la del matrimonio igualitario, la de identidad de género y las posibilidades que brindan las modernas técnicas de reproducción.

Plantearemos el problema y luego específicamente veremos las soluciones normativas:

##### 1.4.1. El matrimonio igualitario

Nuestro país admite, desde el año 2010, el matrimonio entre personas de distinto o idéntico sexo. Como hemos expuesto en el capítulo sobre Matrimonio no existen ningún tipo de diferencias jurídicas entre ambos (ver cap. III, 1).

La normativa vigente, en términos generales, ha pautado la igualdad de los hijos tanto sean habidos dentro del matrimonio o por fuera de él. Es decir, **los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales tienen los mismos derechos**.

Lo mismo ocurre respecto de los hijos habidos en un matrimonio entre personas de distinto sexo respecto de los hijos de un matrimonio entre personas de un mismo sexo.

Si bien un matrimonio heterosexual puede enfrentarse a ciertos problemas a la hora de concebir un hijo, es claro que en los matrimonios homosexuales no existe la posibilidad de concebir naturalmente. Es decir, dos personas de sexo biológico femenino o dos personas de sexo biológico masculino **no pueden biológicamente concebir**. Sin embargo, **sí pueden tener hijos**, como sucede en la **adopción**. Ahora bien, no puede desconocerse que en el caso de personas de sexo biológico femenino **una de ellas puede llevar adelante un embarazo** y por ende dar a luz un hijo, extremo que no se da en el matrimonio entre dos varones. Ese hijo, en tanto nace en el seno de una familia matrimonial, **se presume hijo de la otra cónyuge, pero genéticamente es hijo de quien aportó el espermatozoide**.

#### 1.4.2. La identidad de género

En materia de filiación tenemos que diferenciar, sin duda alguna, ciertos elementos duros provenientes de la biología, de aquellas aristas relacionadas a cómo concibe nuestra comunidad las relaciones filiales y los roles que cada uno desarrolla en tales relaciones.

Así, un embrión se forma luego de la unión de un espermatozoide y de un óvulo y, al menos hasta hoy, los espermatozoides son provistos por seres humanos de sexo genético masculino y los óvulos por seres humanos de sexo genético femenino. En este último ser humano -es decir de sexo genético femenino- se produce la concepción, se desarrolla el embarazo y posteriormente el parto.

Como hemos expresado al inicio de este capítulo, hasta hace unas pocas décadas tales roles se identificaban con un hombre y con una mujer, sin que pudiese existir otra chance tanto sea desde una perspectiva social y menos aún jurídica.

Nuestra actual legislación reconoce el derecho a la **identidad de género** y la define como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo” y agrega que “Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (L. 26.743, art. 2).



Esta misma normativa permite que una persona pueda solicitar **la rectificación del sexo atribuido** en su partida de nacimiento por aquél con el cual se autopercibe, como así también a **modificar su nombre** en consecuencia, **sin que le sea exigible que se haya sometido a una intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial**, ni tampoco que acredite la realización de terapias hormonales, tratamiento médico o psicológico alguno (L. 26.743, 3, 4).

Cuando nace una persona se le asigna un sexo que coincide con sus características externas y será hombre o mujer. Excepto situaciones muy particulares, ese sexo consignado en la partida de nacimiento se corresponderá con el sexo genético y con las características biológicas generales correspondientes al mismo. Ahora bien, tal como vimos y sin perjuicio de otras variables, es posible que una persona, por ejemplo, **de sexo masculino opte por rectificar su partida de nacimiento y consignar sexo femenino** en función de su género autopercebido y también modificar su nombre y, a la inversa, es posible que una persona **de sexo femenino realice la misma acción en procura de hacer constar que es de sexo masculino** en tanto ello es conteste con el género en el que se autopercibe.

Así las cosas, un hombre -jurídicamente hombre- puede tener útero, desarrollar un embarazo y dar a luz y una mujer -jurídicamente mujer- puede tener relaciones sexuales con una persona de sexo genético femenino y concebir un niño. En función de este esquema se habla de **persona gestante** y no únicamente de **mujer gestante**.

### 1.4.3. Las técnicas de reproducción

Cuando en este libro hagamos referencia a las técnicas de reproducción, en sí mismas consideradas, lo haremos desde una mirada meramente descriptiva o explicativa en tanto y en cuanto no somos especialistas en la materia ni científicos de tales áreas.

Los avances de la ciencia han permitido superar, en gran medida, las dificultades que algunas personas tienen para poder concebir un hijo.

Nuestra legislación define como **reproducción médicamente asistida** a “los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo” (L. 26.682, art. 2) y diferencia **técnicas de baja y alta complejidad**, como así también la posibilidad de **donación de gametos y/o embriones**.

La reglamentación de la ley define a las **técnicas de baja complejidad** como “a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en

el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante”. Por otra parte, las de **alta complejidad** son referidas como “aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos”.

Desde el punto de vista de la filiación, la complejidad jurídica aparece no tanto en las técnicas en sí mismas sino en la posibilidad de utilización de **espermatozoides u óvulos donados por terceros**. A los espermatozoides y óvulos los denominaremos **gametos** que son las células reproductoras tanto masculinas como femeninas.

Cuando los gametos provienen de la misma pareja, es decir son los progenitores quienes aportan espermatozoide y óvulo, estaremos frente a una técnica de reproducción **homóloga**, mientras que si al menos uno de los gametos es aportado por un tercero la técnica será **heteróloga**.

La complejidad jurídica surge a la vista en las **técnicas heterólogas** a partir de la falta de correspondencia entre los datos genéticos del hijo y los datos genéticos de al menos uno de sus progenitores. Un ejemplo marcará con claridad la situación jurídica a ser resuelta: dos mujeres deciden tener un hijo y para ello deciden recurrir a **la fecundación in vitro mediante espermatozoides donados por un tercero y el óvulo de una de ellas, el embrión se implantará en la otra mujer quien llevará adelante el embarazo**. Es claro que si luego se hiciese una prueba de ADN al niño resultará que -genéticamente- no es hijo de quien le dio a luz.

Analizaremos, entonces, con mayor detenimiento, las soluciones brindadas por la legislación a la filiación por TRHA.

## 2. La filiación por técnicas de reproducción humana asistida

### 2.1. La voluntad procreacional

Vimos en el punto anterior que es posible que para la fecundación de un embrión se utilicen gametos de personas ajenas a la pareja, es decir espermatozoide u óvulo de una tercera persona. En tanto el derecho argentino ha optado por brindarle efectos jurídicos filiatorios a dicha posibilidad, deben

establecerse normas muy claras acerca de la determinación de quién es el padre, la madre o las madres.

La falta de correspondencia entre los datos genéticos de los hijos respecto de sus padres **no es exclusiva de la filiación por TRHA**, también lo vemos en la **filiación adoptiva**. Sin embargo, en esta última el vínculo jurídico se establece con el hijo de otras personas, gestado por otras personas y sin que haya existido una voluntad expresa de ser padres o madres de ese niño en particular al momento de su concepción. Por el contrario, en la filiación por TRHA, quienes serán padres o madres han tenido la decisión de gestar a ese niño, tanto sea aportando su propio material genético o mediante el material genético de un tercero.

Tomando en cuenta ese deseo de ser progenitores, el eje fundamental que la legislación ha tenido en cuenta es la **voluntad procreacional**. Claramente se establece que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos **de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo**, informado y libre... debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, **con independencia de quién haya aportado los gametos**” (562).

Así, si los gametos han sido donados por terceros **el niño será hijo de quienes previamente manifestaron su voluntad procreacional y no de quien aportó los gametos**.

Entonces, cuando se utilizan TRHA, en la voluntad procreacional se funda todo el sistema de atribución del carácter de hijo o hija de tal padre o de tal madre. Su importancia jurídica aparece manifiesta y nos lleva a preguntarnos **¿cómo se acredita la voluntad procreacional?**

Pues bien, la legislación indica las formas que deben observarse para prestar **el consentimiento para la realización de técnicas de reproducción humana asistida**. Dice la ley: “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida” (560) para luego agregar que “La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior **protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria** correspondiente a la jurisdicción” (561). A estos fines, el consentimiento informado que ostenta relevancia es aquél relacionado con una TRHA que ha derivado en la concepción y que deberá ser presentado ante el registro civil al momento de la inscripción del hijo para que el vínculo filiatorio se concrete con aquellos que han manifestado su voluntad procreacional. Como surge del propio texto



de la norma, el consentimiento informado puede protocolizarse ante un escribano público y certificarse ante la autoridad sanitaria. Respecto de esta **certificación** se deberá concurrir ante la **autoridad sanitaria habilitada en cada jurisdicción**, por ejemplo, la **Coordinación de Reproducción Médicamente Asistida dependiente del Ministerio de Salud de la Nación en CABA**, o la que corresponda en cada Provincia.

El **consentimiento** debe **renovarse** cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones (560) y es **“libremente revocable** mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. (561). Se han registrado algunas situaciones conflictivas derivadas de la voluntad de implantación de un embrión luego de producido el divorcio o la separación de hecho ante la falta de renovación del consentimiento por una de las partes. Con anterioridad a la vigencia del actual ordenamiento normativo, un fallo judicial autorizó la implantación. Con posterioridad se han registrado algunos antecedentes donde se ha denegado tal práctica.

En síntesis, la **voluntad procreacional** se manifiesta, entonces, mediante el **consentimiento informado** que deben prestar las personas interesadas ante el **centro de salud**, que debe ser reiterado antes de la utilización de gametos o embriones y que es **libremente revocable** hasta el momento de la concepción o implantación del embrión.

Debemos remarcar y resaltar que, **sin consentimiento informado**, es decir **sin voluntad procreacional acreditable mediante el consentimiento informado**, **no hay filiación por TRHA** y, por ende, no se producen sus particulares consecuencias.

## 2.2. El derecho a la información de las personas nacidas por TRHA con gametos de terceros

Tal como sucede en materia de adopción respecto de los datos de la familia de origen del niño adoptado, la legislación asegura a las personas nacidas por TRHA el acceso a la información acerca de los datos médicos del donante -y también su identidad- cuando se han utilizado gametos de terceros. Para ello, tal información “debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento” (563).

En función de los distintos intereses que pueden verse comprometidos, se diferencia el acceso a la información de los **datos médicos** respecto del acceso a los **datos de identidad del donante**.

En cuanto a los **datos médicos**, la persona puede recurrir **directamente al**



**centro de salud**, cuando dicha información sea relevante para su propia salud; en ese sentido siempre es importante recordar que el concepto de salud no se limita únicamente a la salud física (564, a).

Ahora bien, si lo que se desea conocer es la **identidad del donante**, la persona interesada debe **fundar sus razones ante un juez**, quien las debe evaluar mediante el procedimiento judicial más breve que tenga en su jurisdicción (564, b).

### 2.3. La gestación por sustitución o maternidad subrogada

La **gestación por sustitución o maternidad subrogada** abarca aquellos casos donde ciertas personas no se encuentran en condiciones de concebir y recurren a una tercera persona para que lleve adelante el proceso gestacional. Un ejemplo claro puede darse en los **matrimonios o parejas de dos hombres (genéticamente masculinos)** donde, desde ya, ninguno de los dos puede concebir, desarrollar el embarazo y luego dar a luz. Sin embargo, la misma situación puede darse respecto de parejas heterosexuales o de dos mujeres o de personas individuales.

Veamos un ejemplo: un hombre y una mujer desean tener un hijo mas ella no está en condiciones de llevar a término el embarazo. Una amiga se ofrece para que se le implante el embrión de ambos, es decir fecundado in vitro con material genético de la pareja- y luego del embarazo dar a luz. Si seguimos las reglas que hemos comentado, el recién nacido es hijo de la mujer que dio a luz, en este caso de la amiga.

En el caso de dos varones (genéticamente masculinos) nos encontraremos ante una situación más compleja dado que el óvulo necesariamente deberá ser donado por una mujer y el embarazo deberá ser cursado por ella o por otra mujer. Así, al menos uno de los integrantes de la pareja nunca será el progenitor dado que, siguiendo las reglas clásicas, la madre será quien da a luz.

Bien, si tenemos en cuenta el criterio de **voluntad procreacional** que rige a los fines de trazar vínculos filiatorios en los casos de TRHA, es claro que en estos casos también existe la **voluntad de ser progenitores** en el hombre, en la mujer y en los dos varones de nuestros ejemplos, pero no existe en la mujer gestante.

Para solucionar esta problemática, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial había incluido una norma específica por la cual la filiación quedaría establecida entre el niño nacido y la o las personas que habían arribado a un acuerdo con la mujer gestante -a quienes llamaba "comitentes"- y no, precisamente, con la mujer gestante. Ello se lograría mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por



autoridad judicial. Se pautaban también algunas limitaciones tales como que la gestante tuviese plena capacidad, buena salud física y psíquica, que al menos uno de los comitentes hubiese aportado sus gametos, que el o los comitentes no pudiesen concebir o llevar un embarazo a término, que la gestante no haya aportado sus gametos, que la gestante no hubiese recibido retribución, que la gestante no se hubiese sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces y que la gestante haya dado a luz, al menos, un hijo propio.

Ahora bien, **esta norma no fue finalmente sancionada y no se encuentra, por ende, en vigencia.**

Más allá de la falta de regulación normativa, **las personas están recurriendo a esta práctica médica y han planteado ante el poder judicial el reconocimiento de la filiación.** Muchos fallos, de diversos tribunales de todo el país, han receptado favorablemente estos reclamos y han ordenado tener por establecido el vínculo filiatorio entre los “comitentes” y el hijo y no con la mujer gestante.

#### **2.4. ¿Qué sucede si fallece alguna de las personas que pretendían ser progenitores?**

Una pareja ha prestado su consentimiento informado para procrear mediante el uso de TRHA. Antes de procederse a implantar el embrión uno de ellos fallece. Conforme la normativa que hemos comentado, el **consentimiento debe renovarse** cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones (560) con lo que, si la práctica médica se realiza de igual modo, no habrá vínculo filiatorio con la persona fallecida. Igual consecuencia tendrá si luego del fallecimiento se fertilizara un óvulo dado que la norma abarca la utilización de gametos.

Claro está que si la mujer ya había concebido o el embrión había sido implantado antes del fallecimiento el vínculo se trazará de igual modo en tanto la renovación del consentimiento necesariamente tuvo que ser anterior.

El proyecto de Código Civil y Comercial, si bien preveía que en general no había vínculo filial con la persona fallecida en tanto no se diera el supuesto comentado en el párrafo anterior, sí lo habilitaba cuando la persona había consentido al prestar su consentimiento informado o al testar que los embriones producidos con sus gametos fuesen transferidos en la mujer después de su fallecimiento y la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se producía dentro del año siguiente al deceso.

Actualmente, algunos fallos judiciales han permitido que, realizada la práctica médica, se constituya vínculo filiatorio con la persona fallecida que oportunamente había manifestado su voluntad procreacional.



### 3. Determinación de la filiación

Todas las culturas han tenido que establecer ciertas pautas para determinar quién es el padre y quién es la madre de una persona y, a la inversa, de quién es hijo esa persona. Estas reglas no son las mismas en cada una de esas culturas y han variado a lo largo de la historia de la humanidad.

Nuestra legislación ha ido modificando la normativa vinculada a la determinación de la filiación conforme las variaciones y avances que se fueron observando en nuestra comunidad.

Es fácil inferir que, conforme los párrafos anteriores, que esa atribución de maternidad o paternidad no responderá a idénticos criterios si nos encontramos frente a una filiación por naturaleza o a una filiación por técnicas humanas de reproducción asistida. Tampoco será exactamente igual si se trata de un hijo nacido dentro o fuera del matrimonio. Veamos:

#### 3.1. Determinación de la maternidad

La determinación de la maternidad, **en filiación por naturaleza**, queda establecida con **la prueba del nacimiento** y la **identidad del nacido** (565).

La **inscripción** se realiza en el registro civil mediante la presentación de un **“certificado del médico, obstétrica o agente de salud** si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido” (565).

La **prueba del hecho del nacimiento** está prevista en la ley de registro del estado civil y capacidad de las personas (L. 26.413). Esta norma, para el caso de personas nacidas en establecimientos médico asistenciales o fuera de ellos pero con asistencia médica, prevé la prueba mediante un **certificado** suscripto por el médico, obstétrica o agente sanitario habilitado al efecto que hubiera atendido el parto (L. 26.413, 32, a y b). El **certificado médico de nacimiento** es un formulario prenumerado en el que debe constar el nombre; apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio, la impresión dígito pulgar derecha, de la madre, el nombre con el que se inscribirá al recién nacido, su sexo, edad gestacional, peso al nacer e impresión plantal derecha si el nacimiento ha sido con vida, el tipo de parto (simple, doble o múltiple), el nombre, apellido, firma, sello y matrícula del profesional médico u obstétrica o el agente sanitario habilitado que atendió el parto; la fecha, hora y lugar del nacimiento y de la confección del formulario y los datos del establecimiento médico asistencial: nombre y domicilio completos (L. 26.413, 33).



Puede suceder que una persona nazca fuera de un establecimiento de salud y sin asistencia de un médico. En ese caso, la legislación establece que el hecho del nacimiento se prueba con “con certificado médico emitido por establecimiento médico asistencial público con determinación de edad presunta y sexo, y en su caso un certificado médico del estado puerperal de la madre y los elementos probatorios que la autoridad local determine [y] la declaración de dos testigos que acrediten el lugar de nacimiento en la jurisdicción de que se trate, el estado de gravidez de la madre y haber visto con vida al recién nacido, los que suscribirán el acta de nacimiento” (L. 26.413, 32, c).

Están obligados a solicitar la inscripción el padre, la madre o ambos y, a falta de ellos, los parientes directos de la madre o cónyuge en primer grado ascendente o colateral, como así también por el Ministerio Público en el caso de recién nacidos que hubieran sido expuestos (L. 26.413, 31). En aquellos casos en que no sea la persona que da a luz o su cónyuge quien gestiona la inscripción, se le debe comunicar la misma (565, 2° p).

La legislación obliga también a los directores, administradores, o persona designada por autoridad competente del establecimiento asistencial, hospicios, cárceles u otros establecimiento análogos de gestión pública o privada, a notificar el hecho de los nacimientos que en ellos ocurra al registro civil, en forma inmediata, remitiéndole el certificado de nacimiento (L. 26.413, 30, a) como así también a la autoridad encargada de llevar el registro de los hechos acaecidos a bordo de buques o aeronaves de bandera argentina (L. 26.413, 30, a y 27, c).

La inscripción del nacimiento con intervención de los progenitores debe realizarse dentro de los **cuarenta días corridos** contados desde el día del nacimiento, con posterioridad y dentro de los veinte días debe hacerlo de oficio el registro civil (L. 26.413, 28). Esa misma norma agrega que “en el supuesto de nacimientos ocurridos fuera de establecimientos médico-asistenciales sin intervención de profesional médico, la dirección general podrá por disposición o resolución motivada, admitir la inscripción cuando existan causas justificadas fehacientemente, hasta el plazo máximo de un (1) año, previa intervención del Ministerio Público”. Luego de vencidos dichos plazos, la inscripción puede también realizarse por resolución administrativa fundada (L. 26.413, 29).

### **3.2. Determinación de la filiación matrimonial**

#### **3.2.1. Presunción**

La determinación de la filiación -atribución a una persona del carácter de hijo de otra u otras personas- se estructuró sobre la base de ciertas **presunciones**



en función de la casi imposibilidad de obtener una total certeza acerca de la misma. Como vimos, en el caso de la maternidad operaba la regla de tener por madre a quien había dado a luz, mas en el caso de la paternidad el sistema de presunciones se imponía.

¿Qué son las **presunciones**? Bien, el Diccionario de la Real Academia Española nos dice que **presunción** es un **hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado**. Algunas presunciones son establecidas **por la ley** y deben ser aplicadas por los jueces, como es el caso de las que hablaremos en estas líneas. En ciertas situaciones, la ley determina que algunas **presunciones no admiten una prueba en contrario**, se las llama **absolutas** y, en la mayor parte de los casos, **sí admiten prueba en contrario**, se las llama **relativas**.

En el matrimonio, **“se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte”** (566). Es decir, las personas nacidas de un matrimonio desde el momento en que se casaron y hasta 300 días después de que se presentó la demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio, o 300 días después de la separación de hecho o 300 días después de la muerte de uno de los cónyuges, se consideran hijos del o la cónyuge de la madre.

Se trata, claro está, de una **presunción relativa**, es decir, **admite que se pruebe lo contrario**.

Si bien la norma opera como una presunción respecto de la filiación paterna y de la filiación materna, en tanto la determinación de la maternidad reposa en la prueba del nacimiento, el supuesto se dirige en mayor medida a **la presunción de la paternidad matrimonial** y de la maternidad de la cónyuge de la persona gestante conforme veremos en el punto siguiente respecto de los matrimonios integrados por dos mujeres.

En materia de **técnicas humanas de reproducción asistida** la presunción **no rige si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre** (566 2° p).

### 3.2.2. Matrimonios homosexuales

¿Qué sucede **en los matrimonios conformados por personas de un mismo sexo**? ¿Opera de igual modo la presunción?

El supuesto lo vamos a encontrar en los matrimonios integrados por **dos mujeres** o por **dos varones transexuales** dado que una de las dos personas es quien da a luz. No se registrará de igual modo en el caso de **dos hombres**

**homosexuales** en tanto ninguno de ellos tiene biológicamente la capacidad de embarazo y parto. En este último caso, la posibilidad de filiación pasa por la **adopción** o por la **gestación por sustitución (maternidad subrogada)** pero nuestra legislación no receptó este instituto como ya vimos (2.3).

Entonces, en el caso de un matrimonio de dos mujeres opera la presunción y la persona nacida de una de ellas **es inscripta en el registro civil a nombre de quien dio a luz y de su cónyuge** (566, 402, L. 26.413, 36, c).

### 3.2.3. Situaciones conflictivas

Nuestra normativa regula dos situaciones en particular:

#### a) Situación especial en la separación de hecho

La persona debe ser inscripta como hija del matrimonio separado de hecho -aun cuando ya no haya presunción- cuando ambos cónyuges prestan su consentimiento, tanto sea en filiación por naturaleza o por TRHA. En este último caso, con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley y que ya hemos visto (567).

#### b) Matrimonios sucesivos

Supongamos que una mujer contrae matrimonio un mes después de obtener su divorcio. Al poco tiempo queda embarazada. El conflicto surge a partir de la presunción de filiación matrimonial que opera para ambos matrimonios. La legislación soluciona el conflicto estableciendo que los hijos nacidos dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primer matrimonio y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, se presume que tiene vínculo filial con el primer cónyuge; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vínculo filial con el segundo cónyuge (568).

Es decir, si el hijo nace hasta 300 días después de la disolución o anulación del primer matrimonio pero dentro de los 180 primeros días de la celebración del segundo, se presume que es hijo del excónyuge, pero si nace luego de los 180 días del segundo matrimonio se considera hijo del segundo cónyuge.

Claro está que la presunción admite prueba en contrario y que en materia de filiación por TRHA sigue primando el criterio de la voluntad procreacional.

### 3.2.4 ¿Cómo queda determinada y se prueba la filiación matrimonial?

La filiación matrimonial queda determinada por la inscripción del nacimiento en el registro civil y por la prueba del matrimonio (569, a), como así también por una sentencia firme en un juicio de filiación (569, b).

Es posible que una persona casada inscriba a su hijo sólo con la filiación materna declarando ser soltera como así también que el hijo de una mujer casada sea inscripto por su madre y reconocido por quien dice ser su padre biológico, entre otras situaciones.

¿Con qué alcance opera aquí la **presunción** que hemos estudiado en los puntos anteriores? Hay distintas posiciones tanto emitida por los jueces como por los estudiosos del derecho, pero puede, en términos generales, pensarse que la **presunción se mantiene en tanto y en cuanto no se produzca el reconocimiento por un tercero cuando no se hizo constar el estado de casada**, y, consecuentemente, **cesa si ese reconocimiento se produjo**. De igual modo, siempre queda la posibilidad, con los límites legales, de ejercer las acciones filiatorias tal como lo desarrollaremos luego en el punto 4.

En los casos de filiación por **TRHA** la **determinación** radica, como ya lo hemos esbozado, en el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el registro civil (569, c).

### 3.3. Determinación de la filiación extramatrimonial

La filiación extramatrimonial queda determinada por (570):

- ✓ el reconocimiento de la paternidad del hijo;
- ✓ por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida;
- ✓ o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

#### 3.3.1. El reconocimiento

Muchas veces hemos escuchado decir que tal persona “le reconoció el hijo” a otra, o también “él le dio su apellido”, o “lo anotó a nombre suyo”.

¿En qué consiste ese acto jurídico? Pues bien, en que una determinada persona declara, bajo algunos medios que vamos a analizar, que otra persona es su hija o su hijo.

### a) ¿Cómo se hace el reconocimiento?

La legislación nos dice que **la paternidad por reconocimiento** resulta de:

- ✓ **Declaración formulada ante el oficial del registro civil.** En este caso, el reconocimiento consiste en una declaración unilateral que se efectúa ante el oficial del registro civil cuando se va a realizar la inscripción del recién nacido. También puede efectuarse con posterioridad, pero en este caso no debe haber ya un reconocimiento formulado, es decir, en la inscripción no debe figurar ninguna filiación paterna, es decir, solo consta la filiación materna (571, a). Si hubiera ya filiación paterna, quien entiende ser el verdadero progenitor debe previamente impugnar judicialmente ese reconocimiento (578). Recordemos que los adolescentes -personas menores de edad mayores de 13 años- no necesitan la autorización de sus padres para reconocer hijos (680).
- ✓ **Declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido** (571, b). En este segundo supuesto una persona reconoce el carácter de padre de otra en un instrumento público como puede ser el caso de quien en una actuación judicial efectúa tal declaración. Así, puede darse en el marco de una audiencia donde se deja constancia de tal declaración. El escribano o funcionario público ante quien se otorga el instrumento público debe comunicarlo al registro civil en el término de diez días hábiles para su inscripción (L. 26.413, 43). También puede efectuarse en un instrumento privado, en este caso, a diferencia del anterior, el instrumento debe estar debidamente reconocido por el declarante, por ejemplo, mediante el reconocimiento de su firma en un proceso judicial (571, b).
- ✓ **Disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental** (571, c). Se trata del reconocimiento de la filiación efectuada en un **testamento**. No está condicionado al fallecimiento de la persona que ha reconocido la filiación y tiene vigencia desde el mismo momento en que es efectuado.

### b) Notificación del reconocimiento

En muchas oportunidades hemos escuchado algunas historias de personas que se enteraban de que alguien había reconocido su paternidad al momento de tramitar un título universitario, por ejemplo, y solicitárseles para tal fin una partida de nacimiento actualizada. Ello era posible dado que, con la legislación anterior, el reconocimiento no requería ni la conformidad de la madre ni tampoco se le comunicaba de manera alguna. También, con aquella normativa,

la persona se anoticiaba que su apellido -en general el apellido de su madre- no era el que había usado hasta ese momento sino que “oficialmente” era el del padre reconociente.

Pues bien, la nueva normativa obliga al registro civil a **notificar** el reconocimiento **a la madre y al hijo** o su representante legal (572). Esa notificación, si bien no importa un derecho a oponerse al reconocimiento ni es una invitación a prestar conformidad, adquiere suma importancia porque habilita a la madre y al hijo reconocido a ejercer los derechos que son consecuencia del reconocimiento como así también a cuestionarlo mediante la acción de impugnación de paternidad o por la nulidad del acto jurídico de reconocimiento.

### c) Características. Irrevocabilidad del reconocimiento

El reconocimiento es **irrevocable** (573), es decir, una vez efectuado no hay arrepentimiento posible. Veremos luego que, en caso de error, por ejemplo, puede ejercerse la acción de nulidad de reconocimiento.

Tampoco puede estar sujeto a **modalidades** que alteren sus consecuencias legales, como puede ser una **condición**, por ejemplo, una persona reconoce que otra es su hijo en tanto y en cuanto se dé tal circunstancia.

Como ya esbozamos, **no requiere aceptación** por parte del hijo reconocido.

Finalmente, si una persona reconoce la paternidad de otra persona ya fallecida, ese reconocimiento **no le atribuye ningún derecho en la sucesión del hijo reconocido**, ni tampoco a demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo. Recordemos que **posesión de estado** es el haber recibido públicamente el trato de hijo por parte del reconociente.

### d) Reconocimiento del hijo por nacer

Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida (574).

### e) Reconocimiento del progenitor biológico en adopciones plenas

La normativa permite el reconocimiento de la filiación respecto de personas que ya cuentan con una filiación adoptiva plena, como así también las acciones de filiación, pero **solo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado** (624). Es decir, una persona ha sido adoptada, con adopción plena, por otras. aun así, el progenitor biológico podría efectuar el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, por ejemplo, mas sólo tendría efectos en el aspecto alimentario y sucesorio antes señalado.

### 3.3.2. Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida

En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación extramatrimonial **se deriva del consentimiento previo, informado y libre**, tal como ya hemos visto (575, 1er p).

Cuando se utilizan **gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos**, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena (575, 2° p). Es decir, si se recurrió a **gametos** de un donante no se genera vínculo alguno entre el hijo y el donante de los gametos. Sin embargo, subsisten los impedimentos matrimoniales del mismo modo que sucede en la adopción plena respecto de la familia biológica de origen.

### 3.3.3. La sentencia en juicio de filiación

En los medios de prensa hemos escuchado muchas veces frases como “el juez decidió que Fulano es hijo de Zutano” o “él no se presentó y el juez resolvió tenerlo por el padre”, como así también en nuestra vida cotidiana “le empezaron un juicio para que el nene lleve su apellido”. Pues bien, se trata de una acción judicial, que más detalladamente estudiaremos en las líneas siguientes, por la que una persona -que no tiene filiación paterna establecida- demanda a otra para atribuirle dicha filiación. A diferencia del **reconocimiento**, que siempre es voluntario, en este caso nos encontramos frente a una determinación **involuntaria** de la filiación, en tanto y en cuanto se arribe a la sentencia judicial lo que importa que hubo una resistencia por parte del demandado.

## 4. Acciones de filiación

Tomemos algunos ejemplos:

- ✓ Una estudiante universitaria tiene establecida su filiación materna, lleva el apellido de su mamá, en la partida sólo figura el nombre de su madre y no de su padre. Sabe que su padre es quien fuera novio de su madre.
- ✓ La madre de un niño le ha solicitado a quien ella considera que es el padre que lo reconozca como hijo. No lo ha logrado.
- ✓ La abuela de una adolescente le comenta que quien en su momento la reconoció como hija no es en verdad su padre.
- ✓ Un hombre mantiene una relación de noviazgo con una joven. Finalizada esa relación, ella se une de hecho con otra persona. Unos meses después la

mujer da a luz y el niño es inscripto a nombre del conviviente. Sin embargo, el primer novio está convencido que el hijo es suyo y no del conviviente.

Nos encontramos, en las situaciones que proponemos como ejemplos, con personas que no ven reflejada adecuadamente su identidad en el ámbito del derecho, más precisamente en su estado. Son “hijas de Fulano” pero no figura así en su partida de nacimiento, o son “hijos de Perengano” pero están anotados a nombre de “Zutano”.

Si la estudiante universitaria, la madre en nombre de su hijo, la adolescente o el novio de nuestros ejemplos desean reflejar en su estado civil su verdadera identidad, deberán recurrir a las llamadas **acciones de estado de filiación**.

En los dos primeros ejemplos nos encontramos frente a casos donde no hay una filiación paterna establecida y la acción de filiación se dirige a obtener una sentencia que declare que tal persona es el padre extramatrimonial de la estudiante universitaria o del pequeño niño. Se dice, en ese caso, que se busca **emplazar** a tal persona en la filiación paterna. En cambio, en los dos últimos tanto la adolescente como el novio intentarán **desplazar** de la filiación paterna a quien no lo es.

Nos encontramos, entonces, frente a dos tipos de **acciones de filiación**, las que **emplazan** a una persona en un nuevo estado civil (**acciones de reclamación**) y las que **desplazan** a una persona de un estado ya establecido (**acciones de impugnación**).

Para facilitar los ejemplos vamos a acordar algunos vocablos en particular: a la persona que reconoció la paternidad extramatrimonial de otra y así figura en la partida de nacimiento lo llamaremos **padre reconociente**, mientras que a quien es demandado para atribuirle la paternidad, es decir, a quien se supone que es el padre, lo llamaremos **padre alegado o padre presunto**. En la filiación matrimonial, como vimos, opera una presunción (ver 3.2.1) con lo que no tendremos una persona reconociente sino un padre o una madre cuyo vínculo filiatorio ha sido establecido por la ley.

#### 4.1. Características de las acciones de filiación

Las acciones de filiación son **acciones de estado de familia** y como tales son **irrenunciables** (576, 712). Es decir, una persona **no puede renunciar** a entablar una acción de filiación contra otra persona. Si en un acuerdo se incluyese una cláusula por la que alguien renuncia a iniciar una acción de emplazamiento filiatorio contra otra persona o a impugnar una paternidad ya establecida, ese acuerdo **es nulo** y se puede tener por no escrito. La irrenunciabilidad no afecta su derecho a decidir si inicia o si no inicia la acción, o si la prosigue.

Asimismo, son **imprescriptibles** (576, 712) y ello significa que no se adquieren ni se pierden por el mero paso del tiempo. Por ejemplo: si yo poseo un lote de terreno durante cierta cantidad de años puedo iniciar una demanda judicial para que ese lote quede bajo mi dominio (prescripción adquisitiva) o, si una persona me reclama una deuda luego de transcurridos un número dado de años puedo oponerme a pagarle (prescripción liberatoria). En el caso de la filiación no operan ninguno de esos tipos de prescripciones. Sin embargo, sí existen los denominados **plazos de caducidad** que son pautados en orden a consolidar un cierto estado de familia y evitar que luego de cierto tiempo se intente modificarlo. Así, en el ejemplo de quien pretende impugnar el reconocimiento de filiación paterna hecho por otra persona respecto de quien considera su hijo, tiene un plazo para hacerlo como ya veremos, luego de ese plazo ya no tendrá acción judicial.

Hay que prestar particular atención a esta norma: “Los **derechos patrimoniales** que son consecuencia del estado de familia **están sujetos a prescripción**” (576, 712 últ. p). Es decir, la **acción de filiación** no prescribe, pero sí opera la prescripción para los derechos patrimoniales que de ella derivan.

Otra característica es que son de **inherencia personal**, solo pueden ser ejercidas por la persona interesada y sólo se transmiten por causa de muerte en aquellos casos en que la ley expresamente lo permite (713). Como consecuencia de ello, **no puede un tercero iniciar una acción de filiación respecto de otra persona**. Por ejemplo: una persona que acaba de fallecer fue padre de un joven, pero nunca reconoció esa paternidad, este joven adeuda a un comerciante una cierta suma de dinero; si el joven no inicia la acción de filiación para emplazarse en el carácter de hijo del fallecido, pues bien, el comerciante no puede hacerlo en su nombre ejerciendo la **acción subrogatoria** que ya vimos al tratar el tema separación judicial de bienes (cap. IV, 3.5.1.d).

#### **4.2. Inadmisibilidad de la demanda de impugnación de la filiación por TRHA ya sea matrimonial o extramatrimonial**

La filiación establecida respecto de un hijo nacido mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida **no es impugnable** si medió consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, conforme lo viéramos al tratar dicho tipo de filiación (ver 2.1), con independencia de quién haya aportado los gametos (577). Por ejemplo: si un hombre y una mujer deciden concebir mediante el uso de TRHA recurriendo a espermatozoides donados por un tercero y expresan su voluntad procreacional mediante la prestación del consentimiento informado, luego ese hombre no puede impugnar su paternidad sobre la base de sostener



que genéticamente no es el progenitor. Del mismo modo, **no es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste** (577). En ese sentido, el donante de los gametos no podría efectuar el reconocimiento del hijo ni tampoco reclamársele a él su emplazamiento como padre.

#### **4.3. Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. La impugnación previa**

Si una persona, como ya lo hemos adelantado, pretende lograr el emplazamiento filiatorio respecto de otra persona que ya tiene una filiación establecida, **previa -o simultáneamente- debe impugnar esa filiación.**

Como lo dice el título, es una consecuencia directa de la regla de doble vínculo filial. Veamos: una persona tiene establecida su filiación paterna y mediante una sentencia se establece que es hija de otro padre, si no se impugnase previamente la primera filiación resultaría hija de dos padres y una madre.

La legislación lo refleja del siguiente modo: “Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación” (578).

#### **4.4. Las pruebas genéticas**

A los fines de establecer los vínculos biológicos entre dos personas no cabe duda alguna que las pruebas genéticas son decisivas. Nuestra legislación lo establece específicamente cuando nos dice que en materia de acciones de filiación son admisible todo tipo de pruebas, **incluidas las genéticas** (579). Quizá este último pueda parecer un tanto extraño hoy en día dado la masiva aceptación que tienen las pruebas de ADN mas hasta hace no tanto tiempo se cuestionaban las mismas en cuanto a su exactitud.

Estas pruebas, las genéticas y cualquier otra, son en general **ofrecidas por las partes** en los juicios respectivos, pero si así no fuere los jueces pueden **ordenarlas de oficio** (579), es decir, **por su propia iniciativa.**

##### **4.4.1. ¿Con quiénes pueden realizarse las pruebas genéticas?**

Todos sabemos que, biológicamente, hemos sido generados a partir de la combinación de información genética de dos seres humanos (femenino y masculino) y, a su vez, cada uno de ellos también responden a la combinación genética de sus progenitores. La prueba genética, a partir de esas combinaciones, nos permiten establecer si tal persona es hija de tal otra persona.

El test puede realizarse, por ejemplo, entre una persona demandante (hijo) y el padre alegado, mas si este no estuviese también podría realizarse entre el demandante y los padres del padre alegado. Sin necesidad de ser expertos en la materia, podemos inferir que si los tests se realizan directamente entre hijo y padre alegado el grado de exactitud será mayor a que si se recurre a los supuestos abuelos. En función de ello, la legislación establece un límite: “Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos” (579, 2° p).

#### 4.4.2. La negativa a someterse a las pruebas biológicas

Puede darse el caso que la persona demandada se niegue a prestarse para realizar la prueba genética, no da su conformidad para la extracción de sangre ni tampoco para obtener material genético de otra forma, por ejemplo, un hisopado bucal.

Nuestra legislación establece que **los jueces deben valorar la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente** (579 últ. p). Ahora bien, **¿la sola negativa es suficiente para que los jueces tengan por acreditado el nexo biológico?** Si bien, como vimos, la norma dice **indicio grave**, algunos jueces interpretan que solo la negativa no alcanza para resolver en favor del demandante y tener por establecida la filiación, sino que **deben producirse otras pruebas** que otorguen una marcada credibilidad a la existencia de una filiación real. Sin embargo, otros fallos, emitidos por tribunales superiores, y también opiniones de juristas de mucho prestigio que consideran que **con la sola negativa sería suficiente** para fallar en favor del reclamante, es decir para establecer el vínculo filiatorio, **sin necesidad de otra prueba**. A nuestro juicio **se debe ver cada caso en concreto** y, a la hora de iniciar un juicio, **aportar a los profesionales toda la prueba que puedan llevar a los jueces a convencerse sobre la efectiva existencia de un vínculo filiatorio**.

Algunas personas se han preguntado si puede ordenarse la **extracción compulsiva de muestras genéticas** de la persona renuente. Si tenemos en cuenta lo que expresamos en el párrafo anterior sobre la respuesta legal (**indicio grave**) podemos deducir que la ley se expide en forma negativa, es decir, **no pueden ordenarse extracciones compulsivas**. Ahora bien, no podemos desconocer que estamos frente a una contraposición de valores: el valor identidad en cabeza de quien pretende establecer su verdadera filiación y el valor privacidad o de preservación del propio cuerpo del renuente. En este punto, juristas de mucho prestigio han ponderado la posibilidad de extracciones compulsivas en ciertos casos. En ese sentido, también es importante señalar que debe ponderarse hasta

qué punto una extracción de sangre o un hisopado bucal pueden mostrarse como atentatorios de la privacidad o invasivos del cuerpo de otro.

#### 4.4.3. Padre presunto fallecido

En este caso en particular, la legislación prevé que la prueba genética puede realizarse sobre el **material genético de los dos progenitores** naturales del padre presunto fallecido, quienes serían los eventuales abuelos de quien reclama su filiación paterna.

Si no es posible contar con ese material genético de los abuelos presuntos o, en su caso, éstos se niegan a realizar la prueba genética, **los jueces pueden autorizar la exhumación del cadáver** del padre presunto para obtener material genético de él (580).

Atento las particularidades propias de este tipo de situaciones -la exhumación de un cadáver está rodeada de muchos factores sociales, culturales, religiosos- la legislación faculta a los jueces a optar entre estas distintas posibilidades conforme las circunstancias del caso (580). Recordemos que, la negativa de los abuelos pretensos también constituye **indicio grave** (579 últ. p) del mismo modo analizado en el punto anterior. Asimismo, puede recurrirse a otros parientes naturales hasta el segundo grado (579, 2° p).

#### 4.5. ¿Ante qué jueces tramita una acción de filiación?

En general los juicios de filiación tramitan ante los jueces del domicilio del demandado. Sin embargo, nuestro Código Civil y Comercial hace una excepción en los casos de **acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida** para las que prevé la competencia de los jueces **del lugar donde el actor tiene su centro de vida**, aunque también se permite demandar ante los jueces del domicilio del demandado, a elección del actor (581).

#### 4.6. Acción de reclamación de filiación

Nos encontramos frente a casos donde una persona no tiene establecida debidamente su filiación. La pretensión es que efectivamente se constituya esa filiación.

##### 4.6.1. ¿Quién puede demandar y hasta cuándo?

La acción puede ser iniciada por **los hijos en todo tiempo**, es decir, sin ningún plazo de caducidad, sin ningún límite temporal. En caso de fallecimiento, sus **herederos pueden continuar la acción ya iniciada por el hijo**.



Cuando la acción no fue entablada por la persona reclamante, los **herederos** pueden **iniciarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz**. La normativa agrega que “si el hijo fallece antes de transcurrir un 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” (582, 2° p).

#### 4.6.2. ¿Qué sucede con la filiación por TRHA?

En los casos de **técnicas humanas de reproducción asistida**, la acción no procede cuando se han cumplido los pasos legales que vimos oportunamente (ver 2.1), es decir, cuando se ha prestado el consentimiento previo, informado y libre, **con independencia de quienes hayan aportado los gametos**. (582 últ. p).

#### 4.6.3. Reclamación de filiación matrimonial

Hemos visto anteriormente que en el caso de los matrimonios “se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte” (566, ver 3.2.1).

Puede suceder que la **filiación matrimonial** no conste en la inscripción obrante en el registro civil, es decir, en la partida de nacimiento. Por ejemplo, figura la madre, pero no el padre y ambos estaban casados. La normativa **reconoce al hijo una acción** para reclamar esa filiación.

En tanto la **presunción de filiación matrimonial** comprende a los cónyuges y al hijo, como veremos reiteradamente, la **reclamación del hijo de su filiación debe dirigirse contra ambos cónyuges conjuntamente** (582).

La exigencia de demandar a **ambos cónyuges** tiene una repercusión en el juicio cuando se trata de hijos menores de edad. Como tales tienen que ser representados por sus padres, por ejemplo, representado por su madre, pero como la acción se entabla contra ambos cónyuges es claro que la madre no puede ejercer tal representación. Este es un ejemplo claro de actuación de un **tutor especial** que deberá representar al niño en el proceso judicial.

#### 4.6.4. Reclamación de filiación extramatrimonial

La acción puede ser iniciada por **el hijo** para reclamar su filiación



extramatrimonial y se dirige **contra quienes considere sus progenitores o sus herederos** si es que los progenitores han fallecido (582, 2° y 3er p).

#### **4.6.5. Casos en los que sólo está establecida la filiación materna.**

##### **Actuación del registro civil. Inicio de la acción por el Ministerio Público**

Muy posiblemente las acciones que vimos en los puntos anteriores, especialmente la de filiación extramatrimonial, parten en su gran mayoría de casos en los que sólo está establecida la filiación materna.

Más allá de la posibilidad que tiene el hijo para demandar por su filiación paterna, la legislación pauta ciertos mecanismos tendientes a procurar establecer tal filiación.

Cuando en el registro civil se detectan estos casos, su jefe u oficial “debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos” (583, 2° p). Esencialmente, la información transita por el derecho a la identidad del hijo y de la necesidad de establecer la filiación paterna.

Cumplida esa etapa, el registro civil debe remitir lo actuado al Ministerio Público quien tiene la obligación de “procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre” (583, 1er p). El Ministerio Público -en general a cargo de defensores oficiales- “debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero”. Desde ya que no existe una obligación de la madre de declarar o de denunciar quién es el padre del hijo. En ese orden, el Ministerio Público debe informar a la madre acerca de las consecuencias de una declaración falsa. En su caso, la declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento.

Si el Ministerio Público recibe la información de los datos del presunto progenitor debe **iniciar por sí la acción de emplazamiento filiatorio**, sin que ello dependa de la voluntad de la madre.

#### **4.6.6. La posesión de estado**

Anteriormente hemos definido a la **posesión de estado** -para este caso en particular- como el haber recibido públicamente el trato de hijo por parte del reconociente.

Nuestra legislación otorga a la prueba de la **posesión de estado el mismo valor** que tiene el **reconocimiento del hijo**, como forma de determinación de la filiación (584). Desde ese punto de vista, **probar la posesión de estado**



se presenta como **sumamente importante** dado que, si no pueden realizarse pruebas genéticas, puede ser el único sustento que tengan los jueces a la hora de decidir. En ese sentido, quien reclame la filiación debe **brindarles a sus abogados** toda la información y documentación necesaria para poder acreditar la posesión de estado: datos de testigos (vecinos, amigos, maestros), fotografías, constancias escolares, intercambio epistolar o de mails, participación en redes sociales, etc.

Ahora bien, este valor idéntico al reconocimiento no opera cuando **exista una prueba genética contraria**. Es decir, por más que haya acreditado la posesión de estado, por más que haya acreditado que fui tratado como hijo, el vínculo no puede sustentarse cuando se presenta una prueba genética que dice que yo no fui biológicamente hijo. Si sólo se contase con la acreditación de la posesión de estado y no se hubiese ofrecido prueba genética, podríamos estar ante un caso donde los jueces puedan hacer uso de su facultad de ordenar, por su propia iniciativa, la producción de pruebas genéticas.

#### **4.6.7. La convivencia**

Otra presunción que puede hacerse valer en juicio emerge de probar la **convivencia de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción** (585).

La prueba de la convivencia es suficiente para establecer el vínculo filiatorio, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de oposición por parte del conviviente. Así, la presunción se vería desvirtuada ante una prueba genética contraria.

La convivencia requerida no transita únicamente por las uniones convivenciales previstas particularmente en la legislación civil dado que podría darse una situación de convivencia que no constituya una unión convivencial, como es el caso de aquellos que conviven aun cuando tienen vigente un vínculo matrimonial con otra persona. Tampoco es necesaria la inscripción de la unión convivencial. En ese sentido, corresponde señalar que la inscripción vigente permite tener por acreditada la convivencia.

#### **4.6.8. Alimentos provisorios**

Sobre la posibilidad de reclamar y fijar alimentos provisorios mientras tramitan las acciones de filiación (586) nos referiremos en el Capítulo X “La cuota alimentaria” (1.3.1).



#### 4.6.9. Daños y perjuicios

La falta de reconocimiento de un hijo puede generarle daños. Esos daños pueden ser reclamados judicialmente al progenitor no reconociente (587).

La reclamación se rige por el **derecho de la responsabilidad civil**. Para que se tenga por acreditada la obligación de reparar daños y perjuicios se ha exigido tradicionalmente la concurrencia de cuatro aspectos básicos:

- ✓ La conducta que genera el daño debe ser **antijurídica**, es decir, se debe vulnerar un deber jurídico. En ese sentido, es claro que el **deber de reconocer** surge como contrapartida del **derecho a la identidad** que reposa en cabeza de todos nosotros. Consecuentemente, **el no reconocimiento** constituye una conducta antijurídica.
- ✓ Luego, se debe establecer que el no reconocimiento fue realizado adrede, **con dolo**, porque **el progenitor sabía que lo era**, o, al menos, que **debió haberlo conocido** conforme al curso ordinario de las cosas.
- ✓ El tercer requisito pasa por acreditar la **concreta existencia de un daño**, que en el caso puede ser tanto un **daño material** como un **daño moral**. El daño moral se relaciona con las afecciones al espíritu de la persona y surge del mismo hecho del no reconocimiento. Desde ya que habrá que aportar al profesional actuante todos los elementos que permitan justificar el monto de la reclamación y las circunstancias particulares del caso.
- ✓ Finalmente, debe probarse que existe **una relación entre la conducta de no reconocimiento y el daño producido**. Este aspecto es importante de pautar en tanto y en cuanto no todo daño tiene una relación directa con el no reconocimiento. Este aspecto lo podemos observar más claramente en los daños materiales, así, si como consecuencia del no reconocimiento se han debido afrontar tratamientos psicológicos es nítida la relación entre el hecho y el daño, pero no existiría tal relación respecto de daños sufridos, por ejemplo, dirigiéndose al consultorio de la terapeuta.

La acción de reclamación por daños y perjuicios puede tramitar conjuntamente con el juicio de filiación y, en ese caso, lo resolverá el mismo juez de familia donde ese juicio tramite. Ahora bien, si la acción es iniciada luego de establecida la filiación, ya dictada la sentencia en el fuero de familia, de acuerdo con cada jurisdicción es factible que deba tramitar ante jueces en lo civil y comercial.

#### 4.6.10. Acción del adoptado en adopción plena contra sus progenitores

Tal como lo vimos en materia de reconocimiento (ver 3.3.1. e), la normativa habilita al adoptado a iniciar una acción de filiación contra sus progenitores

biológicos al solo efecto de posibilitar sus derechos alimentarios y sucesorios, sin alterar los efectos de la adopción (624).

#### 4.7. Acciones de impugnación de filiación

Como adelantamos, en las acciones de impugnación se busca desplazar una filiación existente. Así, si quien figura en la partida de nacimiento como madre no lo es, pues bien estaremos ante una impugnación de la maternidad. Si, por ejemplo, quien reconoció la paternidad no lo es estaremos frente a una impugnación de la paternidad. Veremos también cómo juegan estas acciones cuando nos hallamos ante una filiación que la ley presume, como sucede con la filiación matrimonial.

##### 4.7.1. Impugnación de la maternidad

Por diversos motivos puede darse el caso que la mujer que figura como madre de una persona, no lo sea. Así, es posible que la persona a quien se ha atribuido la maternidad no sea quien dio a luz y, en otro supuesto, que una persona haya dado efectivamente a luz y exista una duda sobre la identidad del niño que se le atribuyera. La legislación prevé **una acción para impugnar ese vínculo filial por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo** (588).

La acción puede ser iniciada por el **hijo**, la **madre**, el o la **cónyuge** y todo **tercero que invoque un interés legítimo** y se dirige contra la persona inscripta como madre y su cónyuge si se trata de una filiación matrimonial. Cuando es promovida por un tercero, por ejemplo, la verdadera madre, la acción irá contra el hijo, la madre inscripta y el padre.

El **hijo** puede iniciar la acción en **cualquier tiempo**, pero para los **otros legitimados** la acción **caduca** si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo (588 2°. p).

Claro está que, si el vínculo filiatorio se ha establecido a partir de TRHA y se cuenta con consentimiento previo, informado y libre, la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad (588, últ. p).

##### 4.7.2. Impugnación de la filiación presumida por la ley

Tal como ya señaláramos, los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de



la muerte, **se presumen hijos del o la cónyuge** (566, ver 3.2.1).

Es factible que **quien es cónyuge de la persona que da a luz entienda que ese hijo no es suyo**. En ese caso puede **impugnar esa filiación** alegando que **no puede ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño** (589).

La acción puede ser ejercida por **la o el cónyuge**, como vimos, por el **hijo**, por la **madre** y por cualquier **tercero que invoque un interés legítimo**, incluido quien sostiene ser el progenitor biológico (590, 1er p).

El **hijo** puede iniciar la acción en **cualquier tiempo**. Para los demás legitimados, la acción **caduca** si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume (590 2°. p).

En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado (590 últ. p).

Tal como adelantamos en el punto anterior, cuando se trata de una **filiación matrimonial** la acción debe dirigirse contra todos los comprendidos en la presunción, así si la inicia el cónyuge se entablará contra el otro cónyuge y el hijo, si lo hace el hijo contra ambos progenitores, etc.

Se admiten todos los medios de prueba, pero **no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz**. Es decir, no alcanza con su solo reconocimiento, sino que deberá producirse prueba. Una prueba posible es la genética sin perjuicio de otros medios que puedan ofrecerse.

Claro está, como lo hemos visto en las otras acciones, que la impugnación no procederá en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos (589, últ. p).

#### **4.7.3. Acción de negación de filiación presumida por la ley**

Esta es una acción particular que **sólo puede ser ejercida por el o la cónyuge de la mujer que da a luz**. Consecuentemente, se restringe únicamente a la filiación matrimonial.

Recordemos que, conforme nuestra normativa, la duración mínima de un embarazo se presume en 180 días (20) con lo que si un hijo nació dentro de los

180 días desde la celebración del matrimonio es dable pensar que fue concebido antes de tal celebración.

La acción permite al cónyuge de la persona que dio a luz negar el vínculo filiatorio (591).

No puede ser iniciada por los herederos del cónyuge, pero sí podrían continuar la acción ya promovida por él.

En tanto y en cuanto estamos frente a una **filiación matrimonial**, los demandados serán la **cónyuge que dio a luz y el hijo**.

La acción **caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo** de quien la ley lo presume.

En materia probatoria, al cónyuge demandante le es suficiente con **acreditar que el hijo nació dentro de los primeros 180 días de celebrado el matrimonio**. Los demandados podrán ofrecer prueba que desvirtúe la negativa, entre las que se contará la prueba genética, como así también acreditar que **el o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo**, es decir, **que recibió público trato de hijo**. En esos casos, la normativa es clara y dice que la acción debe ser desestimada. Claro está que siempre quedará la posibilidad de recurrir a la **acción de impugnación** que ya hemos visto en los párrafos anteriores (591 2° p).

Como hemos visto en casos anteriores, la disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos (591 3er p).

#### 4.7.4. Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley

Para que proceda esta acción **el hijo no debe haber nacido aún al momento de su promoción**. Se impugna preventivamente a efectos de destruir la presunción de filiación matrimonial (592).

La acción puede ser ejercida **por el o la cónyuge**, por la **madre** y por **cualquier tercero que invoque un interés legítimo** (592 2° p). La acción se dirige **contra la madre** cuando es iniciada por su cónyuge, y **contra el cónyuge** cuando es iniciada por la madre. Si la acción la inicia un tercero se demandará a **ambos cónyuges**. Se ha sostenido también que debe dirigirse **contra la persona por nacer** a quien debería designársele un tutor especial.

Si la demanda es favorablemente acogida, la inscripción del nacimiento posterior **no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz** (592 3er p).

Se reitera aquí que la disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos (592, 4° p).

#### 4.7.5. Impugnación del reconocimiento

Hemos visto que una de las formas de determinación de la filiación extramatrimonial -es decir de los hijos nacidos fuera del matrimonio- es el **reconocimiento** (570, a, ver. 3.3).

Dicho reconocimiento pudo haber sido efectuado por quien no es el verdadero progenitor. En ese caso, la normativa prevé una **acción de impugnación** en la que se deberá demostrar la inexistencia de vínculo biológico con la persona que realizó el reconocimiento (593).

Los que pueden ejercer la acción son los **propios hijos** o por los **terceros que invoquen un interés legítimo**. Los primeros -hijos- pueden impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo, es decir, **no hay plazo de caducidad** para ellos. Para los **demás interesados** sí hay un **plazo de caducidad**: pueden ejercer la acción **dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo**. (593 1er p).

La acción se dirige **contra el reconociente**, o sus herederos, cuando **acciona el hijo**, mientras que si lo hace un tercero se entablará contra **el reconociente y el hijo**. Recordemos que no se trata de una filiación matrimonial con lo que no hay presunción alguna que destruir y, por ende, no queda comprendida la madre.

Es muy común que esta acción sea ejercida **de manera conjunta con una acción de emplazamiento dirigida contra el padre alegado**. En ese caso, la prueba genética que establezca vínculo biológico con el padre alegado será suficiente para la procedencia de la impugnación con el padre reconociente. Debemos recordar que no se puede iniciar la acción de emplazamiento estando vigente un vínculo filiatorio, pero sí se puede ejercer de modo simultáneo con la impugnación. Ahora bien, si solamente se inicia la acción de impugnación y es receptada favorablemente, el hijo quedará con un **único vínculo filiatorio**.

Se reitera aquí que la acción no procede en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo,

informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos (593 2° p).

#### **a) Situación de la persona reconociente. La acción de nulidad del reconocimiento**

Muchas veces hemos escuchado frases como “Fulano le dio su apellido al hijo de Mengana”, o “Mire, doctor, yo le di mi apellido a la nena porque la mamá no tenía obra social”, o “con la mamá estábamos de novios y quedó embarazada, y cuando nació lo reconocí, después me enteré que no era hijo mío”.

En estos casos, que forman parte de nuestra vida cotidiana y suelen formar parte de los anecdotarios familiares, podemos efectuar algunas diferenciaciones.

Puede suceder que una persona haya efectuado un reconocimiento de filiación extramatrimonial sabiendo, sin ningún lugar a dudas, que la persona reconocida no era su hijo, como sucede en el caso de la obra social, conducta que puede acarrear severos problemas legales en tanto y en cuanto puede configurar un delito.

Puede suceder también que el reconocimiento se haya efectuado sobre la base de un convencimiento genuino de la existencia de vínculo biológico.

Otros supuestos, pasan por personas que realizan el reconocimiento mediando una serie de engaños por parte de otras personas, como así también, aunque con mucha menor frecuencia, personas que son obligadas a efectuar un reconocimiento mediante el uso de amenazas o violencia.

En otros casos, es posible que una persona reconociera a otra como su hijo **sin estar en uso pleno de sus facultades mentales** o que se haya inscripto como su hijo a quien no puede serlo por la escasa diferencia de edad entre reconociente y reconocido.

#### **¿Pueden estas personas reconocientes impugnar la filiación extramatrimonial?**

En este punto tanto la jurisprudencia como los estudiosos del derecho no están plenamente de acuerdo. Se suele decir que, como el **reconocimiento es irrevocable** (573), el reconociente no tiene acción de impugnación. El argumento es nítido cuando la persona sabía cabalmente que no era el padre, dado que la impugnación tendrá como consecuencia el desplazamiento filiatorio que es en definitiva el mismo efecto que la revocación del reconocimiento.

Entonces el **reconociente no tiene legitimación para promover la acción de impugnación**. Claro está que este límite no alcanza al **cónyuge del reconociente**

**o sus hijos**, dado que estos sí pueden ostentar un interés legítimo respecto de la impugnación y no les pesa la regla de irrevocabilidad del reconocimiento.

Ahorabien, **no todas las puertas están cerradas**. Es claro que, **si el reconociente obró a partir de estar convencido de la existencia de vínculo biológico**, es decir no sabía que no era su hijo, cometió **un error**. Si lo hizo mediando engaños o se ha ejercido violencia sobre su persona, **su voluntad está viciada**. También ello se ve en el caso de no contar con **pleno uso de sus facultades mentales** o en los de imposibilidad por diferencia de edad o imposibilidad reproductiva conocida con posterioridad.

En esos casos, el reconociente podrá plantear **la nulidad del acto jurídico del reconocimiento** sobre la base de afirmar **la inexistencia de vínculo biológico** -pruebas genéticas- y que realizó el reconocimiento **mediando un error o por haber sido obligado a reconocer mediante violencia o inducido dolosamente a hacerlo mediante engaños**, por ejemplo, tal como vimos en el párrafo anterior.

La demanda se dirige tanto contra la madre como contra el hijo. En tanto y en cuanto las cuestiones vinculadas con filiación son de orden público, **será insuficiente el allanamiento de los demandados**, es decir, que los demandados reconozcan la inexistencia de vínculo. Consecuentemente, aun mediando allanamiento o reconocimiento de los hechos, deberá efectuarse la etapa probatoria y recurrirse, en general, a la prueba genética para probar la inexistencia de vínculo y a otras pruebas para acreditar el vicio de la voluntad, por ejemplo.

La acción de nulidad del acto jurídico de reconocimiento **no procede si el reconocimiento fue hecho sabiendo la inexistencia de vínculo** dado que no podría acreditarse el error. Tampoco procede si la persona **se comportó de modo negligente**, es decir, conforme las circunstancias del caso debió haber tomado algunas precauciones antes de realizar el reconocimiento y no lo hizo.

Finalmente, para ejercer la acción de nulidad también existen plazos, que en este caso son plazos de prescripción. En tanto, en general, los vicios que pueden alegarse se vinculan con la voluntad de quien otorgó el acto jurídico de reconocimiento, el plazo de prescripción será de dos años contados desde el error o el dolo fueron o pudieron ser conocidos o desde que cesó la violencia (2562).

## 5. La filiación y los casos vinculados con países extranjeros

El Código Civil y Comercial prevé normas que permiten determinar ante qué jueces deben tramitar aquellos casos vinculados en los que se debata sobre

filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, cuando las partes no se domicilian en nuestro país y cuando es aplicable el derecho extranjero (ver Introducción, 9).

Para establecer ante qué jueces deben tramitar los juicios que puedan ser entablados en esta materia, la ley determina que las “acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor” (2631, 1er p). En los casos de reconocimiento filiatorio “son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento” (2631, últ. p).

Ahora bien, respecto de cuál es el derecho que deben aplicar los jueces que sean competentes, la normativa pauta que “el establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, **el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo**” (2632, 1er p).

La determinación de quiénes pueden iniciar las acciones filiatorias (legitimación activa) y quiénes deben ser demandados (legitimación pasiva), como así también el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado, son los establecidos en el derecho que se considere aplicable conforme al párrafo anterior (2632, últ. p).

Por su parte, las “condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto” (2633, 1er p). La capacidad exigida al autor del reconocimiento “se rige por el derecho de su domicilio” (2633, 2° p) y la forma del reconocimiento “se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo” (2633, últ. p).

Nuestra normativa establece que “Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño” (2634, 1er p). Es decir, el mandato legal pasa por **resguardar los derechos de los niños** y únicamente desconocer un determinado emplazamiento filiatorio cuando **vulnera nuestro orden público**.

En gran parte las dificultades se presentaban respecto de aquellos países que

admitían técnicas de reproducción humana asistida. Actualmente, en tanto tal tipo filiatorio ha sido receptado por nuestro derecho interno, la normativa nos dice que “Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño” (2634, últ. p). Para el caso de la filiación emergente de una maternidad subrogada o gestación por sustitución, a nuestro entender la ausencia de una regulación interna específica en la materia no importa, por sí misma, una vulneración a nuestro orden público.





## Capítulo VIII

### La adopción

Las distintas culturas, a lo largo de la historia de la humanidad, no han concebido de igual manera a los lazos filiatorios y a las relaciones de parentesco, los que, como tales, son construcciones culturales que no están determinadas exclusivamente por los vínculos biológicos.

Actualmente, en mayor o en menor medida, todos sabemos de algunas personas -conocidos, amigos, compañeros de trabajo- que no han sido criadas por sus padres sino por otras personas, sus abuelos, sus tíos, sus hermanos, una familia amiga. A veces, su rol en esas familias ha sido el de nieto, sobrino, hermano y otras **han recibido el trato de hijos**, como si hubiesen sido hijos biológicos.

Por las redes sociales se suelen ver pequeños videos de niñas que le hacen saber a la pareja de su madre que quieren llevar su apellido, que quieren poder decir que son sus hijas. O señores que se ponen en cuclillas y le preguntan a un pequeño niño si quiere que él sea su padre y el niño lo abraza y colma de lágrimas los ojos de su madre.

Entre los susurros de los adultos hemos conocido también que a tal persona fue anotada como hijo de sus padres pero que no lo es, que lo fueron a buscar a un lugar, que se los dieron en la puerta de un hospital o de una iglesia, que a la mamá verdadera le dijeron que había nacido muerta y se la dieron. Hemos oído historias un tanto más viejas de personas que ya de grandes se enteraron de que su hermana mayor en verdad era su madre y que sus padres, en verdad, eran sus abuelos.

En otros casos algunas niñas, algunos niños, han crecido con una familia a la que sus padres los mandaron para ser criados porque ellos no podían y, a veces, quedaron en situaciones de cuasi servidumbre. Otros, se criaron en la calle, a su suerte.

Es decir, de modo alguno nos son ajenas las situaciones de crianza de una persona por quienes no son sus padres biológicos, ni tampoco lo es que **esa persona haya sido colocada en el lugar de un hijo aun cuando biológicamente no lo era**.

Quien lea los párrafos anteriores podrá decir que, en algunos de los supuestos comentados, hemos hablado de la **adopción** y de **padres, madres, hijos e hijas**



**adoptivos**, y, al menos en nuestro país, no se verá sorprendido si le decimos que **los hijos adoptivos son iguales a los hijos biológicos**.

Sin embargo, no siempre el derecho ha reconocido un vínculo filiatorio en esas relaciones, es más hoy en día en muchos países no es admitido ni tampoco es receptada la adopción como institución tal cual aquí la conocemos. Recordemos que en Argentina la adopción se incorporó a nuestro derecho recién en 1948, no porque no se la conociera sino porque había sido expresamente dejada de lado por nuestro legislador del siglo XIX.

Desde aquellos años y hasta la actualidad se ha ido desarrollando y ha sufrido cambios que, con mayor o menor precisión, han reflejado cómo nuestra sociedad entiende a la adopción. Hemos pasado desde una concepción cuasi caritativa ante situaciones de emergencia, a una suerte de institución proveedora de hijos a quienes no podían ser padres y finalizamos en la concepción actual que seguidamente desarrollaremos. Sin embargo, nada indica que aquellos modos de pararnos frente a esta institución hayan desaparecido por completo o que esas conductas no deseables hayan cesado.

## 1. Adopción y filiación

Como puede leerse entre las líneas anteriores, la adopción trasciende el vínculo filiatorio entre hijos y padres adoptivos y se instala en un marco jurídico mayor: el del derecho de los niños, niñas y adolescentes (ver cap. II) y el de las políticas adoptadas en su consecuencia.

Esta perspectiva ha sido reflejada en nuestro Código Civil y Comercial de un modo más que claro: “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” (594, 1er p).

Vamos a desgranar un tanto este concepto:

El punto de partida pasa por remarcar que la adopción **es una institución jurídica**, en otras palabras, lo concibe como un sistema complejo de principios y de normas vinculadas entre sí que va más allá de un único ordenamiento normativo.

Luego, debemos señalar que los niños tienen derecho a vivir en una familia que “le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales” y, claro está, ese derecho se encuentra radicado inicialmente en su familia de origen, en su familia de nacimiento.



Cuando esa familia de origen no puede procurar a sus hijos esos cuidados, por ciertas razones que abordaremos, nace el derecho de los niños a que otra familia cumpla con ese rol.

Esa otra familia podrá ser, depende el caso, su propia familia extensa: sus abuelos, sus hermanos, sus tíos, tal como lo repetiremos varias veces.

Puede darse también que ello no sea posible y que haya que recurrir a personas ajenas a la familia de nacimiento.

Sin embargo, todos estos recursos pueden ser articulados sin necesidad de encuadrarlo en el sistema de adopción, así en el caso de la familia extensa los niños podrán ser criados por su abuela bajo el sistema jurídico de la tutela, o en el caso de un adolescente que decida transitar sus días hasta la mayoría de edad con una mera guarda judicial.

¿Cuándo estamos frente a la adopción? Cuando ese derecho se concreta en una familia donde los niños ostentarán la condición de **hijos**, es decir, **trazarán un vínculo filiatorio**. De lo contrario no estaríamos en **adopción** sino en esos otros sistemas que describimos.

La **filiación adoptiva**, entonces, la podemos entender como un vínculo por el que una persona queda ubicada en el lugar de hijo de otra u otras personas que no son sus progenitores biológicos y que tampoco expresaron con anterioridad voluntad procreacional respecto de ella. Mas no podemos perder de vista que la filiación adoptiva **es un elemento** dentro de un sistema normativo mayor: **el de la adopción como institución**. Ese vínculo solo se establece **mediante una sentencia judicial que emplaza al adoptado en el estado de hijo** (594, 2° p).

## 2. La adopción: un derecho de los niños

Como vemos la **institución adopción** está pensada **desde la perspectiva de los derechos de los niños**. Ellos tienen un nítido derecho a **exigir una familia que lo críe como hijo sin vulnerar sus derechos fundamentales**.

Entonces, **todo gira alrededor de los niños y sus derechos**.

Así, entre los **principios generales** que rigen a la adopción en nuestro ordenamiento, el primero es el de **interés superior del niño** (595, a). Este principio surge de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que dice: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (CIDN, 3, 1er ap). Esta Convención ostenta **jerarquía**



**constitucional** (CN, art. 75, inc. 22, ver “Introducción”, 2). Tal como vimos en el capítulo II, la ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes nos dice que “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” (L. 26.061, 3).

### **2.1. ¿Cuál es el derecho, entonces, de quienes pretenden ser padres adoptivos?**

Vamos a barajar este supuesto: todas las mujeres y todos los hombres de nuestro país están en condiciones de criar a sus niños -hijos, nietos, hermanos-garantizándoles razonablemente sus derechos. Si así fuere, **ningún niño requeriría de una familia adoptiva**. Ello, como contracara, importaría un límite preciso al derecho a ser padres adoptivos dado que no existiría tal posibilidad.

Ahora bien, todos sabemos **que el supuesto no se da en la realidad**, sea por las razones que fuere: porque no se conoce quiénes son los progenitores, porque los familiares han fallecido y no hay quien pueda hacerse cargo, porque no existe el deseo de ser madre o de ser padre, porque se es demasiado joven y no se está en condiciones de asumir la paternidad o la maternidad, porque nos encontramos frente a adultos que vulneran sistemáticamente los derechos fundamentales de sus hijos. Lo cierto es que, en ciertos casos, **la familia de origen no puede garantizar el derecho del niño a criarse en el seno de esa familia**. Como adelantamos, es allí **donde nace del derecho a ser adoptado, el derecho a ser recibido en una familia adoptiva**.

Entonces, **el derecho de los adultos a ser padres adoptivos depende, necesariamente, de que un niño, una niña, un grupo de hermanos, requieran de una familia adoptiva**.

Así las cosas, **quienes pretenden adoptar tienen la facultad de postularse para ser padres adoptivos**, sin que ello alcance al derecho de exigir el otorgamiento de un niño en adopción, otorgamiento que se dará o no conforme haya niños que requieran de una familia adoptiva.

### **3. La familia de origen**

El derecho de los niños a ser criados **por su familia de origen** se vincula íntimamente con el **derecho a la identidad** y lo veremos mostrarse a lo largo de todo este capítulo. La **preservación del derecho a la identidad** está contemplada en la CIDN (8) y como tal también observa jerarquía constitucional y es receptada como un **principio general de la adopción** (595, b).



Comprende, entre otros aspectos, la historia de la familia donde nació, la cultura a la que pertenece, el ámbito geográfico donde se radica, la instrucción alcanzada por los integrantes de la familia, la situación económica familiar.

En el mismo derrotero, la CIDN prevé que “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” (9, 1).

Dentro de ese marco, los **“cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales”** cuya procura exige la ley se interpretan **en función de la identidad de esa familia**, con las características que esbozamos en el párrafo anterior. La condición establecida por la norma es que **esa familia no vulnere los derechos fundamentales de sus hijos**, pero de modo alguno exige que se trate de una familia “modelo” o “ideal”.

Podemos, entonces, comprender así las razones por las cuales entre los **principios generales de la adopción** se prevean:

- ✓ “el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada” (595, c);
- ✓ “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” (595, d);
- ✓ “el derecho a conocer los orígenes” (595, e).

### 3.1. El derecho a conocer sus orígenes

Hace algunos años era muy común que las familias adoptivas -y las personas vinculadas a ellas- ocultaran a sus hijos su origen biológico, a modo de un intento por asimilarse a una familia con hijos naturalmente concebidos. Existía también un cierto estigma social sobre los niños que eran hijos adoptivos, de un modo parecido al que se daba respecto de los hijos de padres divorciados.

El error se nos muestra palpable. Más allá del derecho a la identidad que hemos esbozado en el párrafo anterior y que responde a nuestra actual concepción, es claro que aquella intención tenía patas tan cortas como la

mentira sobre la que se había construido. Los datos acerca del origen biológico son numerosos, afloran por muchos costados de la vida, generan preguntas, dudas. En algún momento la verdad aparece y puede transformarse en un duro cuestionamiento, puede terminar arrasando la supuesta buena intención.

Si bien en una pequeñísima proporción, en nuestros días aún podemos encontrarnos con el paradigma del “de esto no se habla”. Más allá de lo que puntualizamos en el párrafo anterior, hoy sabemos que **el derecho a conocer los orígenes se basa en el derecho a la identidad** y que esos derechos están **constitucionalmente protegidos**.

Este derecho de los niños se refleja en una obligación para los adultos. Así, nuestra normativa expresamente ordena que **“Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente”** (596, 4° p). La familia debe tener en cuenta **la edad y el grado de madurez** de los hijos para ir comunicando esta información. En ese sentido, la ley los habilita a solicitar asesoramiento ante los organismos administrativos de niñez y ante el registro de adoptantes interviniente (596, 2° p).

Este tipo de obligaciones suelen ser recibidas como simples recomendaciones, mas no lo son. El incumplimiento de este deber puede derivar, entre otras posibilidades, en un posterior reproche por parte de los hijos. En ese sentido, recordemos lo que ya expusimos en el capítulo sobre filiación respecto de las **demandas de daños y perjuicios** (cap. VII, 4.6.9), dado que ese incumplimiento se refleja en una **conducta antijurídica**, que puede generar **daños** (material y moral) vinculados con esa conducta y atribuibles a los padres adoptivos.

Nuestras normas van un poco más allá y otorgan **a los hijos adoptivos una acción legal para obtener información acerca de sus orígenes biológicos**.

Como pauta general, dice la ley que “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” (596, 1er p).

Se trata de un derecho subjetivo de los niños adoptados que no puede eludirse mediante ninguna justificación. Sin embargo, tal como lo dice la norma, se deberá concretar teniendo en cuenta **la edad y el grado de madurez** alcanzado, extremos que repercutirán en el cómo de la comunicación. La norma contempla estas circunstancias y dispone que “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” (596, 2° p).

Para que el derecho a conocer sus orígenes pueda realmente concretarse, la normativa ordena tanto al Poder Judicial como a la Administración Pública que los expedientes y actuaciones contengan “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” (596, 3er p).

### 3.1.1. ¿Cómo se gestiona este derecho?

Del texto normativo que hemos transcripto en el punto anterior puede inferirse que el pedido para conocer sus orígenes y los datos obrantes en las actuaciones judiciales y administrativas **no requiere de ninguna formalidad especial**. Alcanza con que así sea solicitado en dichas actuaciones.

Amén de ello, la ley otorga al **adolescente adoptado** una **acción judicial autónoma** a tales fines, la que debe ejercer con la asistencia letrada (596 últ. p). Recordemos que los adolescentes son las personas menores de edad que cumplieron trece años (25, 2° p). Sin embargo, **las personas menores de trece años también podrán ejercer esta acción a través de sus representantes legales**, sus padres, por ejemplo.

## 4. ¿Quiénes pueden ser adoptados?

Todas las personas pueden ser hijos adoptivos, tanto sean personas menores de edad o mayores de edad. Sin embargo, como veremos, en este último caso se trata de una situación excepcional.

También **pueden adoptarse varias personas de un modo simultáneo o sucesivo** (598, 1° p). Así, pueden ser adoptados un grupo de hermanos tanto sea al mismo tiempo como espaciados en el tiempo, o varios niños que no tienen vínculos de parentesco entre sí, siempre y cuando se den todas las condiciones exigibles para las adopciones en general.

La ley nos dice que **la existencia de hijos u otros descendientes no es un obstáculo para la adopción**. Sin embargo, **los jueces los deben escuchar y valorar su opinión** de conformidad a su edad y grado de madurez (598, 2° p).

### 4.1. La adopción de una persona que ya ha sido adoptada

Puede darse el caso que los padres adoptivos de una persona fallezcan, o que la adopción sea declarada nula o se dé otra causa de extinción de la adopción.

En ese caso, la ley permite otorgar una nueva adopción sobre la persona



menor de edad (599). Se aplicarán, en ese caso, las mismas normas que estamos analizando en este capítulo.

También puede darse el caso que una persona adoptada encuentre gravemente vulnerados sus derechos durante su niñez y que ello implique adoptar una medida excepcional por parte del Estado. En ese caso, también se desarrollarán respecto de esos niños los mecanismos que, en su caso, llevarán a generar una nueva adopción (ver 7.1.3. y cap. II).

#### 4.2. Las personas menores de edad

La adopción ha sido concebida en función de los **niños y adolescentes**; desde la perspectiva de su capacidad en beneficio de las personas menores de edad.

¿Cualquier persona menor de edad puede ser adoptada? Pues bien, las condiciones establecidas por la ley son las siguientes, (597, 1er p).

- ✓ que se trate, claro está, **de personas menores de edad**, que tal como ya sabemos son las personas que no han cumplido los dieciocho años (25);
- ✓ que **no estén emancipadas**. La emancipación permite que una persona menor de edad pueda ejercer todos los derechos de las personas mayores de edad con algunas limitaciones que establece la ley, sin estar sometido a la autoridad de sus padres. Hoy por hoy la única posibilidad de emancipación es **el matrimonio**, que tal como hemos visto puede ser contraído por personas menores de edad con la autorización de sus padres o autorización judicial (27, ver cap. I, 4.1.3.b). Sin embargo, ello no implica que si una persona menor de edad contrajo matrimonio no pueda ser adoptada, sino que deberá recurrir a las normas que veremos en el punto siguiente respecto de los mayores de edad;
- ✓ que hayan sido **declaradas en situación de adoptabilidad**. Esta declaración es una sentencia judicial que se adopta luego de haber sido verificadas ciertas circunstancias que estudiaremos en profundidad en este mismo capítulo (ver 7.1);
- ✓ o, en su caso, que sus padres hayan sido **privados de la responsabilidad parental**. La privación de la responsabilidad parental solo puede ser ordenada mediante una sentencia judicial suscripta luego de un proceso donde se comprueben las causales de privación previstas en nuestra normativa (700, 700 bis, ver cap. IX, 8.1). La sentencia de privación de la responsabilidad parental, a los fines de la adopción, equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad (610). Como veremos luego, este aspecto adquiere particular importancia en la adopción de integración (ver 6.3).



### 4.3. Las personas mayores de edad

La adopción de **personas mayores de edad es excepcional** (597, 2° p) y puede darse en estos dos casos:

- ✓ cuando “se trate **del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar**” (597, 2° p. a). Se trata de la adopción de integración cuyo desarrollo haremos en el punto 6.3;
- ✓ cuando “hubo **posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada**” (597, 2° p. b). Recordemos que **posesión de estado** es el haber recibido públicamente el trato de hijo por parte del reconociente (ver cap. VII, 4.6.6).

Puede suceder que un proceso de adopción se inicie mientras la persona adoptada es menor de edad y culmine cuando ya ha alcanzado la edad de dieciocho años. En ese caso, corresponde continuar el tratamiento tal como si se tratase de una persona menor de edad.

Ahora bien, si el juicio es iniciado cuando ya es mayor de edad debemos tener en cuenta que, tanto sea que se trate de una adopción de integración o de quien pretende el reconocimiento de la posesión de estado de hijo, siempre se dirigirá respecto de una familia determinada (es muy frecuente que esa familia comparezca en el juicio junto con quien pretende la adopción). De ese modo, no procederá la declaración en situación de adoptabilidad, ni la guarda preadoptiva como así tampoco deberá recurrirse al registro de adoptantes.

Recordemos que, si hay otros descendientes de los pretendidos adoptantes, los jueces deben citarlos, escucharlos y valorar su opinión de acuerdo con su edad y grado de madurez (598, 2° p).

### 4.4. Igualdad entre hermanos

La normativa establece que “**Todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí**” (598, 3er p).

## 5. ¿Quiénes pueden ser adoptantes?

En nuestro país cualquier persona puede adoptar, tanto sea una persona sola, un matrimonio o unión convivencial, en tanto y en cuanto se cumplan estas condiciones:

- ✓ debe ser al menos **dieciséis años mayor** que la persona adoptada, excepto en la adopción de integración que es cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente (599, 2° p);

- ✓ debe **residir 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** (600, a). Este requisito nos remite a la **adopción internacional** al que nos referiremos en el punto 11;
- ✓ debe estar **inscrita en el registro de adoptantes** (600, b), excepto en el caso de adopción de integración (632, b);
- ✓ debe haber cumplido **veinticinco años**, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito (601, a);
- ✓ **no debe ser ascendiente** de la persona a adoptar, es decir, un abuelo no puede adoptar a su nieto, por ejemplo;
- ✓ **no debe ser hermano ni hermano unilateral** de la persona a adoptar (601, c)

### 5.1. Situación de las personas casadas o en unión convivencial

Cuando se trata de **personas casadas o en unión convivencial** que quieren adoptar, la regla general es que **deben adoptar conjuntamente** (602).

Ahora bien, esa regla no rige si los cónyuges están **separados de hecho** (603, b), o si el cónyuge o conviviente ha sido **declarado persona incapaz o de capacidad restringida** y la sentencia le **impida prestar consentimiento válido para este acto** (603, a). En este último caso, debe oírse al Ministerio Público y al curador o apoyo y, si es el pretense adoptante, se debe designar un curador o apoyo a los fines de ese juicio.

### 5.2. Situación de las personas divorciadas o cesada la unión convivencial

En general, el caso quedará comprendido en el límite anterior, es decir, si ya no conviven o están divorciados podrán adoptar unilateralmente. Sin embargo, es factible que el vínculo con la persona a ser adoptada se haya iniciado durante el matrimonio o la unión convivencial y haya habido, consecuentemente, posesión de **estado de hijo**. En ese caso, aun estando divorciados o separados, **podrán adoptar conjuntamente** (604). La norma agrega que los jueces deben valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño.

### 5.3. Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores

El supuesto es el siguiente: una jueza otorgó una guarda con fines de adopción (ver 7.3) en favor de dos cónyuges o de dos convivientes y estableció

la duración de la guarda en seis meses. Antes del vencimiento de ese plazo, fallece uno de los cónyuges o uno de los convivientes. En ese caso, **los jueces pueden otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja** (605). 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.

#### 5.4. Adopción por los tutores

Recordemos que la **tutela** “está destinada a 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” (104, ver cap. I, 6.1.2).

La **adopción** es posible por parte del **tutor** de una persona menor de edad respecto de esa persona. Ahora bien, la ley exige que esa adopción sólo puede concretarse **una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela** (606).

Las obligaciones de la tutela las hemos desarrollado en el Capítulo I (ver 6.1.2) no obstante lo cual vamos a remarcar aquí la obligación de **rendir cuentas** que pesa sobre los tutores y que tales cuentas estén debidamente aprobadas (130).

### 6. Los tipos de adopción

Nuestra legislación prevé tres tipos de adopción: la plena; la simple y la de integración (620), las que estudiaremos por separado seguidamente.

#### 6.1. Adopción plena

“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” (620 1er p).

Como en toda adopción, la persona adoptada ostenta el carácter de hijo de sus padres adoptivos, mas en la adopción plena no solo se coloca en esa condición, sino que traza vínculos con toda la familia adoptiva, extinguiéndose en principio los lazos filiales con la familia de origen. Es decir, queda en una total igualdad de condiciones que los hijos biológicos.

La adopción plena **es irrevocable** (624) y solo podría ser atacable por **nulidad** tal como lo veremos en el punto 8.

Claro está que también se ven acotadas las **acciones de filiación** a los fines de ser emplazado en el carácter, por ejemplo, de hijo extramatrimonial de tal persona, sin embargo, la normativa permite esas acciones -del adoptado contra sus progenitores- como así también el **reconocimiento** al sólo a los efectos de posibilitar los **derechos alimentarios y sucesorios** del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.

### 6.1.1. ¿Cuándo los jueces pueden otorgar una adopción plena?

La ley brinda un primer criterio: “se debe otorgar, preferentemente, **cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida**” (625, 1er p).

La situación preferencial es clara y no deja lugar a dudas: se trata de niños cuya familia de origen no ha podido ser determinada y, consecuentemente, necesitan indefectiblemente de una familia en la que asentarse con todos los derechos y obligaciones propios de los hijos, de la filiación y del parentesco.

Ahora bien, la normativa habilita también otros supuestos donde la posibilidad de otorgar una adopción plena puede encontrar fuertes fundamentos, pero en los que también puede entenderse como más conveniente el otorgamiento de una adopción simple:

- ✓ **“cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad”** (625, a): unos párrafos más adelante vamos a referirnos al camino que nos conduce a la adopción del que la declaración en situación de adoptabilidad es el primer paso. Adelantándonos un poco, tales declaraciones se dan, en gran parte de los casos, luego de un procedimiento administrativo iniciado a partir de haber constatado la grave vulneración de derechos por parte de la familia biológica. Sin embargo, no todos los casos derivan en una necesaria extinción de vínculos con dicha familia;
- ✓ **“cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental”** (625, b): la sentencia de privación de responsabilidad parental equivale a la declaración de situación de adoptabilidad, con lo que podemos recurrir a argumentos similares a los expuestos en el punto inmediato anterior (ver cap. IX, 8.1). Claro está que la privación debe afectar a ambos progenitores. En ese sentido, la adopción de integración (ver 6.3) encontrará un obstáculo si el otro progenitor no ha sido privado de la responsabilidad parental o la misma se ha extinguido y si no presta su conformidad;
- ✓ **“cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción”** (625, c): esta manifestación es

plenamente válida luego de transcurridos 45 días posteriores al parto (607, b); como veremos, consiste en la voluntad de dar en adopción, pero no alcanza a la elección de la persona del adoptante en tanto y en cuanto la guarda con fines adoptivos por entrega directa está prohibida (611, ver 7.1.2).

### 6.1.2. Subsistencia de vínculos con la familia de origen

Es posible, también, que los jueces entiendan que en ciertas situaciones es más conveniente para la persona adoptada **mantener subsistentes vínculos jurídicos con uno o con varios parientes de la familia de origen**. Por ejemplo, una niña declarada en situación de adoptabilidad a partir de graves vulneraciones de derechos ejercidas por su papá y por su mamá ha conservado un buen vínculo con sus abuelos maternos, o con algunos de sus hermanos. Los jueces pueden decidir la adopción plena y de ese modo **extinguir los vínculos jurídicos con toda su familia de origen excepto con sus abuelos, o con tal o cual hermana** (621, 2° p).

## 6.2. Adopción simple

A diferencia de la adopción plena, la simple únicamente confiere al adoptado el **estado de hijo** de su o sus adoptantes, pero **no crea**, en general, **vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante**. (620, 2° p).

### 6.2.1. Efectos

Como consecuencia de ello, la normativa establece que “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**” (627, a).

La conservación de vínculos jurídicos con la familia de origen permite a la persona adoptada, como lo veremos a continuación ejercer respecto de ellos algunos derechos, pero su inserción familiar radica en la familia adoptiva y serán sus padres adoptivos quienes tendrán la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, con sus derechos y obligaciones.

En materia **alimentaria**, el **adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen** en tanto y en cuanto sus adoptantes no puedan proveérselos (627, c), con lo que si bien ese derecho alimentario subsiste la obligación principal pesa sobre los padres adoptivos. Desde otra perspectiva, por ejemplo, la educación, las actividades cotidianas, las autorizaciones requeridas

por la ley en ciertas ocasiones, como por ejemplo salir del país, serán decididas por los padres adoptivos en tanto y en cuanto la familia de origen no conserva derechos vinculados con la responsabilidad parental.

Uno de esos derechos que la ley reconoce a la familia de origen es el de **comunicación con la persona adoptada**. Sin embargo, el ejercicio efectivo de ese derecho encuentra un límite en el interés superior de esa persona, con lo que no será autorizada por los jueces si esa comunicación es inconveniente para ella (627, b).

La persona adoptada 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** (627, d). Si no hay una petición expresa al respecto, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena. Sobre este aspecto volveremos en el punto 7.2. de este capítulo.

En materia **hereditaria** debemos recurrir al derecho de las sucesiones (627, e). Específicamente en lo que hace a la **sucesión de los descendientes**, la normativa nos dice que “El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida”. En ese sentido, recordemos que los hijos del causante, es decir de la persona fallecida, lo heredan por derecho propio y por partes iguales (2426). Ahora bien, si no hay descendientes (**sucesión de los ascendientes**), heredan los ascendientes más próximos en grado, quienes dividen la herencia por partes iguales (2431). En este punto, la norma aclara que “**Los adoptantes son considerados ascendientes**. Sin embargo, en la **adopción simple**, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. Estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedan bienes vacantes. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen” (2432). Veamos: los adoptantes excluyen a los padres de origen en la sucesión de sus hijos adoptivos, excepto respecto de aquellos bienes que los hijos adoptivos hayan recibido de sus familias de origen por título gratuito. Del mismo modo, si los bienes fueron recibidos por el adoptado a título gratuito de su familia de origen, los excluidos son los padres adoptivos. En ambos casos, las exclusiones no operan si quedan bienes vacantes.

En materia de **acciones de filiación**, después de acordada la adopción simple se admite su ejercicio por el adoptado contra sus progenitores, como así también el reconocimiento del adoptado (628). La procedencia de las acciones de filiación, como así también el reconocimiento por parte del progenitor

biológico, encuentra sustento en la subsistencia del vínculo con la familia de origen que, como vimos, es la característica distintiva de la adopción simple. Sin embargo, la norma también nos dice que “ninguna de estas situaciones debe alterar los efectos de la adopción simple” que en los párrafos anteriores hemos comentado (627, 628).

### 6.2.2. Revocación

Otra característica que diferencia la adopción simple de la adopción plena es su **revocabilidad**, es decir, puede ser dejada sin efecto. ¿En qué casos?:

- ✓ “por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad” (629, a);
- ✓ “por petición justificada del adoptado mayor de edad” (629, b);
- ✓ “por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente” (629, c).

Tal como observamos la revocación se produce a través de un trámite judicial. En el segundo y último supuestos no precisa mayores explicaciones. En cuanto al primero, es decir, a las **causales de indignidad**, recordemos que las mismas son las previstas en el **derecho de las sucesiones**. La ley contempla las siguientes respecto de la persona fallecida (causante), es decir, de la persona fallecida, mas en nuestro caso debemos entenderlas como conductas desarrolladas entre adoptante y adoptado:

- ✓ “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. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena” (2281, a);
- ✓ “los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria” (2281, b);
- ✓ “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” (2281, c);
- ✓ “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” (2281, d);
- ✓ “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” (2281, e);
  - ✓ “el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad” (2281, f);
  - ✓ “el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental” (2281, g);
  - ✓ “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” (2281, h);
  - ✓ “los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones” (2281, i).

La norma sucesoria indica, además, que en todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal”. Consecuentemente, solo será una **sentencia judicial** la que tenga por operada la revocación de la adopción.

La revocación **extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro** (629, 2° p). Ello implica que las consecuencias jurídicas habidas entre el otorgamiento de la adopción simple y la revocación se han consolidado y son válidas.

Una vez revocada la adopción, el adoptado **pierde el apellido de adopción**. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por los jueces conservarlo (629, últ. p).

### 6.2.3. Creación de vínculos jurídicos con la familia del adoptante

Como vimos la adopción simple sólo crea vínculos entre adoptado y adoptante mas no con la familia del adoptante. Sin embargo, en un modo similar al que vimos en adopción plena, los jueces pueden, cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, **crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante** (621 2° p). 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.



#### 6.2.4. Conversión

La ley habilita a los jueces a **convertir una adopción simple en plena** si bien no lo puede hacer de oficio, sino que debe mediar el pedido de las partes (622). Claro está que debe haber **razones fundadas** para ello. La conversión tiene efecto **desde que la sentencia queda firme y para el futuro**, con lo que los derechos que se consolidaron durante la adopción simple se rigen por sus normas mientras que los que se produzcan luego de la conversión se le aplicarán las normas de las adopciones plenas.

Así, por ejemplo, puede darse el caso de progenitores biológicos que se desentendieron totalmente de la suerte de sus hijos oportunamente adoptados por otras personas mediante adopción simple. En esos casos, la finalidad misma de sostener los vínculos jurídicos con la familia de origen se ha desdibujado en los hechos y en nada beneficia a la persona adoptada.

#### 6.3. Adopción de integración

Una mujer tiene dos hijos, su esposo fallece y al tiempo ella contrae nuevo matrimonio. Los hijos, poco a poco, comienzan a construir con el segundo marido de su madre un vínculo hijos-padre. Sin embargo, jurídicamente no son sus hijos, ni él es el padre.

Supuestos similares los podemos encontrar también en casos donde el progenitor a cargo ha conformado una nueva familia con otra persona que se ha colocado en el rol de padre o de madre y el otro progenitor ha sido privado de la responsabilidad parental, por abandono, por ejemplo, o en los hechos se desentendió de la suerte de sus hijos.

Como vemos, esas familias observan una dinámica familiar que no se condice con los vínculos jurídicos reconocidos. Si recurrimos a las normas generales en materia de adopción veremos que ninguna de ellas satisface plenamente la necesidad de **integrar jurídicamente** a esa familia, de hacer coincidir la realidad familiar con los vínculos jurídicos. Así la madre es titular y ejerce la responsabilidad parental, no estamos frente a una situación de medida excepcional que derive en una declaración de situación de adoptabilidad, el segundo marido de la madre no está inscripto en ningún registro de adoptante, por ejemplo.

Entonces, para estos casos, la ley contempla un tipo de adopción que se **configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente** (620 últ. p).

### 6.3.1. Efectos

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**” (629). Aun cuando se otorgue como adopción plena, los vínculos con el progenitor de origen que convive con el adoptante nunca se ven afectados.

Entre adoptado y adoptante, la normativa diferencia si la persona adoptada tiene un solo vínculo filial establecido (solo figura la madre, por ejemplo) o dos vínculos filiales (tiene padre y madre, madre y madre, padre y padre).

En el primer caso, cuando sólo tiene un vínculo filial de origen, **se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena** (631, a). Es decir, **sin afectar al progenitor de origen**, la persona adoptada es **hija** del adoptante y se generan vínculos con toda la familia del adoptante. La ley aclara que 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.

En el segundo caso, cuando hay doble vínculo filial, los jueces pueden otorgar **adopción plena o simple** según las circunstancias del caso y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño (631, b, 621). De ese modo, se deberá estar al caso concreto y ponderar cuál de los dos tipos se adecua mejor a la realidad de la persona adoptada en su marco familiar. Recordemos aquí las facultades que tienen los jueces de conservar vínculos jurídicos en las adopciones plenas o de crearlos en las adopciones simples (ver 6.1.2 y 6.1.3). Si tomamos los ejemplos que dimos en el punto 6.3., es posible que los niños conserven en los hechos una fluida relación con la familia paterna y que se desee su preservación.

### 6.3.2. Reglas específicas para la adopción de integración

En tanto la adopción de integración parte de un supuesto muy particular, tiene algunas reglas específicas, si bien los lineamientos generales que ya hemos visto también son de aplicación.

La normativa establece que los **progenitores de origen deben ser escuchados**, excepto causas graves debidamente fundadas (632, a). En los procesos de adopción en general, los progenitores son escuchados desde el momento mismo en que los niños son separados del núcleo familiar (medida excepcional) o al momento de expresar su voluntad de dar en adopción, por ejemplo. En este caso particular, como lo adelantamos, no nos encontramos frente a niños cuyas familias no pueden proporcionarles adecuadamente sus necesidades afectivas y materiales, y la ley prevé que tal requisito no es exigible al caso (632, f). Por

el contrario, están bajo el cuidado de uno de sus progenitores. Ahora bien, **la necesidad de escucha** de los progenitores reposa en que, con un mayor o menor alcance, el otorgamiento de la adopción repercutirá en el vínculo filiatorio y en el ejercicio de la responsabilidad parental, con lo que su cumplimiento se muestra ineludible **excepto causas graves**.

Sabemos que uno de los requisitos propios para quienes pretenden ser padres adoptivos pasa por estar inscriptos en el **registro de adoptantes**. En este caso, tal requisito **no es exigible** (632, b) dado que la adopción se vincula con niños en particular y no con la generalidad de aquellos que hayan sido declarados en situación de adoptabilidad.

De igual modo sucede con las prohibiciones en materia de **guarda de hecho** (632, c), la exigencia de **declaración judicial de la situación de adoptabilidad** (632, d) y de **guarda con fines de adopción** (632, e), acerca de las cuales nos explayaremos más adelante.

### 6.3.3. Efecto retroactivo

Los efectos de la sentencia que otorga la adopción de integración se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción (618).

### 6.3.4. Revocación

Del mismo modo y por las mismas causales que hemos visto en adopción simple (ver 6.2.2), la adopción de integración es revocable, tanto sea que haya sido otorgada con carácter de plena o simple (633).

## 7. El proceso de adopción

Los niños, como ya lo adelantamos y reiteramos, tienen derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia que respete, preserve y garantice sus derechos fundamentales. El primer ámbito donde ello debe darse es en la familia integrada por sus progenitores y, en caso de no ser ello posible, en la conformada por sus parientes, abuelos, hermanos, tíos, es decir, en su familia ampliada. Amén de ser repetitivos, la experiencia nos indica que ello no siempre es posible, por múltiples razones. Ante esa imposibilidad es donde nace el derecho de los niños a la familia adoptiva.

Es sobre esta plataforma de derechos y de hechos que se construye el **proceso de adopción**.

Recurrentemente se sostiene que este proceso es **burocrático** y que **las personas deben esperar años para poder adoptar**. Estas percepciones parten siempre de la **perspectiva de los derechos de los adoptantes**. El adjetivo **burocrático** está utilizado en su acepción con contenido más negativo, es decir como referido a una “administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas”, tal como lo define la Real Academia Española. Sin embargo, los trámites que deben efectuar los postulantes a la adopción se reducen a su **inscripción en el registro de adoptantes** y las renovaciones de tal inscripción. Como luego veremos, los requisitos a cumplimentar no son tantos ni tampoco son superfluos o injustificados. Luego, si son seleccionados, el trámite que deben hacer se limita al juicio de adopción, dado que el impulso de la guarda preadoptiva, como veremos, prácticamente está en cabeza de los jueces.

En cuanto **al tiempo de espera** cabe señalar que dependerá en gran medida de la existencia de niños declarados en situación de adoptabilidad. En ese orden, recordemos lo que ya expusimos en cuanto a que el derecho de los postulantes a ser padres adoptivos está atado a que haya personas que decidan dar sus hijos en adopción, personas que abandonen a sus hijos y no pueda establecerse quiénes son sus progenitores o su familia de origen o niños cuyas familias vulneren gravemente sus derechos. Desde ese punto de vista, reiteramos, **no existe una garantía de otorgamiento de una adopción**.

Vamos a estudiar el proceso **desde la perspectiva de los derechos de los niños**. La normativa diferencia **tres pasos o etapas**, pero podemos afirmar que se trata de un único proceso:

- ✓ La declaración de situación de adoptabilidad.
- ✓ La guarda preadoptiva.
- ✓ El juicio de adopción.

Al solo efecto de una mejor explicación, vamos a incorporar una etapa más que es la de la “**selección de la familia adoptiva**”, que la colocaremos entre la primera y la segunda etapa.

### **7.1. La declaración de situación de adoptabilidad**

Todo se inicia con niños o adolescentes cuya familia de origen no puede albergarlos como hijos en un marco de respeto a sus derechos fundamentales. En tanto se trata de una situación excepcional que repercute en el derecho de todo niño a ser criado por su familia de origen, los jueces deben declarar a esos niños **en situación de adoptabilidad**.

Los tres supuestos que la ley contempla son los siguientes:

- ✓ “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” (607, a);
- ✓ “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” (607, b);
- ✓ “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” (607, c).

En tanto la sentencia de **privación de la responsabilidad parental** es equivalente a la **declaración de situación de adoptabilidad**, podemos entenderlo como un cuarto supuesto (610).

### 7.1.1. Niños sin filiación establecida o cuyos padres fallecieron

Un ejemplo nítido es el de un bebé que es abandonado en la vía pública al nacer. En ese caso, el organismo administrativo -que será la autoridad administrativa facultada para adoptar medidas excepcionales- debe buscar a los progenitores o sus familiares de origen por un plazo originario de treinta días, prorrogables por otros treinta.

Para lograr el cometido apuntado, el organismo administrativo adoptará una **medida excepcional o de abrigo** (ver cap. II, 7.3) y deberá resguardar al niño, en nuestro caso un bebé, ya sea confiándolo al cuidado de una familia (familia solidaria, de la comunidad, sustituta, de tránsito) o de una institución especializada. Dicha medida estará sujeta a control de legalidad por parte de los jueces de familia (ver cap. II, 7.3.6) quienes deberán decidir acerca de la prórroga del plazo de búsqueda y, en su caso, acerca de la declaración de situación de adoptabilidad.

Los jueces deben adoptar su decisión en un plazo máximo de noventa días (607, últ. p) que se cuenta desde el momento en que la autoridad administrativa le comunica los resultados negativos de la búsqueda. Claro está que, si esa



comunicación no se produce una vez vencido el plazo de treinta días o de su prórroga, los jueces deberán intimar a la autoridad administrativa a expedirse.

Si los padres fueren hallados se abrirá una instancia distinta dado que se deberá ponderar en qué circunstancias se produjo el abandono, si existe voluntad de asumir la crianza o de dar en adopción. Conforme con cada situación, es posible que los niños vuelvan al cuidado de sus padres como así también que se haya producido algún tipo de conducta reprochable penal o civilmente y que importe afectar la responsabilidad parental. Si la instancia a transitar pasase por la adopción, el caso se encuadrará en las causales de declaración de situación de adoptabilidad que veremos a continuación.

También debe tenerse en cuenta que pueden ser hallados otros familiares y en ese caso, si los familiares se ofrecieren a asumir la guarda o tutela y ese pedido fuere considerarlo adecuado al interés del niño, los jueces no podrán declarar la situación de adoptabilidad (607, 2° p).

### 7.1.2. Decisión voluntaria de los padres de dar en adopción

Los padres pueden decidir que sus hijos sean adoptados. Para que esa decisión sea válida tiene que ser manifestada luego de los cuarenta y cinco días del parto.

La situación más frecuente es la de una mujer, generalmente sola, que toma tal decisión luego del parto o, quizás, un tiempo antes de dar a luz. La frecuencia es tal que la norma prevé precisamente este supuesto en particular al contemplar el **período de puerperio**, que es el período que va desde el parto hasta que la mujer se recupera plenamente tanto física como psicológicamente y en el que sus decisiones pueden verse afectadas en función de su estado emocional.

Sin embargo, la decisión podría también ser adoptada respecto de niños de una mayor edad.

El esquema es similar al que se daba en las **guardas preadoptivas por entrega directa**, actualmente prohibidas por la ley. La enorme diferencia actual pasa por **la imposibilidad de elegir a la familia adoptiva**. En todos los casos, se deberá recurrir a los postulantes inscriptos en el **registro de adoptantes**.

La manifestación debe ser efectuada **ante los jueces de familia**, quienes deberán entrevistar personalmente a los progenitores. Si bien es cierto que esos progenitores podrían presentarse directamente ante los jueces, en la mayor parte de los casos ya habrá intervenido el organismo administrativo de niñez. No será necesario en el caso adoptar una medida excepcional dado que los padres estarán ejerciendo la responsabilidad parental hasta el mismo momento de la declaración de situación de adoptabilidad, pero ello no importa perder



de vista que en muchos casos será necesaria la intervención del organismo administrativo de niñez para poder albergar al niño hasta tanto se cuente con una familia que asuma la guarda preadoptiva.

La situación de adoptabilidad deberá ser resuelta en un plazo máximo de **noventa días** contados desde el momento en que se recibió la manifestación de voluntad de los padres (607, últ. p).

Se debe tener en cuenta que 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 (607, 2° p). En ese sentido, es posible que se registre un **conflicto de intereses** entre los progenitores y la familia de origen, cuando sean los primeros quienes expresen su voluntad contraria a que sus familiares asuman el cuidado de sus hijos. Es muy común que **una mujer dé a luz y exprese su voluntad de dar a su hijo en adopción y se rehúse a que sean contactados su madre o su padre o sus familiares**. Aquí, los jueces deberán sopesar esa voluntad, que en el caso de la mujer ostenta una protección constitucional a partir de los tratados y convenios de derechos humanos tutores de los derechos de la mujer, como es el caso de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; con el de los niños a ser criados por su familia de origen, como así también las razones alegadas. En todos los casos, la legislación también prevé que esta posibilidad de asunción por parte de la familia de origen debe ser evaluado en función del interés del niño.

### 7.1.3. Medidas excepcionales sin resultados positivos

Tal como vimos en el capítulo “Derecho de la Niñez”, cuando los niños ven gravemente vulnerados sus derechos fundamentales en el seno de su grupo familiar por parte de quienes deberían garantizar esos mismos derechos y cuando han fracasado todas las medidas adoptadas para intentar recomponer esa situación familiar, el Estado puede adoptar una medida por la que se separa temporalmente a esos niños de esa familia (ver cap. II, 7.3). A estas disposiciones se las llama “**medidas de protección excepcional**”, “**medidas excepcionales**” o “**medidas de abrigo**”. La normativa las define, en el orden nacional, como “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” (L. 26.061, 39).

Las **medidas excepcionales** son adoptadas por el organismo administrativo especializado en niñez -cada provincia y la CABA definen cuál será esa autoridad



en su ámbito local- en tanto el poder judicial, a través de los jueces de familia, controla su legalidad, tal como lo hemos profundizado en el Capítulo II (ver 7.3.6).

La finalidad de las medidas excepcionales radica en lograr “la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias” (L. 26.061, 39). En primer término, tal como puede leerse en ese concepto, se busca el **reintegro de los niños a su familia de origen**, en un marco de preservación de sus derechos, extremo que importa desarrollar un denodado trabajo con esa familia durante el lapso de vigencia de la medida excepcional. Sin embargo, es posible que ese objetivo no se consiga. Puede suceder que miembros de la familia de origen puedan asumir la guarda o tutela de los niños, puede suceder que los adolescentes decidan transitar su camino hacia la mayoría de edad en un hogar o institución, puede suceder que se estime más conveniente que esos niños ingresen al sistema de adopción (ver cap. II, 7.3.7.b).

Consecuentemente, la **declaración de situación de adoptabilidad** es una de las formas de finalización del control de legalidad de las medidas excepcionales, cuando estas no han logrado su cometido principal, pero no la única.

En tanto la propuesta de la autoridad administrativa ha sido de “declaración en situación de adoptabilidad” y posterior otorgamiento en guarda preadoptiva, **el superior interés debe ser aplicado como “la consideración primordial”** (CIDN, 21). Es decir, en tanto la premisa general nos dice que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (CIDN, 3, ap. 1°), aquí se va más allá y se le otorga una marcada preminencia respecto de cualquier otro criterio.

#### **a) Plazo máximo de duración de una medida excepcional**

Como hemos visto al tratar los derechos de la niñez (cap. II, 7.3.5), nuestra ley establece que las medidas excepcionales deben ser limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen (L. 26.061, 39).

El Código Civil y Comercial ha establecido un plazo de duración de la medida excepcional para el caso que se derive en una declaración de situación de adoptabilidad. Ese plazo es de **ciento ochenta días** (607, c), que se cuentan desde el momento mismo en que los niños fueron separados de su centro de vida.



Una vez vencido el plazo señalado, el organismo administrativo que adoptó la medida excepcional “debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad” y comunicarlo “al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas” (607, c).

Debemos recordar que los ciento ochenta días es un plazo **máximo**, y que, en consecuencia, el organismo administrativo también podría elevar su dictamen en un **lapso menor**.

## b) El procedimiento posterior

Una vez que los jueces reciben el dictamen del organismo administrativo se inicia el procedimiento que llevará a la declaración de situación de adoptabilidad o a su rechazo. Como vemos, este procedimiento tramita “ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales” (609, a)

Intervienen las siguientes personas:

- ✓ “con carácter de parte, del **niño, niña o adolescente**, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada” (608, a). Si no cuenta con edad y grado de madurez suficiente también debe asegurarse su intervención a través de la designación de un tutor especial. No debe olvidarse que el resultado final del proceso puede implicará un cambio sustancial en su vida, tanto sea que se declare definitivamente la situación de adoptabilidad o no. Los jueces deben **obligatoriamente** tener una entrevista personal con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita (609, b). Desde ya que en esa entrevista deben estar los letrados de los niños y el representante del Ministerio Público;
- ✓ “con carácter de parte, de los **padres u otros representantes legales** del niño, niña o adolescentes” (608, b). Su participación es necesaria e imprescindible. El resultado final puede importar la extinción de todo vínculo con sus hijos. Al igual que en el caso de los niños, “es **obligatoria la entrevista personal** del juez con los padres, si existen”;
- ✓ “del **organismo administrativo** que participó en la etapa extrajudicial” (608, c). Se refiere al organismo administrativo que adoptó la medida excepcional y dictaminó finalmente en favor de la declaración de situación de adoptabilidad. Si bien es cierto que los jueces tendrán en cuenta todos los antecedentes administrativos, que ya los tienen dado que realizaron el control de legalidad de la medida, es el organismo administrativo quien ha estado materialmente trabajando con la familia de origen y es quien puede aportar información de primera mano;

- ✓ “del **Ministerio Público**” (608, d), como en todo procedimiento donde se vean afectados derechos de personas menores de edad, el Ministerio Público ejerce la **representación complementaria** de los niños (103, b, ver cap. I, 6.3.1.a). Debemos recordar aquí que el Ministerio Público se expedirá en función de lo que considere más conveniente para los niños, más allá de la opinión de los niños, a diferencia de los abogados que los patrocinen quienes deberán estar a esa opinión. Amén de ello, recordemos que el Ministerio Público también puede esgrimir una **representación principal** cuando se observa inacción por parte de los representantes de los niños, cuando deba exigirse el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes y cuando se carece de representante legal (103, b, ver cap. I. 6.3.1.b);
- ✓ los jueces también pueden “**escuchar a los parientes y otros referentes afectivos**” (608, últ. p). Aquí recordemos que “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” (607, 2° p). Este aspecto **no importa que los jueces se vean imposibilitados de declarar la situación de adoptabilidad por la sola comparecencia de un familiar** que ofrezca asumir la guarda o tutela. Los jueces sopesarán toda la información con la que cuentan, la opinión de los niños, los antecedentes de los familiares comparecientes y en ese marco deberán decidir sobre la propuesta.

El plazo máximo de ese proceso es de **noventa días** (607, últ. p) y los jueces deberán resolver si declaran o no la situación de adoptabilidad. Como en toda decisión judicial, las partes podrán mostrar su disconformidad total o parcial con lo resuelto y petitionar la revisión por parte de jueces de una instancia superior. Esta posibilidad se instrumentará mediante la interposición del **recurso de apelación** o del recurso que en cada ordenamiento procesal local esté previsto.

## 7.2. La selección de la familia adoptiva

Si la sentencia **declara la situación de adoptabilidad**, se “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” (609, c).

Como vemos, se inicia la etapa de **selección de la familia adoptiva** que es necesariamente previa al otorgamiento de la guarda con fines de adopción.

Hasta hace unos años los progenitores biológicos podían **elegir** a quien sería la familia adoptiva de sus hijos y **directamente entregarlos en guarda** a

esa familia con miras a una adopción futura. Actualmente esta modalidad de selección se encuentra **prohibida** y debe recurrirse, casi con exclusividad, al **registro de adoptantes**. Vamos a ver algunas particularidades que caracterizan a este sistema:

### 7.2.1. La prohibición de la selección directa por los progenitores

Un primer aspecto que debemos barajar es la diferencia entre **guarda directa con fines de adopción** de la **guarda de hecho**.

La **guarda** se relaciona siempre con el cuidado directo que se ejerce sobre los niños en el marco de una familia. Ese cuidado es brindado, en general, por los padres o, en su caso, por la familia extensa de origen (abuelos, hermanos, tíos). El cuidado, como tal, es **un hecho**, es decir, se ejerce cotidianamente en ese vínculo entre el niño y su cuidador. Cuando es ejercida por los padres es una característica más del **cuidado personal** (ver cap. IX, 3.2) y, en algunas ocasiones, es otorgada por los jueces a familiares cuando se dan ciertas situaciones de gravedad (657, ver cap. IX, 3.2.7). Sin embargo, ninguna norma prohíbe que, en los hechos, la guarda sea ejercida por otras personas.

La **guarda directa con fines de adopción** importa un acto voluntario de los progenitores de otorgar la guarda de sus hijos a terceras personas para que estas finalmente los adopten. Como vemos, esos padres ostentaban en los hechos la guarda y decidieron cederla a los nuevos guardadores para que éstos adopten a sus hijos.

Tal como adelantamos, este último método de selección actualmente está **prohibido**. Dice el Código Civil y Comercial: “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” (611, 1er p).

La guarda con fines adoptivos instrumentada mediante una escritura pública o por un acto administrativo ya se encontraba vedada desde 1997. Actualmente, la prohibición se ha generalizado a toda posibilidad de guarda directa. Una objeción clara que puede hacerse al sistema de entrega directa pasa por la **vulnerabilidad** en que, en general, se podían encontrar los progenitores biológicos -una mujer sola en gran parte de los casos- y la posibilidad de existencia de transacciones dinerarias que se aprovechaban de tal situación, entre otros aspectos.

La **transgresión de la prohibición habilita a los jueces a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretensio guardador** (611, 2° p). La sanción es durísima mas no puede perderse de vista que el Estado ha instrumentado

un registro, con normas claras de funcionamiento y dotado de mecanismos de transparencia, en el que los postulantes se inscriben y aguardan ser llamados por los jueces. Cabe señalar aquí que **la consolidación de la situación de hecho por el transcurso del tiempo en ningún caso redime la ilicitud inicial de la guarda obtenida.**

Por otra parte, esa posibilidad de separar al niño de la familia guardadora **no procede**, si se comprueba judicialmente **“que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño”**. Se ha interpretado que esta excepción importa habilitar una suerte de **guarda directa con fines adoptivos en favor de familiares**. Sin embargo, la norma solo dice que los jueces no podrán separarlos de los guardadores en ese caso, pero no que esa guarda pueda ser la base de una adopción futura.

### 7.2.2. La guarda de hecho

La normativa agrega que **“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”** (611, últ. p).

Es decir, si bien la guarda de hecho puede ser el sustento probatorio para otras consecuencias jurídicas, no puede ser tomada en cuenta a los fines de la selección de una familia adoptiva.

#### a) Las eventuales excepciones y el rol de los jueces de familia

La redacción del artículo nos permite inferir lo que adelantamos, que la **guarda de hecho no está prohibida, sino que, únicamente, no puede ser tomada en cuenta a los fines de la adopción.**

En algunas situaciones muy particulares, la prohibición de la norma -respecto de las guardas de hecho- suele mostrarse como poco flexible, quizás con un cierto grado de inflexibilidad.

En este punto debemos tener presente que la CIDN nos ordena estar siempre en favor de preservar el **interés superior del niño**, pero en materia de adopción va más allá y nos dice que ese superior interés **es una consideración primordial** (CIDN, 21).

Las normas no pueden desconocer la riqueza y variedad de los vínculos humanos. Tampoco pueden obligar a los jueces a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir, la realidad de ese niño o esa niña en particular,

cuando ningún aspecto del vínculo se ha construido sobre la base de un ilícito penal o civil. La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada de los jueces sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho contruidos por los propios niños son la voz cantante del derecho.

¿Qué sucede con aquellas personas, a veces parientes, a veces amigos, a quienes una mamá le deja su pequeño hijo al cuidado y nunca más se vuelve a tener noticia de ella? ¿Qué hacemos con ese puente filiatorio construido durante largos lapsos entre un niño y quien él considera su madre? ¿Qué contestamos a las familias más vulnerables de nuestra comunidad que traen estos casos al Tribunal cuando quien todos consideran hijos ingresan a la adolescencia e inician la escuela secundaria? ¿Le respondemos que no es hijo porque esos hechos que son precisamente su vida no pueden ser considerados por los jueces?

¿Cómo se compadece ignorar una situación de hecho desarrollada en el curso de años en la que claramente una niña se ha referenciado con una mujer como su madre? ¿Cómo ignorarla cuando para esta niña esa mujer es su madre en sus relaciones sociales, en la escuela, en el barrio, en el almacén de la esquina, en su ámbito familiar y para su propio hermano ha operado como madre? ¿Quién de todos nosotros les dice a estos niños “no sos hijo, no sos hija, porque una norma les prohíbe a los jueces tener en cuenta tu historia” cuando, por otra parte, reitero, no ha existido ningún elemento de ilicitud en el origen de esos hechos?

En situaciones como las descriptas no alcanzo a dimensionar cómo una interpretación de la norma apegada a su literalidad pueda compadecerse con la puesta en acto del superior interés del niño y del derecho a una familia (a una otra familia) cuando su aplicación arroja un resultado marcadamente contradictorio con su identidad construida y con la familia que en los hechos lo ha cobijado como hijo. Es decir, la prohibición invisibiliza el andamiaje sobre el que se ha montado la identidad de esos niños.

Una situación similar se plantea respecto del requisito de inscripción en el registro de adoptantes y la sanción de nulidad, más aún cuando esos registros no admiten evaluaciones de postulantes que ostenten guardas de hecho o pretendan regularizar situaciones de hecho.

En este punto cabe preguntarse **¿cuál es el rol de los jueces de familia?** Aquí, para esbozar una respuesta a esta pregunta, nos remitimos al artículo "Las patas en el barro, las manos en la Constitución" que transcribiéramos en la Introducción (ver punto 10).

## **b) Particular situación de las familias solidarias o de acogida**

En cuanto a las **familias solidarias o de acogida**, (ver cap. II, 7.3.4.a) suele



sucedan que, en algunos casos excepcionales, pretendan adoptar a los niños que les fueron encomendados a su cuidado. Esas familias ejercen una guarda que les fue confiada por la autoridad administrativa y, como tal, en ningún caso pudo tener finalidad adoptiva porque ello está expresamente prohibido por el ordenamiento normativo (611). Ahora bien, la pregunta a responder es si **el hecho de la guarda** puede ser considerado en estos casos en particular, extremo que también hallaría una respuesta negativa en la ley (611, últ. p).

Los programas de “familias solidarias”, “de acogimiento”, “de acogida”, o en su momento “familias de tránsito” o “familias sustitutas”, han sido implementados para poder brindar un lugar de alojamiento y contención a los niños retirados de su centro de vida por la adopción de medidas excepcionales. Quienes se inscriben en esos programas son adultos plenamente capaces que aceptan las reglas establecidas en él y entre esas reglas está la de no aspirar a la adopción de los niños que reciben a su cuidado y no estar inscripto en el registro de adoptantes.

Volvemos aquí con la pregunta que nos hicieramos en el capítulo II (7.3.4.a) **¿pueden estas familias pretender la adopción de los niños bajo su cuidado?** Conforme con lo que hemos comentado la respuesta es negativa. Reiteramos aquí que estas familias **han adherido voluntariamente** a un programa en el que se comprometían a no promover la adopción. Amén de ello, y desde un punto de vista más sustancial, no podrán acreditar el requisito de inscripción en el registro de adoptantes que es exigido por el Código Civil y Comercial para ser familia adoptiva (ver 7.2.3).

Sin embargo,  **vemos periódicamente que hay "familias solidarias" que, luego de transcurrido cierto tiempo más o menos prolongado, pretenden la adopción de los niños bajo su cuidado y en algunos casos lo logran.** Esta situación -no deseada por el programa- obliga a realizar, al menos, una doble reflexión. Por un lado, por qué razón los plazos se extienden mucho más allá de los seis meses que debe durar la medida excepcional y que no son prorrogables. Por otro, cómo se seleccionan las familias de acogimiento, qué ayuda se les brinda para afrontar la difícilísima tarea de recibir a unos niños y luego poder desprenderse de los mismos y qué controles periódicos se les realizan.

**¿Son ilegales estas pretensiones adoptivas** realizadas por familias solidarias o de acogimiento? Desde nuestra perspectiva y **aunque parezca una gran contradicción con lo explicado anteriormente la respuesta es "no"**. Una cosa es pretender la adopción y otra muy distinta es que no se deba ponderar la situación expuesta. Sucede que por sobre las normas civiles y reglamentarias está la Convención Internacional de los Derechos del Niño que tiene jerarquía constitucional y ordena a los jueces y a los funcionarios estar siempre en favor del "superior interés del niño". En este punto, la actuación de los "abogados de



los niños" desde el inicio del procedimiento administrativo es imprescindible y su ausencia tiñe de inestabilidad a las actuaciones administrativas y judiciales (ver cap. I, 7). Son precisamente esos profesionales quienes se hallan en mejores condiciones de alertar, demandar, recurrir, denunciar, "zapatear" por los derechos que el propio Estado vulnera a los niños cuando los plazos no son respetados sin razón suficiente que justifique la prolongación.

Es claro que la pretensión formulada por la "familia solidaria" es insuficiente por sí misma para comenzar un juicio de adopción, pero **-en tanto contiene la denuncia de una anomalía como es el incumplimiento del plazo máximo-**habilita a los jueces, al menos, a dar intervención a los "abogados de los niños" o, en su caso, designarlos. También permite ordenar otras medidas probatorias o sopesar nuevamente las existentes.

La **constatación de la existencia de un vínculo filiatorio establecido desde los niños con la familia que lo cobijó no puede ser obviada por el Estado**, más aún si también se establece la superación irracional de los plazos máximos y la conveniencia para los niños de permanecer en el seno de la "familia de acogimiento o solidaria". Es cierto que ese vínculo puede darse incluso antes de los seis meses que prevé la legislación, pero también es cierto que ese plazo se relaciona con la posibilidad de lograr mantener a los niños en el seno de su familia de origen y dicho cometido también se encuentra contemplado en la Convención.

Opera aquí el concepto de "las patas en el barro, las manos en la Constitución" al que nos hemos referido en la Introducción (ver 8). Una decisión que no tenga en cuenta la realidad de ese niño, de esa niña, de ese grupo de hermanos y que ordene retirarlos de la familia solidaria puede estar, en el caso concreto, otorgando prioridad a las leyes o a la puridad del sistema por sobre el interés superior del niño. En otras palabras, el mandato es estar siempre en favor del superior interés de los niños y no al interés superior del sistema o de las leyes infraconstitucionales.

### 7.2.3. El registro de adoptantes

Como hemos visto, la normativa establece que para ser adoptante es necesario encontrarse **inscripto en el registro de adoptantes** (600, b) y que la ausencia de ese requisito es sancionada con la **nulidad absoluta** de la adopción así obtenida (634, h), excepto para el caso de adopción de integración (632, b) como así también en las adopciones de mayores de edad.

El actual Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos data en el orden nacional del año 2003 (L. 25.854) y su principal objetivo es formalizar





una lista de aspirantes a guardas con fines de adopción. Sin embargo, va más allá y, además, pondera a los aspirantes y admite solo a quienes fueron evaluados positivamente.

En verdad se trata de una **red de registros** de la que participan todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si bien se siguen normas comunes y existe un sistema de comunicación entre el registro nacional y los registros locales, lo cierto es que cada registro opera en forma autónoma y se rige primero por su propia norma local.

A partir de esa organización local, ante una declaración de situación de adoptabilidad los jueces deben recurrir al registro de su jurisdicción y, en caso de agotarse sin resultados positivos, recién dirigirse al registro nacional.

En función de lo expuesto vamos a encontrar ciertas características comunes a todos los registros y otras particulares de cada registro local. El análisis que haremos en este capítulo lo sustentaremos en la legislación nacional cuyos lineamientos generales también hallaremos en cada ordenamiento local con las particularidades apuntadas.

#### **a) Postulantes inscriptos y postulantes rechazados**

Debemos tener presente que los **postulantes inscriptos** son aquellos que cumplen con todos los requisitos establecidos en la ley y que, luego de evaluados por los registros, fueron **admitidos** en los mismos. Es decir, presentar la solicitud de inscripción no implica estar inscripto, sólo se estará cuando se haya superado el proceso de evaluación y se cuente con una resolución de admisión al registro. Consecuentemente, tendremos un conjunto de postulantes cuyos proyectos adoptivos no han sido admitidos por no cumplimentar con los requisitos o por ser considerados no viables.

Claro está que, en primer término, se deben cumplimentar con aquellos que son básicos para poder ser padres adoptivos (ver 5), como por ejemplo haber cumplido 25 años y si no sos argentino o naturalizado residir en el país por un período mínimo de cinco años.

Se deben aportar también los datos propios de la familia, edad de sus integrantes, profesión, si existe imposibilidad para la concepción aportando los estudios médicos correspondientes, si se registran antecedentes penales, si tienen o no hijos, si previamente se ha tenido niños en guarda y su resultado.

Otro dato de fundamental importancia pasa por informar **el número de niños que se estaría en condiciones de adoptar, sus edades, si son aceptados o no niños con discapacidad o grupos de hermanos**. Este aspecto es central





y repercutirá sin lugar a duda en las posibilidades reales de adopción y en el tiempo de espera. En ese sentido, es cierto que una importante proporción de postulantes aspiran a niños menores de tres años, o sin discapacidades, pero ello no debe acarrear un juicio de disvalor hacia los postulantes. Es que **cada persona debe aspirar a conformar la familia adoptiva que esté en condiciones reales de afrontar**. La evaluación de esas posibilidades es aquella que se realizó al momento, sin perjuicio que con el paso del tiempo y con el asesoramiento de los registros algunas aristas vayan modificándose. Si una persona no está preparada o no está en condiciones de recibir un grupo de hermanos, o una persona con discapacidad, lo mejor es que así lo haga saber. A nadie se le exige heroicidad.

Siguiendo este camino vamos a entender la importancia del requisito de ser **evaluados positivamente** en cuanto a su “**aptitud adoptiva mínima**” por los profesionales idóneos del organismo. En ese sentido, se ponderará tanto la situación social de la familia y de su familia extendida como así también los perfiles psicológicos de los postulantes. Al respecto, los distintos registros organizan cursos informativos y de capacitación.

La inscripción debe ser efectuada **exclusivamente en el registro de adoptantes correspondiente al domicilio real del aspirante**.

#### **b) Postulantes admitidos o inscriptos**

Una vez presentados todos los recaudos formales y realizada la evaluación por los equipos técnicos, cada registro debe resolver si se admite o no al postulante. Esa resolución debe ser comunicada en un plazo de quince días (L. 25.854, 10).

Las inscripciones **tienen vigencia durante el término que se fije en cada ordenamiento local** –en el orden nacional un año- al cabo del cual deberán ser ratificadas, operándose caso contrario, la exclusión automática de los postulantes (L. 25.854, 14). Las inscripciones pierden vigencia luego de otorgada la guarda preadoptiva, excepto para los aspirantes que hayan manifestado su voluntad de adoptar grupos de hermanos que se mantienen aun después de que le sea conferida la guarda judicial con fines de adopción de un niño, a los fines de la eventual entrega en guarda de sus hermanos al mismo postulante (D. 1328/09, 21).

#### **c) Postulantes no admitidos**

Cada registro debe comunicar la admisión o el rechazo a cada postulante en un plazo de quince días (L. 25.854, 10).

El rechazo de la admisión debe fundarse en la falta de los requisitos para adoptar establecidos en la ley de fondo (Código Civil y Comercial) o en no tenerse por acreditada la aptitud adoptiva mínima como consecuencia de las evaluaciones que se realicen (L. 25.854, 8). Esa falta de aptitud adoptiva se centra en detectar elementos en los postulantes que constituyeren grave riesgo para el otorgamiento de la guarda de un niño. En ese caso, cada registro debe comunicarlo a los restantes registros.

Ahora bien, el rechazo de la postulación no importa cerrar definitivamente las puertas de la adopción para esa familia. La normativa indica que los postulantes no admitidos deben ser instruidos respecto de las medidas terapéuticas específicas que les permitan superar los impedimentos detectados, pudiendo fijar un plazo para el cumplimiento de las mismas. Por otra parte, **un postulante rechazado puede cuestionar el rechazo** mediante los recursos que estén previstos en cada ordenamiento local.

#### 7.2.4. La selección de la nómina remitida por el registro de adoptantes

La nómina que remite el registro de adoptantes a los jueces de familia debe ser confeccionada a partir de los postulantes inscriptos en ese registro, con participación del organismo administrativo que adoptó la medida excepcional (609, c). Esta última participación es necesaria en tanto y en cuanto es la repartición que conoce las particularidades del caso y de los niños y, consecuentemente, quien está en mejores condiciones de opinar acerca de las características que necesariamente debe revestir la futura familia adoptiva.

Luego, los jueces seleccionarán a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes (613). A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, los jueces deben convocar a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea.

La ley ordena a los jueces que “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” (613, 2° p).

Por otra parte, la norma indica también a los jueces que deben citar al niño, niña o adolescente y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez (613, últ. p).

La ley de creación del registro de adoptantes (L. 25.854) y su decreto reglamentario (D. 1328/09) contienen también algunas pautas para el otorgamiento de niños en guarda preadoptiva. Así, se indica que debe darse trámite preferente a las solicitudes de aspirantes a guardas con fines de adopción de niños de más de cuatro años, grupos de hermanos o niños que padezcan discapacidades, patologías psíquicas o físicas.

Se establece también que toda selección de aspirante comienza por la nómina de la jurisdicción en que deba resolverse la guarda. De no existir postulantes aptos para el caso, los jueces pueden recurrir a los otros listados que operarán como subsidiarios en un orden de proximidad geográfico.

Una de las pautas a tener en cuenta es el de la **antigüedad de la inscripción**. Claro está que este dato es muy importante pero no es determinante. El primer aspecto para considerar es la realidad concreta de los niños a ser adoptados, sus necesidades, sus particularidades.

### 7.3. La guarda con fines de adopción

Una vez seleccionada la familia los jueces -que son los que declararon la situación de adoptabilidad- deben otorgar la guarda preadoptiva (612, 614).

Si bien la ley no establece un plazo específico para el proceso de selección, es claro que el mismo debe ser el más breve posible, aunque en algunas situaciones particulares el tiempo de selección suele prolongarse y mucho.

Una porción importante de inscriptos en los registros de adoptantes se postula para recibir en su familia a niños pequeños, bebés o de muy corta edad. Cuando se trata de grupo de hermanos, adolescentes, niños que padecen algún tipo de patología, los listados de postulantes se reducen en número.

A veces, se suelen agotar los listados de los registros de adoptantes provinciales sin que haya una nómina de postulantes aptos para el caso o en las que han mediado sucesivos desistimientos o rechazos de las familias propuestas. En esos casos, se debe recurrir al registro nacional y, en ciertas situaciones extremas, también se amplían a **convocatorias públicas**. Estas convocatorias buscan sensibilizar a la comunidad respecto de esas situaciones específicas con la mirada puesta en aquellos que quizá nunca pensaron en ser familia adoptiva.

#### 7.3.1. Plazo de la guarda

El plazo de guarda **no puede exceder los seis meses** (614). La guarda en sí misma está ordenada en función de establecer si los niños se adaptan

adecuadamente a la familia adoptiva. Debemos poner de relieve que durante ese lapso los niños se hallan, desde la perspectiva jurídica, en un lugar de incertidumbre o de indefinición en tanto la declaración de situación de adoptabilidad hace cesar la responsabilidad parental (700, d, ver cap. IX, 8.1.1) y aún no se cuenta con sentencia de adopción y, consecuentemente, con un nuevo emplazamiento filiatorio.

Muchas veces suele creerse que este es un plazo otorgado a los progenitores biológicos para rever el proceso de adopción. Esta idea es un remedo de las entregas directas por escritura pública donde solían registrarse estos arrepentimientos que mostraban a las claras las inconsistencias del sistema.

#### **a) El “arrepentimiento” de la familia seleccionada. La “devolución” de los niños**

El plazo de guarda preadoptiva **tampoco está diseñado para que la familia adoptiva “se arrepienta” o “devuelva” al niño**. La adaptación es del niño, niña o adolescente -que es recibido en guarda- a esa familia guardadora. La falta de adaptación puede darse aun cuando se haya efectuado una adecuada selección de los postulantes a adoptar.

Ahora bien, se han registrado casos en los que la familia que ha recibido niños en guarda preadoptiva los **“devuelve”** al juzgado de familia porque no lograron **ellos** adaptarse a los niños o, lisa y llanamente, porque se **arrepintieron**. Esta es una de las situaciones más complejas que debe enfrentar el sistema en su conjunto e impone una revisión profunda de los criterios de selección como así también las ponderaciones que hizo el registro de adoptantes al momento de admitir la inscripción de los postulantes.

De más está decir que los jueces **no podrán soslayar la realidad del caso y deberán barajar y dar de nuevo**. Necesariamente deberán **disponer lo necesario para la protección de los derechos de los niños** e instar, mínimamente, la designación de abogado de los niños (ver cap. I, 7) y la participación activa del Ministerio Pupilar (ver cap. I, 6.3).

La asunción de la responsabilidad de la guarda preadoptiva obliga a las personas postulantes –que en todos los casos son **adultos**- a sopesar debidamente su situación familiar y cuáles son los motivos que los llevaron a inscribirse en el sistema, aspirar a ser familia adoptiva y, concretamente, recibir a tal o cual niño, niña, adolescente o grupo de hermanos. En algunos casos de “devolución” o “arrepentimiento”, los jueces han decidido **condenar** a estas familias a abonar **una cuota alimentaria** en favor de los niños, por ejemplo, hasta que se logre una nueva guarda preadoptiva. Amén de ello, a todos nos cabe, especialmente

a los adultos, **la obligación general de no dañar a otro**, menos aún a quienes se encuentran en franca situación de vulnerabilidad, extremo que podría fundar también la reclamación por daños y perjuicios. Por supuesto que pueden existir situaciones muy particulares donde la imposibilidad de continuar con la guarda pueda encontrar alguna justificación atendible.

Si se diese una situación como la descrita luego de dictada la sentencia de adopción, el caso se encuadraría en los términos generales de las medidas de protección integral y de protección excepcional en tanto y en cuanto rigen las normas comunes sobre parentesco y responsabilidad parental.

### 7.3.2. Registración de guardas preadoptivas y de adopciones

La normativa también establece que los jueces deben comunicar a los registros las resoluciones que efectivicen guardas con fines de adopción (L. 25.854). Por ello, tanto cuando se dicta la sentencia de adopción se debe diligenciar una comunicación al registro de adoptantes, extremo que se canaliza en general mediante un oficio firmado por los jueces.

### 7.4. El juicio de adopción

Sobre la palabra **juicio** pesa, en nuestro lenguaje coloquial y cotidiano, una cierta carga negativa, una cierta identificación con lo burocrático y lento. En este caso, el **juicio de adopción** es, sin lugar a duda, la etapa más breve del proceso. Prácticamente lo que había que discutir ya se discutió, quienes podían oponerse ya se opusieron o no. Solo resta ponderar **cómo se ha desarrollado la guarda preadoptiva**, cómo se han adaptado los niños a su familia guardadora y si es esa realmente la familia más apta para cobijarlos como hijos. Esos aspectos también ya fueron evaluados durante la guarda preadoptiva con lo que, excepto alguna situación muy particular, el juicio de adopción nace para prácticamente finalizar.

#### 7.4.1. ¿Ante qué jueces tramita?

En general, tramitará ante el juzgado que **otorgó la guarda con fines de adopción** (615). Sin embargo, la ley permite a los pretensos adoptantes a elegir a los jueces del lugar “en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión” (615).

La solución de la norma encuentra sustento en la realidad cotidiana. En la mayor parte de los casos, el mismo juez que declaró la situación de adoptabilidad y que otorgó la guarda con fines de adopción será quien también intervenga en

el juicio de adopción, es quien conoce el caso, quien ya ha tomado contacto con los niños, con la familia seleccionada para la guarda. Ahora bien, puede suceder que esta familia no resida en el ámbito jurisdiccional donde ese juez es competente y, desde ya, esa circunstancia debe haber sido tenida en vista a la hora de decidir la guarda, o quizá se haya producido con posterioridad y ello también fue ponderado judicialmente. En ese caso, se ha producido un desplazamiento del **centro de vida** y puede ser más conveniente que el juicio tramite ante los jueces de la nueva residencia.

#### 7.4.2. ¿Cuándo y quiénes lo pueden iniciar?

El juicio de adopción se inicia **una vez que se ha cumplido con el período de guarda** (616), es decir, el lapso que hayan dispuesto los jueces a la hora de otorgar la guarda el que, como vimos, no puede ser superior a **seis meses** (614).

En tanto se trata de una etapa de un proceso mayor, el **inicio lo disponen los jueces**, y lo pueden hacer **de oficio** o **a pedido de parte** –los **guardadores**, por ejemplo- o de la **autoridad administrativa** (616). En este último caso, se refiere a la autoridad ante la que tramitó la medida excepcional, sin embargo, también podría ser solicitado por el propio **registro de adoptantes** a quien se le notificó oportunamente el otorgamiento de la guarda. Otro legitimado es el **Ministerio Público** (103, b).

Una situación particular es la de los **guardadores** quienes son principales responsables de tutelar por los derechos de la persona puesta bajo su guarda, entre los que, como no puede ser de otro modo, se encuentra su **derecho a la identidad**. Pesa sobre los guardadores, entonces, una clara obligación jurídica de instar el juicio de adopción.

#### 7.4.3. ¿Quiénes intervienen?

En carácter de **parte** del juicio participan:

- ✓ los pretensos adoptantes (617, a);
- ✓ y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, con asistencia letrada (617, a).

Deben tener también participación:

- ✓ el Ministerio Público (617, c);
- ✓ y el organismo administrativo (617, c).

Las **audiencias** son **privadas** y el **expediente, reservado** (617, e).

Los jueces deben oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez (617, b). Si el pretense adoptado tiene **más de diez años debe prestar consentimiento expreso** (617, d).

En cuanto al **consentimiento expreso** debemos puntualizar que una mera negativa del niño o del adolescente no se alza como un obstáculo insalvable para la adopción, sino que los jueces deberán ponderar cuáles son las razones esgrimidas para tal negativa y en su caso sopesar cuál es la situación particular. Ahora bien, la norma no podrá ser desconocida ni suplida por una decisión judicial si la negativa a otorgar el consentimiento expreso persiste.

#### 7.4.4. La sentencia de adopción

La sentencia que otorga la adopción, si bien crea un nuevo estado de familia -el de hijo de sus padres adoptivos- tiene, excepcionalmente, efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción (618) dado que se trata de la consolidación de una situación familiar preexistente.

Al igual que la guarda preadoptiva, la sentencia de adopción **debe ser comunicada al registro de adoptantes**. Algunos jueces suelen exigir que el oficio mediante el cual se realiza tal comunicación sea diligenciado con anterioridad a la inscripción de la adopción en el registro civil.

### 8. Nulidad de la adopción

La adopción puede ser declarada nula, es decir privada de toda validez. Recordemos que las nulidades, junto con la inoponibilidad, quitan eficacia a los actos jurídicos.

La nulidad se origina a partir de un vicio en el origen del acto jurídico que afecta su validez. La ley distingue, entre otros, dos tipos de nulidades: las absolutas y las relativas.

Las **nulidades absolutas** son aquellas que se registran en actos jurídicos que han contravenido el **orden público**, la **moral** o las **buenas costumbres**, mientras que las **nulidades relativas** afectan a actos jurídicos a los cuales la ley impone esta sanción **solo en protección del interés de ciertas personas** (386).

En el caso de las nulidades **absolutas**, su declaración puede ser hecha por los jueces **de oficio**, es decir, **sin que las partes se lo soliciten**, en tanto y en cuanto sea **manifiesta** al momento de dictar sentencia. También puede ser invocada por el Ministerio Público o cualquier otro interesado, excepto quien pretenda invocar su propia torpeza para lograr un provecho (387). Cuando estamos frente

a una nulidad absoluta el **acto jurídico no es confirmable**, ni tampoco se puede purgar el vicio originario mediante prescripción.

En cambio, las nulidades **relativas** no son declarables de oficio, sino que siempre **debe ser solicitada** por aquellas personas en cuyo beneficio se han establecido (388). Dice la misma norma que excepcionalmente “puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante”. Son **confirmables** y su vicio puede ser purgado (saneado) por prescripción (388).

### 8.1. Nulidades absolutas

Las adopciones que hayan sido obtenidas en violación a las siguientes disposiciones podrán ser **declaradas absolutamente nulas**:

- ✓ “la edad del adoptado” (634, a);
- ✓ “la diferencia de edad entre adoptante y adoptado” (634, b);
- ✓ “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” (634, c);
- ✓ “la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente” (634, d);
- ✓ “la adopción de descendientes” (634, e);
- ✓ “la adopción de hermano y de hermano unilateral entre sí” (634, f);
- ✓ “la declaración judicial de la situación de adoptabilidad” (634, g);
- ✓ “la inscripción y aprobación del registro de adoptantes” (634, h);
- ✓ “la falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado” (634, i).

### 8.2. Nulidades relativas

Las adopciones que haya sido obtenida en violación a las siguientes disposiciones podrán ser **declaradas relativamente nulas**:

- ✓ “la edad mínima del adoptante” (635, a);
- ✓ “vicios del consentimiento” (635, b);
- ✓ “el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado” (635, c).



### 8.3. Efectos de la declaración de nulidad

Tal como se establece para las nulidades en general, la nulidad de la adopción traerá como consecuencia volver “las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo” (390). Así, quien era hijo adoptivo deja de serlo y se extinguen también los vínculos jurídicos construidos con sus padres adoptivos y la familia de ellos. Renacen también los vínculos jurídicos con los padres de origen y la familia biológica.

Se debe tener en cuenta que, a diferencia de la revocación de la adopción simple cuyos efectos operan hacia el futuro, la nulidad afecta a la adopción desde el momento de su otorgamiento.

## 9. Inscripción

La adopción, su revocación, conversión y nulidad, deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (637).

## 10. El nombre y apellido de los hijos adoptivos

Sabemos que el “apellido” es el nombre de la familia a la que pertenecemos, mientras que el “nombre”, “nombre propio” o “nombre de pila” es el que se le otorga a cada uno de los miembros de la familia. En derecho, a ese nombre propio o de pila lo llamamos “prenombre”. Desde otra mirada, y sin necesidad de ningún conocimiento especial, también sabemos que -en general- el apellido es común a todos los que integran una misma familia mientras que cada integrante tiene su propio nombre, sin que puedan dos de la misma familia tener exactamente los mismos nombres.

### 10.1. El nombre propio, nombre de pila, o prenombre

El **nombre propio** (o prenombre) es, en general, **elegido por los padres** (63, a), si bien en algunos casos la elección puede recaer en solo uno de ellos cuando el otro falta, o cuando el otro no puede, o cuando el otro lo autorizó. También puede suceder que ninguna de estas posibilidades se dé, y allí la elección reposa en los guardadores, en el Ministerio Público o en el funcionario del registro civil (63, a).

En materia de **adopción** sucede lo mismo, **quienes eligen el nombre son los padres biológicos**, en general, o las personas que mencionamos en el párrafo anterior de acuerdo con cada caso. Cuando la persona es adoptada **ese**

**prenombre debe ser respetado**, es decir, se debe conservar ese nombre (623). Sin embargo, la normativa permite que, **de modo excepcional 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**, los jueces pueden **modificar** el prenombre en el sentido que se le peticione (623).

Debemos tener en cuenta que **no pueden** inscribirse (63, b):

- ✓ más de tres prenombres;
- ✓ un apellido como prenombre;
- ✓ primeros prenombres idénticos a primeros prenombres de hermanos vivos;
- ✓ prenombres extravagantes.

Sí pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas (63, a).

Consecuentemente, **los padres adoptivos sólo pueden peticionar un cambio de prenombre de sus hijos adoptivos** si se dan alguno de esos extremos vistos en los párrafos anteriores o si acreditan que la persona adoptada ya usa un cierto prenombre con el que se siente identificada. Es decir, **no puede alegarse únicamente el deseo de que tenga tal o cual nombre**.

## 10.2. El apellido de los hijos adoptivos

Recordemos algunas reglas generales en materia de apellido:

Cuando se trata de **filiación matrimonial**, los hijos llevan el primer apellido de alguno de los cónyuges o el apellido de los dos si así es solicitado (64, 1er p). Con lo cual, actualmente, un hijo puede tener solo el apellido de su padre, solo el apellido de su madre, o el apellido de ambos cónyuges tanto sean hombre y mujer, dos hombres o dos mujeres. Si los cónyuges no se ponen de acuerdo se determina por sorteo en el registro civil. También puede luego, por pedido de los padres o de la persona interesada con edad y grado de madurez suficiente, agregarse el apellido del otro cónyuge si se inscribió con uno solo. Se debe tener en cuenta que **“todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos (64 2° p)**.

Cuando se trata de **filiación extramatrimonial con un único vínculo filial**, el hijo lleva el apellido de ese progenitor, mientras que, si se trata de un **doble vínculo filial que se determina simultáneamente**, se sigue la regla que

comentamos en el párrafo anterior para los hijos matrimoniales. Si **la segunda filiación se determina después**, “los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño” (64, 3er p).

En lo que hace a la **adopción, si estamos frente a una adopción plena**, debemos observar estas reglas particulares:

- ✓ “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” (626, a);
- ✓ “si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales” (626, b);
- ✓ “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” (626, c);
- ✓ “en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión” (626, d).

Cuando se trata de **adopciones simples** rigen las mismas reglas que transcribimos en el párrafo anterior para las adopciones plenas, excepto que el adoptado -si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente- o los adoptantes, soliciten que se mantenga el apellido de origen, ya sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos (627, d).

Recordemos también que en los casos de adopciones otorgadas al cónyuge o conviviente superviviente -cuando la guarda con fines de adopción fue otorgada en forma conjunta y uno de los futuros adoptantes falleció antes su vencimiento- 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 (605).

Finalmente, y tal como lo vimos al tratar las adopciones simples, si la adopción simple es revocada, el adoptado pierde el apellido de adopción, pero los jueces pueden autorizar su conservación con fundamento en el derecho a la identidad (629, últ. p).

## 11. La adopción internacional

Es muy posible que en tu ámbito conozcas personas que han adoptado un niño o una niña en otro país o que hayas leído en los diarios y visto en la televisión

historias de famosos artistas que viven en Estados Unidos y han adoptado niños originarios de países asiáticos, africanos, centroamericanos o de la Europa oriental. A esas adopciones las denominamos **adopciones internacionales**, las que se dan cuando un niño es adoptado por personas que no residen en su país sino en el extranjero.

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Estados prevé que b) “la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen” (CIDN, 21, b).

Por otra parte, los Estados firmantes se comprometieron a velar “por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen (CIDN, 21, c), a adoptar “todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella” (CIDN, 21, d) y, finalmente, a promover, “cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

Ahora bien, cuando nuestro país adhirió a la Convención Internacional de los Derechos del Niño formuló **una reserva respecto de tales normas sobre adopción internacional** en los siguientes términos: “la República Argentina... 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”.

En otras palabras, en nuestro país **no está permitido que personas extranjeras que residen en el extranjero adopten niños cuyo centro de vida se halla en nuestro país**. Aquí debemos recordar que para que un extranjero pueda adoptar a un niño argentino debe residir en nuestro país por un período mínimo de **cinco años** anteriores a la petición de guarda con fines adoptivos, requisito que no rige para personas de nacionalidad argentina o naturalizadas (600, a, ver punto 5).

El debate se ha centrado en determinar si esa restricción alcanza también a los **argentinos o extranjeros radicados en nuestro país que deciden adoptar en un país extranjero**. ¿También está prohibida? Nos encontraremos con dos posturas institucionales diversas:

- ✓ Los organismos administrativos vinculados con los derechos de la niñez

(Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y los Registros de Adoptantes, por ejemplo), sostienen que los organismos públicos deben abstenerse de cooperar o facilitar trámites que tengan por objeto una adopción internacional, excepto cuando se trate de requerimientos provenientes del extranjero por razones humanitarias. De ese modo, quienes tramitan adopciones en el extranjero -cumplimentando claro está la normativa del país extranjero y recurriendo a los mecanismos legales previstos en ellos- se encontrarán con marcados obstáculos a la hora de obtener la información requerida por aquellos países respecto de sus propios antecedentes familiares o respecto del seguimiento de una guarda preadoptiva pautada en el extranjero. Debemos puntualizar que nuestro país no ha firmado el Convenio de La Haya de Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993.

- ✓ En general, el poder judicial y parte de la doctrina se ha pronunciado de un modo diverso y, en los hechos, se ha prestado la colaboración necesaria con los argentinos o extranjeros radicados en nuestro país que pretenden adoptar en el extranjero en tanto se entiende que la reserva efectuada por nuestro país no alcanza a estos supuestos.

## 12. Las adopciones y los casos vinculados con países extranjeros

En algunos casos nos podemos encontrar con adopciones en las que puedan ser aplicables las leyes argentinas como así también leyes extranjeras, o en las que haya que determinar si deben intervenir jueces argentinos o extranjeros, como sucede, por ejemplo, cuando la adopción se otorgó en el extranjero y luego se debaten aquí sus consecuencias dado que la persona adoptada ha cambiado su centro de vida a nuestro país (ver Introducción, 9).

Al respecto, el Código Civil y Comercial incluye las siguientes normas:

Si los niños tienen **domicilio en la República**, la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y el otorgamiento de una adopción solo es competencia exclusiva de los jueces argentinos (2635, 1er p). Ahora bien, para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado (2635, 2° p).

Respecto de cuál es la ley aplicable, se pauta que los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción (2636, 1er p), mientras que la anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado.

Las adopciones constituidas en el extranjero son reconocidas en nuestro país “cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado” (2637, 1er p). Se agrega que “a los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República” (2637, 2º p).

Se ha incluido también una norma sobre conversión en adopción plena de adopciones otorgadas en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado. Tal conversión puede darse si:

- ✓ “se reúnen los requisitos establecidos por el derecho argentino para la adopción plena” (2638, a);
- ✓ “prestan su consentimiento adoptante y adoptado. Si éste es persona menor de edad debe intervenir el Ministerio Público” (2638, b).

Además, se indica que en “todos los casos, el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen” (2638 últ p).

## Capítulo IX

### La responsabilidad parental

Durante muchos años hemos escuchado hablar de la “familia tipo” y con solo decirlo, al menos entre quienes hemos pasado los cincuenta, aparece en nuestra mente un papá, una mamá y dos hijos (si es posible que sea un nene y una nena). Por supuesto, otras familias se acercaban a ese modelo, quizá tenían un hijo sólo, quizás tenían tres, cuatro o cinco mas el común denominador era que había un papá y una mamá. En algunos casos, sólo papá y en otros sólo mamá.

Más allá de ser muy numerosos, en nuestros días sabemos que estos modelos de familia, estos tipos de familia, no son los únicos. Hay familias que tienen un papá y un papá, otras formadas por mamá y mamá; en otros casos es posible que convivan una mamá y un papá con los hijos que tuvieron en común pero también con los hijos que papá y mamá tuvieron con otra persona. Pero también solemos ver a una familia cuyos miembros son una señora y un señor quien semana por medio recibe a su hija y durante esa semana conviven los tres. Hay, poquitas quizá, familias donde tenemos dos madres, un padre y los hijos de los tres.

Así, vamos a encontrar muchos ejemplos más –y subrayo “muchos”- de familias construidas de modos muy diversos, a las que debemos sumar aquellas donde la relación entre las personas menores de edad y sus padres encuentra algunos obstáculos, porque no están bajo su cuidado sino bajo el de otras personas, por ejemplo, o porque ambos han fallecido.

En este capítulo vamos a hablar de ese vínculo entre los hijos, mientras son personas menores de edad, y sus padres, no ya desde la perspectiva filiatoria sino desde un punto de vista más dinámico que apunta al contenido de la relación.

#### 1. Concepto legal de responsabilidad parental

Nuestra normativa define a la responsabilidad parental 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” (638).

Vamos a desmenuzarlo un tantito comenzando por la parte final. Todo esto de lo que aquí vamos a hablar tiene como objetivo **la protección, el desarrollo**

**y la formación integral de los hijos** mientras sean personas menores de edad y no se hayan emancipado. Por supuesto que cuando son mayores de edad o son aún menores, pero contrajeron matrimonio, los vínculos subsisten, pero ya las consecuencias jurídicas de esos lazos no serán las mismas, tal como sucede con las prestaciones alimentarias recíprocas entre padres e hijos (ver cap. X, 2).

Sigamos con el concepto, para cumplir con esos objetivos la ley impone a los progenitores **ciertos deberes**, que menciona en primer término en tanto es pensado en función del interés de los hijos y no de sus padres, y le otorga **ciertos derechos sobre la persona y bienes de sus hijos**. Claro está que, como contrapartida, **los hijos tienen sus derechos y sus obligaciones respecto de la persona de sus padres**.

Hasta el año 2015 denominábamos a este conjunto de deberes y derechos como **patria potestad**, nombre que desde mucho antes no se condecía con la realidad. ¿Quién puede hoy pensar que se trate de un dominio o de un poder del padre sobre los hijos? No sólo porque se excluye a la madre sino porque esa autoridad, que en algunas épocas era cuasi tiránica, se ha transformado y se presenta desde un lugar distinto.

Observemos que el nombre elegido por nuestro actual derecho acentúa en la palabra **responsabilidad** que es la cualidad de responsable, mientras que **responsable** es, en las dos primeras acepciones del Diccionario de la Real Academia Española, “obligado a responder de algo o por alguien” y “dicho de una persona: que pone cuidado y atención en lo que hace o decide”, y luego la atribuye a **los padres, es decir, a ambos** (o a los tres, conforme al caso de la familia integrada por dos madres y un padre que vimos en el capítulo sobre filiación –cap. VII, 1.3).

Para redondear, fijar con nitidez y despejar además toda duda sobre el alcance de esa responsabilidad, nuestra normativa hace hincapié en los **principios** que rigen a la responsabilidad parental:

- ✓ “el interés superior del niño” (639, a; ver cap. II, 4);
- ✓ “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” (639, b; ver cap. I, 4.1);
- ✓ “el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez” (639, c; ver cap. II, 6.10).

Estos **principios** dan cuenta de una relación **dinámica** y atenta a **la situación de cada niño en particular**. Si bien, en tanto son principios tienen una aspiración



a la generalidad de los casos, como por ejemplo en estar al **superior interés del niño** que es aplicable a la situación de todos los niños y todas las niñas, el anclaje en las **características psicofísicas, aptitudes y desarrollo** al que se alude en el inciso siguiente nos permiten también entender que se trata del **superior interés de ese niño en tal momento de su vida y en el ámbito familiar que le toca transitar**.

## 2. Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental

El Código Civil y Comercial distingue tres figuras legales que se derivan de la responsabilidad parental:

- ✓ “la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental” (640, a);
- ✓ “el cuidado personal del hijo por los progenitores” (640, b);
- ✓ “la guarda otorgada por el juez a un tercero” (640, c).

Vamos a abordarlas separadamente:

### 2.1. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

Posiblemente habrás escuchado decir a algún familiar frases como “¿ese?, ese de padre sólo tiene el título”, “una maravilla, tan jóvenes, viste, y viven para esos hijos”, “no sabe ni en qué fecha nacieron sus propios hijos”, “ese muchacho, es más padre de esos chicos que el propio padre, los lleva a la escuela, los trae, les prepara la comida, las tareas las hacen con él”. Vamos a diferenciar **titularidad de ejercicio**, a partir de estas frases y con estos ejemplos:

- ✓ Un niño y una niña son los hijos de dos mujeres. Los cuatro conviven en un mismo domicilio.
- ✓ Una antropóloga es la mamá de una niña y durante un año permanecerá en España haciendo una maestría.
- ✓ Un señor es el papá de dos niñitos y fue condenado a cinco años de prisión por haber cometido un delito.
- ✓ Un adolescente es el hijo de una mujer y de un hombre quien jamás se ocupó de él y tuvo que mediar un juicio para que finalmente lo reconociera como hijo.

El último ejemplo podría encuadrar en la frase “ese, de padre, sólo tiene el **título**” que, desde otro punto de vista podría decirse que “**nunca ejerció como tal**”. Estas situaciones, donde uno de los padres se desentiende completamente

de la vida de sus hijos, trae innumerables complicaciones prácticas, además de las consecuencias psicológicas y materiales que estas conductas acarrearán. Por ejemplo, en cada oportunidad que el adolescente debía salir del país, la mamá tenía que pedir una autorización judicial, como consecuencia de ello decidieron iniciar un **juicio de privación de la responsabilidad parental**. Así, con la sentencia firme que lo declaró, el padre dejó de ostentar la titularidad y también el ejercicio, pero no las obligaciones alimentarias.

En el caso del presidiario, durante el tiempo en que permanezca en la prisión es claro que no podrá ocuparse de su hijo de un modo activo, no podrá **ejercer las obligaciones y responsabilidades propias del ser padre**. Habrá que buscar a otra persona si es que no hay madre. Ahora bien, cuando salga de prisión sí se podrá ocupar. Es decir, en tanto el delito que cometió no tuvo relación con la persona de su hijo ni con su madre, su situación afectó el **ejercicio de la responsabilidad parental** pero **no el título que lo habilita para tal ejercicio**.

Algo similar ocurre en el caso de la antropóloga. Más allá de los medios técnicos y de la comunicación informática, lo cierto es que mientras esté en España hay cosas de la vida cotidiana de su hija que no podrá asumir. Previendo ello, decidió **delegar el ejercicio de la responsabilidad parental** en su madre, es decir, la abuela de la niña. Sin embargo, no le delega la titularidad (ver 2.4).

La situación de las dos madres es la que habitualmente vemos, dos progenitores que se ocupan en común de la crianza de sus hijos. Ambas son **titulares** de la responsabilidad parental y la **ejercen**. Huelga decir que en igual situación se hallaría si se tratase de un único progenitor a cargo de hijos con un sólo vínculo filiatorio establecido, por ejemplo.

Entonces, **la titularidad** vincula a los progenitores con los deberes y derechos derivados de la responsabilidad parental mientras que el **ejercicio** es la puesta en acto, la puesta en la práctica, de los deberes y derechos de los que son titulares.

## 2.2. ¿Quiénes son los titulares de la responsabilidad parental?

La ley distingue según ciertos supuestos de hecho:

- ✓ en caso de convivencia con ambos progenitores, los titulares son los dos progenitores; la ley presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de aquellos para los que se exige el consentimiento de ambos o que medie expresa oposición (641, a, 645, ver 2.6);
- ✓ en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, también la titularidad recae en ambos progenitores y también se presume

que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones que vimos en el apartado anterior (641, b). Sin embargo, 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 (641, b, ver 2.3);

- ✓ en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, le corresponde al otro (641, c);
- ✓ en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor (641, d);
- ✓ en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, la titularidad la ostenta el otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades (641, e). A modo de ejemplo: si una niña tiene solamente el vínculo filiatorio materno y para lograr el emplazamiento paterno hubo que iniciar un juicio de filiación, el padre no reconociente no es titular de la responsabilidad parental sobre su hija, excepto que arribe a un acuerdo con la madre o lo decidan los jueces.

### 2.3. Vicisitudes en el ejercicio de la responsabilidad parental. Los desacuerdos reiterados

Todos somos conscientes que los padres suelen tener distintas miradas acerca de la crianza de sus hijos. Lo sabemos, fundamentalmente, porque todos hemos sido hijos menores de edad. Desde ya que quienes somos padres desarrollamos nuestras propias disidencias y allí empezamos a comprender a nuestros propios padres.

Los desacuerdos tienen distinta entidad, distinto peso. Suelen darse en la cotidianidad, en el día a día. Podemos encontrarlos entre quienes conviven y también entre quienes viven en lugares distintos. El mayor problema lo vamos a hallar cuando los **desacuerdos son profundos** y, más aún, cuando los padres muestran marcados rasgos de **inflexibilidad**. ¿Qué sucede en esos casos?

La ley nos dice que **cualquiera de los progenitores puede acudir a los jueces para que resuelvan el conflicto** (642, 1er p). Los jueces deben tramitar estos pedidos mediante **el procedimiento más breve que prevea su ley procesal local**. Para ello deben recibir a ambos progenitores en una **audiencia** y también escuchar al **Ministerio Público** (642, 103, ver cap. I, 6.3). Por supuesto que **deben escuchar a los hijos**, quienes **también podrían intervenir en carácter de parte y**



**con sus propios abogados**, en tanto tengan edad y grado de madurez suficiente y así lo deseen o los jueces observen que los padres no están a la altura de las circunstancias en la representación de sus hijos (ver cap. I, 7)

En algunos casos los **desacuerdos se repiten, se repiten; se repiten y se vuelven a repetir**. Quizá alguna vez hayas estado en la mesa de entradas de un juzgado de familia y hayas visto a alguna abogada decir “me pasás Fulana contra Sutano, el que figura como visitas, los otros no” y la empleada pone sobre el mostrador seis o siete gruesas carpetas atadas con un hilo. Es posible que la primera actuación tenga más de diez años. Bien, a esos casos nos referimos aquí.

En algunas ocasiones, las desavenencias no son más que una sucesión incesante de meras opiniones diversas pero que tienen una repercusión negativa sobre los niños pocas veces ponderada por los padres. También calan hondo en los profesionales que atienden esos casos y en los jueces y funcionarios. Puede ocurrir también que los desacuerdos versen sobre aspectos sustanciales de la crianza como así también, sin ser necesariamente reiterados, recaigan en decisiones fundamentales en la vida de los hijos.

Nuestra ley, en estos casos de **desacuerdos reiterados** o cuando concurre cualquier otra **causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental**, habilita a los jueces a **atribuir total o parcialmente el ejercicio de la responsabilidad parental a uno de los progenitores**, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años (642 últ. p).

Un ejemplo nítido de situaciones que entorpecen gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental lo vemos en aquellos casos de **obstaculización injustificada del contacto con el progenitor no conviviente**. Cuando se dan este tipo de conductas, una posibilidad cierta es atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental al no conviviente, extremo que en muchos casos implicará también un **cambio en el cuidado personal**. Del mismo modo puede suceder ante la reiteración de incumplimientos en el pago de la cuota alimentaria.

También los jueces pueden **ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación**. Se busca así la superación efectiva de los conflictos y de ese modo evitar la judicialización perpetua de los mismos. Son casos que imponen a jueces, abogadas, psiquiatras, psicólogas, trabajadores sociales, integrantes del Ministerio Público, proponer caminos distintos a los recorridos y barajar alternativas creativas.

## 2.4. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

Nuestra normativa actual permite a los progenitores **delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente**, facultad que también puede ser



ejercida respecto del hijo que tiene un único vínculo filial establecido (643). Un poco más arriba dimos un ejemplo, el de la antropóloga que va a vivir a España durante un año y deja a su hija al cuidado de su madre. Se debate si únicamente puede ser efectuada en favor de un pariente o si también esa posibilidad existe respecto de referentes afectivos. Si bien es cierto que la norma no lo contempla habrá de estarse siempre a la situación concreta y al superior interés de los niños.

La **delegación** sólo puede ser realizada **en interés del hijo** y por **razones suficientemente justificadas**. El acuerdo entre los progenitores y el pariente **debe ser homologado judicialmente** en un procedimiento breve en el que **necesariamente deben ser oídos los hijos**.

Tiene **vigencia por un año** mas puede **renovarse judicialmente por un año más**, con una nueva escucha a las partes. Si bien la intención de la norma es evitar que este tipo de delegaciones se prolongue más allá del lapso acotado, en nuestra opinión nada impide que, finalizado el segundo año, puede efectuarse un nuevo convenio, con una nueva actuación judicial que genere una nueva homologación y que los jueces ponderen debidamente la excepcionalidad del pedido.

La delegación **no afecta la titularidad de la responsabilidad parental**, la que continúa en cabeza de los progenitores, quienes mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades (643).

En otro orden, tal como lo veremos luego, la **responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos no cesa por la delegación del ejercicio** (1755, ver 9).

## 2.5. Progenitores adolescentes

Cuando los **progenitores son adolescentes** -recordemos que adolescentes son las personas menores de edad que han cumplido trece años (25, 2° p)- **el ejercicio de la responsabilidad parental sobre sus propios hijos les corresponde a ellos**, ya sea que estén o no casados (644). Así, pueden “decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud”.

A su vez, los progenitores de estos adolescentes siguen siendo titulares y ejercen la responsabilidad parental sobre ellos. **¿Qué pueden hacer estos progenitores -abuelos- cuando observan conductas en sus hijos respecto de sus nietos con las que no acuerdan?** En esos casos, la ley nos dice que “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” (644, 2° p), por ejemplo: cuando los abuelos notan que no se está cumpliendo con el calendario de vacunación, que sus hijos -progenitores- no brindan una adecuada atención a la salud de sus nietos, o se observan deficiencias en la alimentación, entre otros aspectos.

Para ciertos actos en particular, la legislación exige que el consentimiento del progenitor adolescente **se integre** con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores (644, 3er p). Así, el asentimiento de cualquiera de las personas que ejercen la responsabilidad parental sobre los progenitores adolescentes -abuelos- es requerido para aquellos 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 entre los progenitores adolescentes y sus propios progenitores, los jueces deben decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. Del mismo modo sucederá en los casos de oposición a la realización de ciertos actos que los progenitores entiendan perjudiciales para los hijos de sus hijos, como vimos anteriormente.

La ley también marca que **“la plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen”** (644 últ. p).

## 2.6. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores

Quienes de algún u otro modo hemos estado vinculados a los fueros de familia de todo nuestro país, y si te ha tocado particularmente lo recordarás sin duda alguna, sabemos que desde el mes de noviembre y también unas semanas antes de las vacaciones de invierno, comienzan a aparecer las peticiones de autorización para viajar al exterior por parte de madres o padres que no conviven y que no cuentan con la conformidad del otro progenitor. También pueden presentarse otras situaciones parecidas pero estas peticiones en particular ocupan una importante porción del tiempo judicial especialmente en esos meses.

Sucedo que, en general, las decisiones y actos jurídicos otorgados por uno de los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental se entienden efectuados con el consentimiento del otro, tal como vimos en el punto 2.2. (641, a). En el párrafo siguiente veremos cuáles son los actos para los que se necesita la firma de ambos. Sin embargo, existen ciertos actos jurídicos que, conforme lo dispone la ley, **ambos progenitores deben otorgarlos conjuntamente**, si se trata de un doble vínculo filial, claro está. Esos actos son:



- ✓ “autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio” (645, a, ver cap. III, 3.1.1.b.1);
- ✓ “autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad” (645, b);
- ✓ “autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero” (645, c);
- ✓ “autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí” (645, d);
- ✓ “administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración” conforme veremos en el punto 6 (645, e).

Ante la **falta de asentimiento del otro progenitor, la negativa a brindar la autorización o la imposibilidad de obtenerla**, el conflicto debe ser dirimido por los jueces teniendo en miras el interés familiar (645 2° p). A estos procesos suele denominárseles **venias**, así “venia para salir del país”, “venia para contraer matrimonio”, o también autorizaciones. Los jueces adoptan las decisiones luego de **escuchar a los padres** y siempre dando **intervención al Ministerio Público**. Se debe tener en cuenta que, “cuando **el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso**” (645, 3er p).

Cabe también señalar que cuando el no otorgamiento de la autorización se debe a la imposibilidad de obtenerlo, ya sea porque no se sabe dónde reside el otro progenitor, ya sea porque se desentendió por completo de la vida de sus hijos, o por cualquier otra razón que habría permitido obtener la privación de la responsabilidad parental, siempre es conveniente evaluar la posibilidad de **instar el juicio de privación de la responsabilidad parental**, sin perjuicio de iniciar o continuar con las venias que describimos en el párrafo anterior, en tanto una sentencia que así lo disponga reflejará la realidad que vive esa familia y, desde la perspectiva más acotada de los actos jurídicos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, facilitará el trámite de las venias.

Ahora bien, suele suceder que algunas instituciones requieran la firma de ambos progenitores en casos que no están contemplados por la normativa que hemos comentado y en los que es suficiente la autorización dada por uno de los dos, como sucede en los pedidos de autorización judicial para la práctica de deportes cuando no se cuenta con la firma de ambos padres. En otras ocasiones, la pretensión de venia judicial se formula para obtener un documento extranjero -pasaporte de países europeos, por ejemplo- que necesitan de la autorización de ambos padres, conforme con las leyes de ese país.



### 3. Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales

Los progenitores tienen los siguientes **deberes**:

- ✓ “cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo” (646, a);
- ✓ “considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo” (646, b);
- ✓ “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” (646, c);
- ✓ “prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos” (646, d);
- ✓ “respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo” (646, e);
- ✓ “representarlo y administrar el patrimonio del hijo” (646, f).

La enumeración de deberes no excluye otros no nombrados. Asimismo, debemos resaltar y subrayar que **no se trata de una lista de buenas intenciones**, sino que, como **deberes jurídicos que son**, su incumplimiento puede acarrear consecuencias jurídicas de peso. Así, por ejemplo, la obstaculización injustificada del contacto con los abuelos puede tener como consecuencia una obligación de reparar los daños y perjuicios en tanto se pueda acreditar que la conducta antijurídica desplegada generó tales daños.

#### 3.1. Prohibición de malos tratos

Nuestra legislación **prohíbe expresamente “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”** (647 1er p).

Los progenitores tienen el deber de criar y educar a sus hijos; en función de ello van a ir adoptando conductas para con sus hijos en orden a lograr tales cometidos. Entre las medidas correctivas se supo admitir socialmente a los castigos físicos y a los malos tratos. Aún hoy en día podemos recibir mensajes por las redes sociales que reivindicaban esos castigos. Nuestra ley ha optado por una norma **contundente de prohibición** de ese tipo de agresiones que no sólo incluyen a los castigos físicos directos sino a cualquier forma de maltrato y de hechos que lesionen física o psicológicamente a los hijos menores de edad, sin admitir siquiera aquellos que parecen inofensivos (coscorriones, chirlos).



La formación y educación de los hijos menores de edad puede requerir de advertencias, indicaciones, correcciones y hasta de sanciones, mas de ningún modo las mismas pueden importar conductas como las que han sido prohibidas.

La norma también prevé que “los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado” (647 2° p).

### 3.2. Cuidado personal

La vida de los hijos y la vida de los padres van de la mano, ya sea conviviendo, ya sea en domicilios separados. Al menos en la gran mayoría de los casos. Esa vida se va adecuando y transformando a medida que los hijos crecen y los padres también. Cuando son más pequeños, sobre los padres reposa la adopción de la mayor parte de las decisiones relacionadas con la vida familiar y con la de los hijos. A medida que van creciendo esas proporciones van cambiando y los hijos van logrando mayores niveles de autonomía (claro está, no en todos los casos).

Ese compartir la vida se traduce en un contacto directo, o más o menos directo, con los hijos, en el brindar cuidados, en el optar por ciertos caminos y descartar otros. ¿Irá al jardín maternal? ¿o empezará en salita de dos? ¿Una escuela pública? ¿o una confesional? ¿Le brindaremos una educación familiar religiosa? ¿Se quedará a dormir en la casa de su amiguita? ¿Lo anotamos en un club? ¿Boxeo, quiere practicar boxeo? ¿Apoyaremos su decisión de cambiar de género? ¿Se quiere casar? ¿qué hacemos?

Las preguntas del párrafo anterior son solamente algunas y están formuladas desde una realidad social dada, claro está que podríamos proponer tantas otras como situaciones particulares haya. Pero todas se relacionan con **el cuidado personal de los hijos**, con las decisiones que se deben adoptar en la vida cotidiana, las rutinarias, las fundamentales, las trascendentes.

El derecho nos dice que “se denomina **cuidado personal** a los **deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo**” (648).

Hasta hace unos años denominábamos a esta relación con los hijos como **tenencia**, vocablo que importa que hay un tenedor, alguien que tiene, y alguien que es tenido. Como en la tenencia de un inmueble. Hoy por hoy ese vocablo no refleja un vínculo sano entre padres e hijos, al menos no el que nuestra comunidad del siglo XXI se propone.

#### 3.2.1. Clases

Las distintas clases de cuidado personal las vamos a visualizar desde la perspectiva de la **toma de decisiones** y también desde la **convivencia efectiva**.



Cuando los dos progenitores **conviven** con sus hijos, el cuidado personal lo ejercen en los hechos ambos.

La convivencia de ambos padres y sus hijos no importa en sí misma descartar la posibilidad de la existencia de conflictos mas no podemos soslayar que la mayor cantidad de conflictos se suscitan en los casos donde los progenitores **no conviven**. En este caso, la ley establece que “el cuidado personal del hijo puede ser asumido por **un progenitor o por ambos**” (649).

Cuando el cuidado personal es asumido por uno sólo de los progenitores hablamos de **cuidado personal unilateral**, mientras que cuando lo hacen ambos nos referimos al **cuidado personal compartido**, al que podríamos referir por oposición como **bilateral**. Vamos a verlos por separado:

### 3.2.2. Cuidado personal compartido

Cuando el cuidado personal es asumido **por ambos** se denomina **cuidado personal compartido**. Este vocablo, “compartido”, no está pensado desde la perspectiva de la convivencia sino desde la toma de decisiones. Las decisiones **se adoptan por ambos** más allá que los hijos convivan principalmente con uno de los padres.

El cuidado personal compartido puede ser, a su vez, **alternado o indistinto** (650).

En el **cuidado personal indistinto**, los hijos residen “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” (650).

La situación más conocida, los niños viven con uno de los progenitores y una cierta cantidad de días por semana “**visitan**” al otro progenitor. Ya veremos en el capítulo sobre **derecho a la debida comunicación** que no se trata de una visita (ver cap. XI).

Además, **el cuidado personal compartido indistinto es la regla general** y es siempre el que debe establecerse **como primera alternativa**. Así lo expresa la ley: “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” (651). Si bien el mandato legal está dirigido a los jueces, es una arista que deben tener en cuenta muy especialmente los padres.

En cambio, en el **cuidado personal alternado** “el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia” (650). En esta modalidad los hijos tendrán dos domicilios, dos habitaciones, dos ámbitos de convivencia que son equivalentes, no hay uno principal. Esa equivalencia también se transmite al tiempo que debe transcurrir con cada progenitor, que si bien no tiene por qué ser una igualdad exacta tampoco



puede estar marcadamente desbalanceado. Por ejemplo: una semana estarán en la casa de la madre y a la otra semana en la casa del padre. **No es una modalidad sencilla de instrumentar**, pero en muchas ocasiones es la que viabiliza una dinámica familiar no perjudicial para los niños. Para lograr un buen funcionamiento de este sistema, en interés del hijo y de la familia, se deberá prestar una particular atención a la fluida comunicación entre los padres, la adaptación de los niños a ambos domicilios, la cercanía geográfica, la preservación de sus ámbitos sociales, entre otros aspectos.

### 3.2.3. Cuidado personal unilateral

En el **cuidado personal unilateral** tanto las **decisiones** como la **convivencia principal** reposan en un solo de los progenitores. Antes de 2015 esta era la única posibilidad existente y, como ya dijimos, se le llamaba **tenencia**. Es una **modalidad excepcional** que solo puede ser otorgada u homologada por los jueces cuando se den ciertos elementos. La ley les indica a los jueces que deben ponderar:

- ✓ “la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro” (653, a);
- ✓ “la edad del hijo” (653, b);
- ✓ “la opinión del hijo” (653, c);
- ✓ “el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo” (653, d).

El otro progenitor **tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente**, como así también el derecho-deber a una adecuada comunicación. Respecto de la toma de decisiones, si bien reposan en el progenitor conviviente, es decir, en el que ostenta el cuidado personal unilateral, el no conviviente tiene la facultad de **controlar y oponerse a esas decisiones**. En caso de no arribar a un acuerdo deberá llevar esa oposición ante los jueces de familia tal como veremos en el punto 3.2.6. Del mismo modo sucederá si el progenitor no conviviente pretende que se adopte una determinada decisión en la crianza de sus hijos y el que tiene el cuidado personal unilateral no está de acuerdo con la misma.

### 3.2.4. Deber de informar

Ahora bien, sea cual fuere la modalidad de cuidado personal, sea que los progenitores convivan o no, **“cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo”** (654).

Muchas veces esta premisa legal es desconocida principalmente por el progenitor con quien conviven los hijos, pero muchas veces también lo es por el progenitor no conviviente.

### 3.2.5. Plan de parentalidad

Los progenitores, en general, prevén cuáles serán los senderos posibles por los que sus hijos caminarán hasta alcanzar la edad adulta, tal como ya hemos señalado. A qué escuela van a ir, qué tipo de educación recibirán, cómo se desarrollará la vida cotidiana y el futuro más o menos inmediato. En otras palabras, la vida de los hijos, su evolución, sus progresos, su desarrollo, nunca están librados totalmente al azar ni siquiera en aquellos casos donde podemos vislumbrar cierta informalidad en la crianza.

Es cierto también que estos diseños no siempre son presentados ni pensados como un **plan** -en el sentido de “modelo sistemático de una actuación pública o privada, que se elabora anticipadamente para dirigirla y encauzarla”, tal como lo define la Real Academia Española- pero es indudable que podemos encontrar, en la gran mayoría de los casos, un hilo conductor.

El **plan de parentalidad** es ese diseño al que hacemos referencia, un plan que en la mayoría de las familias no está escrito, pero que adquiere suma importancia cuando los progenitores viven separadamente. En su elaboración y en su modificación, **los progenitores deben procurar la participación de los hijos** (655, últ. p) en tanto cuenten con edad y grado de madurez suficientes.

Ese plan puede ser presentado por ellos ante los jueces para su homologación y su **contenido**, estimado claro está, puede versar en:

- ✓ “lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor” (655, a);
- ✓ “responsabilidades que cada uno asume” (655, b);
- ✓ “régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia” (655, c);
- ✓ “régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor” (655, d).

Acerca de estos aspectos, relacionados íntimamente con el derecho a la debida comunicación, volveremos al tratar específicamente sobre dicho derecho (cap. XI).

A medida que los hijos crezcan o se vayan dando **modificaciones** en la vida familiar, el **plan de parentalidad** se deberá adecuar a las nuevas circunstancias,

tal como lo recepta la legislación en estos términos “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 (655, 2° p)”. En ese sentido, es posible que hayas escuchado hablar de un **acuerdo definitivo** en materia de alimentos, o de comunicación con los hijos, o de cuidado personal; allí el vocablo “definitivo” está relacionado con un aspecto técnico procesal y no con la inamovilidad de lo acordado que, como casi todo en derecho de familia, está sujeto a los vaivenes de la vida.

La **falta de homologación del plan no hace a su validez**, es decir, nadie está obligado a solicitar la homologación de un plan de parentalidad; tiene vigencia entre las partes desde el momento mismo en que arribaron a un acuerdo. La homologación judicial le otorgará **fuerza ejecutiva**, es decir, no habrá que discutir previamente sobre sus cláusulas, sino que se podrá demandar directamente su cumplimiento cuando no se hubiese respetado lo convenido.

### 3.2.6. Desacuerdos sobre el cuidado personal. Judicialización del conflicto

Cuando **no hay plan de parentalidad homologado** pueden darse desacuerdos entre los progenitores, como así también en planes homologados que desean ser modificados y no haya acuerdo entre los padres, o que el desacuerdo radique en la interpretación de lo convenido, como así también que haya incumplimientos.

En esos casos, cualquiera de los progenitores puede acudir a los jueces para que sean estos quienes diriman el conflicto. En ese sentido, la legislación brinda a los jueces ciertas pautas que tácitamente también van dirigidas a los padres. Así, los jueces deben “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” (656) y luego se agrega que “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”.

Debemos resaltar que en nuestra legislación actual **no existe ninguna norma que otorgue el cuidado personal a uno de los progenitores con preferencia del otro** -como sucedía anteriormente respecto de los niños menores de cinco años cuya “tenencia” era dada a la madre- sino que de las ponderaciones de las pruebas producidas y de la información con que cuenten los jueces la atribución del cuidado personal se determinará en función del **progenitor más idóneo**. Para determinar esa **idoneidad** se tomarán particularmente en cuenta las aptitudes

y posibilidades de los progenitores para garantizar los derechos y deberes de sus hijos, entre ellos, el del **debido contacto con el progenitor no conviviente**.

### 3.2.7. Otorgamiento de la guarda a un pariente

En ciertas situaciones, las decisiones adoptadas por los progenitores, sus desacuerdos, la falta de atención a las necesidades de los hijos, el anteponer los deseos personales a los intereses de los hijos, la grave vulneración de derechos que, en sus casos más marcados, dan lugar a la adopción de medidas excepcionales, los desacuerdos entre los padres, habilitan a los jueces para **otorgar la guarda de los niños a un pariente**. En una situación similar nos podemos hallar en situaciones complejas donde ambos progenitores estuviesen afectados por una enfermedad que les imposibilita el normal ejercicio de la responsabilidad parental o que tal circunstancia se produzca como consecuencia de un accidente, por ejemplo.

La normativa indica que 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” (657, 1er p). Aquí aparece nuevamente la pregunta que nos hicimos en los casos de delegación del ejercicio (ver 2.4) respecto de la posibilidad de otorgar esta guarda a referentes afectivos que no son parientes y, a nuestro juicio, la respuesta sigue siendo la misma: estar al caso concreto y al superior interés de los niños.

Si bien el guardador no ejerce la responsabilidad parental, la que permanece en cabeza del o de los progenitores junto con los derechos y responsabilidades emergentes de su titularidad y su ejercicio, una vez aceptado el cargo **tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana** (657, últ. p).

¿Qué sucede si se vence el plazo originario y su prórroga? Los jueces deben resolver la situación de los hijos mediante otras figuras previstas en la ley (657, 1er p). Esas alternativas pueden ir desde la privación de la responsabilidad parental y otorgamiento de una tutela, pasar por una prórroga extraordinaria del lapso de guarda, hasta la declaración en situación de adoptabilidad. Desde ya que los jueces no pueden disponer ninguno de estos extremos por su propia voluntad e iniciativa, sino que deben desarrollarse los procesos judiciales que hemos visto en cada caso en particular. Sin embargo, sí pueden los jueces dar intervención al Ministerio Público para que evalúe entablar las demandas que considere pertinentes (103, b).

### 3.3. Alimentos

Las obligaciones alimentarias de los progenitores respecto de sus hijos derivadas de la responsabilidad parental las abordamos en el Capítulo X punto 3.

### 4. Deberes de los hijos

Los hijos tienen los siguientes deberes:

- ✓ “respetar a sus progenitores” (671, a);
- ✓ “cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior” (671, b);
- ✓ “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” (671, c).

### 5. Progenitores e hijos afines

Los conceptos de **progenitores afines** y de **hijos afines** que vamos a desarrollar en este punto difieren del que hemos visto al tratar acerca del **parentesco por afinidad**. Recordemos que ese parentesco es “el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge” (536 1er p, ver cap. VI, 2) y aquí, como veremos a continuación, el alcance es otro.

Es muy posible que hayas oído hablar de las **familias ensambladas**, que son aquellas conformadas por padres o madres que ya han estado casados o en pareja o que han tenido hijos sin necesariamente convivir con otra persona, y que cohabitan con los hijos de uno y los hijos del otro. La ley define como **progenitor afín “al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”** (672). Por su parte, esos niños o adolescentes son **hijos afines**.

Este vínculo genera también **deberes y derechos**. Dice la ley que “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**” (673, 1er p), sin que esa colaboración afecte los derechos de los titulares de la responsabilidad parental (673, 2º p). Así, podemos ver a “progenitores afines” ocupándose de algunas tareas relacionadas con la educación como la asistencia a reuniones escolares, o asistiendo a los controles médicos de los niños, por ejemplo.

Amén de ello, y en favor de preservar la relación progenitor-hijo, nuestra



normativa no deja duda alguna al disponer que **“en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor”** (673, 1er p).

### 5.1. Delegación en el progenitor afín

Hemos visto unos párrafos más arriba que los progenitores pueden delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en parientes (643, ver 2.4).

De igual modo, esa delegación puede realizarse hacia el progenitor afín. Así, **“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”** (674, 1er p).

A diferencia de la delegación del ejercicio en un pariente que, en todos los casos, requiere **homologación judicial**, aquí la delegación puede realizarse entre las partes en tanto y en cuanto el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente (674, últ. p). Es decir, si ambos progenitores y el esposo o conviviente de quien ostenta el cuidado personal acuerdan la delegación, **no será necesaria la homologación judicial del acuerdo**. Si así no fuere, la homologación no podrá evitarse.

### 5.2. Ejercicio conjunto con el progenitor afín

Si el progenitor no conviviente fallece o está ausente o padece una incapacidad, el otro progenitor puede asumir el ejercicio de la responsabilidad parental junto con su cónyuge o conviviente (675, 1er p).

Esta posibilidad debe plasmarse en un **acuerdo** que debe ser **homologado judicialmente** (675, 2° p). Amén de ello, **en caso de conflicto prima la opinión del progenitor**.

El acuerdo de ejercicio conjunto “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” (675, últ. p).

### 5.3. Alimentos a cargo del progenitor afín

Respecto de esta **obligación alimentaria** de carácter subsidiario, nos referiremos en el capítulo sobre “Alimentos”, al que nos remitimos (ver cap. X, 3.8).



## 6. Representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad

Debemos recordar que las personas menores de edad son representadas, en principio, por sus padres (101, b) tal como vimos en el capítulo I (6.1.1) y que a mayor autonomía disminuye esa representación (639, b).

Si bien a lo largo de este libro hemos observado a los progenitores actuar en representación de sus hijos, como así también a los hijos actuando en forma más o menos autónoma respecto de sus padres, aquí nos vamos a detener particularmente en el ejercicio de esa representación cuando los hijos son titulares de bienes o de ciertas relaciones jurídicas.

### 6.1. Los hijos menores de edad y los procesos judiciales

La regla general es que la representación en juicio de las personas menores de edad es efectuada por sus progenitores tanto sea en carácter de demandantes (actores) o de demandados (677, 1er p).

Amén de ello, la ley **presume que el hijo adolescente** cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso **junto con sus progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada**. En cuanto a este último aspecto, nos remitimos a lo ya desarrollado respecto de la asistencia jurídica directa; abogadas y abogados de niños, niñas y adolescentes (cap. I, 7).

¿Qué sucede si un hijo **adolescente quiere iniciar una acción** civil contra un tercero y uno o los dos padres se oponen? Pues bien, puede recurrir a los jueces y éstos pueden **autorizar** al adolescente para entablar esa acción (678). Para tomar esa decisión, los jueces deben recibir en audiencia al progenitor o a los padres que se oponen y escuchar también al Ministerio Público.

Tal como vimos al tratar la asistencia letrada a niños y adolescentes, es posible que una persona menor de edad pueda **reclamar judicialmente a sus progenitores por sus propios intereses**. Para ello no es necesaria la previa autorización judicial si la persona menor de edad **cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada** (679).

Por otra parte, los adolescentes -personas entre trece y dieciocho años- **no necesitan autorización de sus progenitores para estar en juicio** en dos supuestos (680):

- ✓ cuando sean acusados criminalmente;
- ✓ para reconocer hijos.

## 6.2. Los hijos menores de edad y los contratos

Las personas menores de edad realizan contratos en forma cotidiana sin la asistencia de sus padres e incluso siendo muy pequeños. Van a un kiosco y compran un paquete de figuritas, salen de una práctica de fútbol y adquieren una botella de agua o de gaseosa, suben a un colectivo y cancelan un pasaje. En tanto y en cuanto se trate de **contratos de escasa cuantía**, la legislación presume que han sido realizados **con la conformidad de los** progenitores (684).

Ahora bien, existen otros contratos de mayor envergadura y con mayor repercusión en la vida de los hijos. Para estos casos, y sin perjuicio de lo establecido en las leyes laborales y en las leyes especiales, el Código Civil y Comercial efectúa una diferenciación en función de la edad. Veamos:

Las personas menores de dieciséis años no pueden ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera **sin autorización de sus progenitores** y, en todo caso, deben cumplirse las disposiciones de este Código y de leyes especiales (681).

Por otra parte, 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 (682).

En el caso de personas menores de edad **mayores de dieciséis años**, se presume que, si “ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria” (683, 1er p)”. Claro está que deben ser cumplidas las disposiciones del Código Civil y Comercial y de la normativa relacionada con el trabajo infantil. Asimismo, “Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo” (683 últ p).

## 6.3. La administración de los bienes de los hijos menores de edad

Los hijos pueden tener bienes de su titularidad que deban ser administrados por sus progenitores. Así, es posible que por el fallecimiento de uno de los progenitores los hijos hayan percibido una indemnización y con la misma adquirido un inmueble del que se obtiene un alquiler, o se haya depositado en una cuenta bancaria y devengue intereses, o hayan heredado acciones en una empresa.

Esos bienes requieren ser administrados y para ello la normativa prevé que lo hagan en común los progenitores cuando ambos estén en ejercicio de la

responsabilidad parental (685, 1er p). Los actos conservatorios, es decir aquellos que tienden a preservar el patrimonio sin comprometerlo, pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de ellos. Es indiferente, en este caso, que el cuidado personal sea unipersonal o compartido (685, 2° p) y, por supuesto, si uno solo de los progenitores está en el ejercicio de la responsabilidad parental la administración recaerá en él.

Amén de lo expuesto, los padres **pueden acordar que sea uno de ellos quien administre los bienes de los hijos**. Sin embargo, el progenitor administrador necesita del consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también autorización judicial (687).

Si se registraran, entre los progenitores, **graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes**, cualquiera de ellos puede recurrir al juez para que designe a uno de ellos o, en su defecto, a un tercero idóneo para ejercer la función (688).

Los progenitores **no pueden administrar los bienes de sus hijos** en los siguientes casos:

- ✓ respecto de los bienes adquiridos **por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria**, que son administrados por éste, aunque conviva con sus progenitores (686, a);
- ✓ respecto de los bienes **heredados por el hijo por indignidad de sus progenitores** (686, b);
- ✓ respecto de los bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores (686, c).

Tampoco pueden, **está prohibido, “hacer contrato alguno con el hijo que está bajo su responsabilidad”** (689, 1er p). De esta forma se busca evitar conflictos de intereses o situaciones de aprovechamiento por parte de los progenitores respecto de sus hijos. La norma no se aplica cuando los progenitores efectúan **donaciones sin cargo** a sus hijos en las que intervienen como **donantes** y realizan la aceptación de la donación en nombre de sus hijos (689, 1er p, 1549).

Ahora bien, **ni siquiera con autorización judicial**, los progenitores pueden (689, 2° p):

- ✓ “comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo”; es decir, **no pueden, ni con autorización judicial, comprar bienes de sus hijos**, tanto sea de bienes muebles o de bienes inmuebles;
- ✓ “ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su

- hijo”; con el mismo sentido, tampoco pueden ser **cesionarios** de créditos, derechos o acciones en los que los obligados sean los hijos;
- ✓ “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”; es decir, cuando uno de los progenitores ha fallecido la norma prohíbe al progenitor sobreviviente a distribuir los bienes de la herencia con sus hijos menores de edad mediante un acuerdo privado. En el derecho de las sucesiones (herencias) también se dispone en el mismo sentido en tanto y en cuanto la partición de los bienes debe ser judicial necesariamente cuando hay herederos incapaces, con capacidad restringida o ausentes (2371, a);
  - ✓ “ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros”; por ejemplo, no pueden en representación de sus hijos salir de garantes de contratos de locación ya sea que los propios progenitores sean los locadores o sean terceros.

Pueden sí, “celebrar contratos con terceros en nombre de su hijo en los límites de su administración” pero si el hijo cuenta con la edad y grado de madurez suficiente debe ser informado sobre dichos contratos (690). En cuanto a los **contratos de locación de bienes**, la ley establece que siempre llevan implícita la condición de extinguirse cuando la responsabilidad parental concluye (691), es decir, cuando los hijos alcancen la edad de dieciocho años o contraigan matrimonio con anterioridad.

#### 6.4. Actos que necesitan autorización judicial

La **autorización judicial** es requerida para **disponer de los bienes de los hijos** (692), es decir, para aquellos actos jurídicos que importen sacar el bien del patrimonio de los hijos: una compraventa, por ejemplo.

Esta autorización judicial tramita mediante un procedimiento breve que, en general, requiere la presentación de tasaciones de los bienes que se pretenden vender y la participación del **Ministerio Público** el que corroborará tales valuaciones y opinará acerca de la conveniencia o no del acto jurídico proyectado.

Si el acto jurídico se celebrare de igual modo **puede ser declarado nulo si es que perjudican a los hijos**.

#### 6.5. 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 los jueces a solicitud de parte interesada (693).

### 6.6. Pérdida de la administración

Los progenitores pierden la administración de los bienes de sus hijos cuando ella sea ruinoso, o se pruebe su ineptitud para administrarlos. Los jueces pueden declarar la pérdida de la administración en los casos de concurso o quiebra del progenitor que administra los bienes del hijo (694).

Asimismo, los progenitores pierden la administración de los bienes del hijo **cuando son privados de la responsabilidad parental** (695).

Si uno de los progenitores es **removido** de la administración, la misma le corresponde al otro. Si ambos son removidos, los jueces deben nombrar un **tutor especial** (696).

### 6.7. Rentas de los bienes de los hijos

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 (697).

Cuando se trata de solventar ciertos gastos que la ley enumera específicamente, los progenitores pueden utilizar las rentas de los bienes del hijo **sin autorización judicial, pero con la obligación de rendir cuentas** (698). Los gastos enumerados son:

- ✓ gastos “de subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica” (698, a);
- ✓ gastos “de enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo” (698, b);
- ✓ gastos “de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo” (698, c).

## 7. Extinción de la responsabilidad parental

La extinción de la responsabilidad parental se produce por ciertos hechos que ocurren en la vida de los progenitores o de los hijos que la normativa detalla y

que impiden continuar ostentando la **titularidad** de la responsabilidad parental **en forma definitiva**. Excepto el caso de la revocación o nulidad de la adopción, al cual aludiremos en este mismo punto, una vez producida la extinción ya no puede recuperarse la titularidad de la responsabilidad parental.

Los hechos que producen la extinción no se relacionan con conductas reprochables a los progenitores. Es decir, no se trata de una suerte de “sanción” como vamos a ver en los casos de privación, por una conducta disvaliosa atribuible a uno o a ambos progenitores. En función de ello, **no es necesaria una sentencia que la declare**. Así, para acreditar la extinción será suficiente con la documentación que acredite el hecho que la ocasiona. Por ejemplo, si se produjo por muerte del hijo alcanza con exhibir la partida de defunción, si se produjo por mayoría de edad, con la partida de nacimiento.

Los casos previstos por la ley son los siguientes:

- ✓ “muerte del progenitor o del hijo” (699, a), en el caso de la muerte de uno de los progenitores la responsabilidad parental recae en el otro mientras que, si mueren ambos progenitores o se trata de un único vínculo filiatorio establecido, se deberá recurrir al instituto de la tutela (ver cap. I, 6.1.2). Debemos tener en cuenta que la muerte con presunción de fallecimiento ocasiona la suspensión de la responsabilidad parental tal como veremos en el punto 9;
- ✓ “profesión del progenitor en instituto monástico” (699, b); la norma encuentra fundamento en los votos de obediencia que deben efectuar quienes ingresan a este tipo de vida religiosa, extremo que se presume no lo habilitará para un normal desempeño de la responsabilidad parental. No acarrea la misma consecuencia el ingreso del hijo a la vida monástica dado que la responsabilidad parental subsiste en ese caso;
- ✓ “alcanzar el hijo la mayoría de edad” (699, c), es decir, la edad de dieciocho años (25);
- ✓ emancipación (699, d), recordemos que la única emancipación vigente es la que se produce por el matrimonio del hijo. La norma exceptúa el caso de los progenitores adolescentes y las facultades que le son asignadas a sus progenitores (abuelos), tal como hemos visto en el punto 2.5 (644);
- ✓ “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” (699, e).

Como podemos observar son todas situaciones no vinculables con conductas de los progenitores respecto de sus hijos. En el caso de adopción por un tercero

podemos pensar que ha existido con anterioridad una conducta reprochable, sin embargo, respecto de ella el análisis ya se realizó al momento de ponderar la declaración de situación de adoptabilidad mientras que aquí estamos frente a la sentencia de adopción cuya consecuencia inevitable es la extinción de la responsabilidad parental.

## 8. Privación y suspensión de la responsabilidad parental

No todos los progenitores muestran conductas respetuosas de los derechos de sus hijos. Más allá de los errores que pueden cometerse durante la crianza, en algunas situaciones los progenitores se relacionan con sus hijos mediante conductas que afectan gravemente a la persona y a los derechos de esos hijos y que pueden tener como consecuencia sancionarlos con la **privación de la responsabilidad parental**.

En otras ocasiones, hay ciertos **hechos** en la vida de los progenitores que les impiden continuar con el ejercicio normal de sus obligaciones para con los hijos y ocasionan la **suspensión de la responsabilidad parental**.

Como veremos en los párrafos siguientes, la privación **no importa la pérdida definitiva de la responsabilidad parental**, sino que puede ulteriormente lograrse una **rehabilitación**, mientras que la **suspensión** tiene vigencia mientras duren las circunstancias que la motivaron.

Es posible que **solo uno de los progenitores** sea quien se encuentre incurso en una conducta disvaliosa o en una circunstancia de hecho que le impida ejercer la responsabilidad parental. En ese caso, la ley nos dice que, si “uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, **el otro continúa ejerciéndola**” (703).

Ahora bien, también es posible que sean **ambos progenitores** quienes hayan sido privados o suspendidos en el ejercicio de la responsabilidad parental. En ese caso, “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 (703).

También debemos tener presente que, durante la privación o la suspensión de la responsabilidad parental, **subsisten las obligaciones alimentarias a cargo de los progenitores** (704).

### 8.1. Causales de privación de la responsabilidad parental

¿En qué casos uno o ambos progenitores pueden ser privados de la responsabilidad parental?

En nuestro país podemos agrupar a las causales en dos grupos. Esta clasificación obedece a razones históricas y a algunas diferencias en cuanto a cómo operan las causales de cada grupo en los casos concretos.

### 8.1.1. Causales que requieren una sentencia que declare la privación

El **primer grupo** está conformado por aquellas causales que, con las adecuaciones e incorporaciones necesarias para actualizarlas a nuestros tiempos, han sido contempladas por nuestro derecho de familia desde hace más de cien años.

Tienen como característica común que **requieren de una sentencia judicial que declare la privación de la responsabilidad parental**. Es decir, **no se producen automáticamente**, tienen que ser ponderadas por los jueces en el marco de un proceso.

Son las siguientes:

- ✓ **“ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata”** (700, a). Se trata de un delito doloso, es decir que fue cometido con la intención de hacerlo, que afecta a los hijos en su persona o en sus bienes. La participación en la comisión del delito debe ser como autor o coautor, el progenitor es la persona que comete el delito, o como instigador, el progenitor es quien incita a cometer el delito, o cómplice, es decir, el progenitor coopera con el autor o coautor para la comisión de ese delito;
- ✓ **“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”** (700, b). La causal que con mayor frecuencia es tratada en el fuero de familia de todo el país es la de **abandono**. Esta causal se configura ante un total desentendimiento voluntario de la vida del hijo por parte del progenitor o de los progenitores, el incumplimiento reiterado y persistente de todos los deberes propios de la responsabilidad parental. Para apreciar esa conducta debe apreciarse el **abandono en el caso concreto** y conforme las circunstancias propias de la familia de la que se trate. En ese orden, **el hecho que los hijos hayan quedado al cuidado del otro progenitor**, o de los abuelos, hermanos, tíos o cualquier otro tercero, **en nada repercuten para tener por configurado el abandono**, dado que lo que se aprecia es la conducta subjetiva del progenitor que deja librados a sus hijos a su suerte;
- ✓ **“poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo”** (700, c) Como dijimos, las demandas de privación de la responsabilidad parental -en



una importante porción- se fundan en la causal de abandono. Sin embargo, existen un conjunto de conductas que no configuran estrictamente una situación de abandono, sino que afectan grave y sustancialmente la vida de los hijos. En ese orden, el maltrato físico, las agresiones psicológicas, la exposición a situaciones riesgosas, tanto sean generadas por la persona que se encuentra bajo el cuidado directo como así también por parte de quien no convive con los hijos, son extremos a ser sopesados en un juicio y, en cada caso concreto y particular, determinar si se está o no ante un marco que habilite declarar la privación de la responsabilidad parental;

- ✓ **“haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo”** (700, d). Respecto de la declaración en situación de adoptabilidad nos remitimos al capítulo sobre Adopción (cap. VIII, 7.1) y al capítulo sobre Derechos de la Niñez (cap. II, punto 7.3.7.b). Quizá puedas pensar que en este último caso no sea necesaria la sentencia que declare la privación, sino que se produce de modo automático por la propia declaración de situación de adoptabilidad, sin embargo, tal como vimos en los capítulos citados, es una consecuencia de un proceso administrativo y judicial que se inició con una medida excepcional y culmina con la declaración, en el que se pusieron en debate las conductas de los progenitores que dieron lugar a tales procesos

En los tres primeros casos la privación tiene efectos a partir de la sentencia que la declare, mientras que en el último caso se produce desde la fecha de declaración de situación de adoptabilidad sin que sea necesario obtener una nueva sentencia que declare la privación (700 últ. p).

### 8.1.2. Causales automáticas vinculadas a la violencia familiar y de género

Las del **segundo grupo** fueron incorporadas en el año 2017 y, si bien como veremos son de carácter general, están íntimamente vinculadas con la **violencia familiar y a las cuestiones de género**.

A diferencia de las del grupo anteriormente glosado, en estos casos **“la condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental”** (700 bis, últ. p). En otras palabras, la **sentencia penal condenatoria**, cuando ya no es revisable por ningún tribunal superior, **produce por sí misma la privación de la responsabilidad parental**, sin que se necesario ningún juicio posterior ni ninguna otra sentencia que la declare y aun cuando en su parte resolutive nada diga acerca de la responsabilidad parental.

Estas causales han sido incluidas en el **artículo 700 bis** y son las siguientes:

- ✓ **“ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos 1 y 11 del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor”** (700 bis, a). La víctima del delito es el otro progenitor tanto sea mujer u hombre. El inciso 1° del artículo 80 del Código Penal prevé la pena de reclusión perpetua o prisión perpetua o quien matare a “su ascendiente, descendiente, **cónyuge, excónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia**”, mientras que el inciso 11 establece la misma pena para el que matare **“a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género”**. Este último caso es el conocido como **femicidio** con lo que el delito debe haber sido cometido por un hombre y la víctima tiene que ser una mujer y debe haber sido cometido por violencia machista, por odio, por desprecio, por placer en contra de las mujeres en su condición de mujeres, con un sentido de superioridad, de poder o de propiedad respecto de ellas;
- ✓ **“ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata”** (700 bis, b). En este caso, las víctimas del delito pueden ser tanto el otro progenitor o los hijos, sin distinción de género. El artículo 91 del Código Penal al que refiere dice textualmente: “Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir”. Son las denominadas **lesiones gravísimas** en el marco del derecho penal. Claro está que, si el delito cometido contra la persona de los hijos no encuadrare dentro de este tipo penal, es decir dentro del delito de lesiones gravísimas, podrá quedar abarcado dentro de la primera causal del grupo anterior (ver. 8.1.1);
- ✓ **“ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata”** (700 bis, c). Aquí las víctimas son los hijos. Son los denominados **delitos contra la integridad sexual**. El artículo 119 del Código Penal dice textualmente: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediar violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la

acción. / La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. / La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. / En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. / En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)".

De igual modo, **la privación también se produce si los delitos reseñados son cometidos en grado de tentativa** (700 bis, 2° p). La tentativa se da cuando una persona, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no la consuma por circunstancias ajenas a su voluntad (CP, 42). Las penas que se imponen, en ese caso, sufren una reducción respecto de la que hubiese correspondido si el delito se hubiese cometido.

La privación afecta al progenitor condenado en su vínculo con su hijo o hija víctima del delito. **No es extensivo a otros hijos que no hayan sido víctimas.** Sin embargo, si la condena penal supera los tres años se produce, también automáticamente, la **suspensión de la responsabilidad parental**, tal como lo veremos en el punto 9 (702, b). Amén de ello, también podrá plantearse la privación respecto de los otros hijos en función de la gravedad de los hechos y aplicando la causal que hemos visto anteriormente en el punto 8.1.2 (700, c).

La responsabilidad parental continúa siendo ejercida por el otro progenitor. Si no hubiese o si también ese otro progenitor hubiese sido privado de la responsabilidad parental, se deben articular los mecanismos necesarios para dotar a los hijos menores de edad de un representante legal. Sea cual fuere el caso, los jueces penales deben comunicar la sentencia definitiva al Ministerio



Público para que, en su caso, inicie los procesos de tutela o inste la adopción conforme la situación planteada y en beneficio e interés del niño o adolescente (700 bis, últ. p, 703); en este aspecto la legislación subraya que debe tenerse en cuenta el derecho con que cuentan las personas menores de edad con edad y grado de madurez suficiente para ejercer sus derechos por sí y la posibilidad de intervenir con asistencia letrada cuando se encuentre en conflicto de intereses con sus representantes legales (26). También se debe anotar a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, para que actúe en sede civil en tanto y en cuanto es posible que deba adoptar las medidas de protección integral o excepcional, conforme la situación de cada caso (ver cap. II). La norma también recuerda la necesidad de observar los derechos de los niños a ser oído en los procesos en los que tengan interés o los afecten, a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de adoptar decisiones, a la asistencia letrada y a recurrir ante una autoridad superior cualquier decisión que los afecten (700 bis, últ. p, L. 26.061, 27).

### 8.1.3. La rehabilitación

La privación de la responsabilidad parental no es definitiva, excepto los casos de declaración en situación de adoptabilidad que finalizan en el otorgamiento de la adopción plena o de adopción simple que no se revoca, en tanto se trata de causales de extinción (699, e, ver 7).

El o los progenitores que pretendan ser restituidos en el ejercicio de la responsabilidad parental deben solicitarlo a los jueces quienes lo pueden otorgar en tanto y en cuanto sea demostrado que es en beneficio e interés de los hijos (701).

## 8.2. Suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental

La **suspensión del ejercicio** se produce a partir de ciertas circunstancias que impiden -en los hechos- el normal desarrollo de las obligaciones propias de la responsabilidad parental. Comienza a producir efectos **en forma automática**, sin que sea necesario un juicio específico para determinarla. Del mismo modo, una vez que desaparecen las circunstancias que la ocasionaron **cesa también la suspensión**, sin que deba articularse un proceso de rehabilitación.

¿Cuáles son esas circunstancias que provocan la suspensión?:

- ✓ **“la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento”** (702, a). Nos hemos referido a la ausencia con presunción de fallecimiento en el capítulo III punto 7.2. y allí nos remitimos;



- ✓ **“el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años”** (702, b). Aquí se produce una cierta tensión jurídica con los efectos que el Código Penal prevé para el mismo supuesto en tanto el artículo 12 de ese ordenamiento establece que “la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente... la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad...” Ambas normas están vigentes sin embargo no cabe duda alguna que se trata de un supuesto de suspensión y no de privación. De igual modo, en caso de trasladarse esa tensión jurídica a un caso concreto siempre se deberá resolver aplicando el mandato constitucional de estar al superior interés de los niños;
- ✓ **“la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio”** (702, c). Conforme esta norma, la sentencia que declara la restricción de la capacidad debe expedirse acerca del ejercicio de la responsabilidad parental dado que, de no hacerlo, se debe estar por la presunción de capacidad para ello (38, ver cap. I, 5.1.3.d);
- ✓ **“la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales”** (702, d). Esta causal se relaciona, específicamente, con la adopción de medidas excepcionales por parte de la autoridad administrativa de aplicación de la ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (ver cap. II 7.3). Como hemos visto, la adopción de una medida excepcional se basa en la acreditación de gravísimas vulneraciones a los derechos de las personas menores de edad por parte de los adultos a su cuidado. También se producirá la suspensión, a nuestro entender, cuando los jueces otorguen la guarda a un pariente en situaciones de extrema gravedad (657, ver 3.2.6);
- ✓ **#el procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis#** (702, e), es decir, por los supuestos de privación que hemos estudiado en el punto 8.1.2. Las condenas penales se determinan luego de un proceso en que se debe acreditar que la conducta imputada a los progenitores se encuentra prevista en un tipo penal, en un delito, y que merece una condena. Dentro de ese proceso penal se dicta el “auto de procesamiento” por el que, provisoriamente, se entiende que es probable que pueda establecerse la culpabilidad de la persona imputada por un delito. Del mismo modo que vimos en el caso de privación de la responsabilidad parental, la norma también ordena a los jueces penales comunicar el “auto de procesamiento” al Ministerio Público y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción para arbitrar las medidas necesarias en protección de los derechos de los

hijos menores de edad, y preservar sus derechos a participar del proceso y a la asistencia letrada. Sin embargo, la **suspensión no procede cuando sea la progenitora quien haya sido procesada por homicidio agravado por el vínculo (700 bis, a) o por lesiones gravísimas al otro progenitor (700 bis, b)**, si es que las conductas de la progenitora han encontrado su origen en una situación de **violencia de género**.

## 9. Responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos

Las personas menores de edad pueden ocasionar daños a otras personas. Esas conductas dañosas pueden generar la obligación de indemnizar en cabeza de los hijos si se dan todas las condiciones que exige el “derecho de daños” o “de la responsabilidad civil” para ello. Es decir, que haya existido un daño, que la conducta desarrollada sea antijurídica o ilícita, que quien la ocasiona haya obrado con culpa o con dolo y que se pueda establecer un vínculo entre la conducta y el daño.

Por supuesto que los hijos, aún menores de edad, si cuentan con patrimonio deberán responder por esas indemnizaciones si es que se establece tal obligación. Sin embargo, la legislación pauta que **los progenitores son “solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos**, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos” (1754).

Los padres responden **objetivamente** por los daños ocasionados por sus hijos (1755), es decir, no se analiza si los progenitores han tenido o no la culpa por los hechos dañosos realizados por sus hijos, responden en tanto y en cuanto se den estas dos situaciones: **que los hijos se encuentren bajo su responsabilidad parental y que convivan con ellos**. Respecto de este último requisito –convivencia- debemos puntualizar que los progenitores **no se liberan de responsabilidad** si la no convivencia deriva de una causa que les es atribuible (1755 2° p), supuesto que abarca aquellos casos en los que los padres han decidido que los hijos no viviesen con uno de ellos tanto sea por divorcio, separación de hecho, o con ambos como suele suceder cuando una persona menor de edad va a otra ciudad para comenzar una carrera de futbolista o para estudiar.

La responsabilidad es **solidaria** entre los progenitores, es decir, **cualquiera de los dos responde por la totalidad de la indemnización**, sin que tenga peso al respecto que convivan o no entre sí. Las personas que sufrieron el daño pueden dirigir su acción contra los hijos y contra ambos padres o contra uno de ellos, si bien en esta materia no hay un total consenso respecto de si necesariamente

deben ser demandadas las personas menores de edad o si directamente puede demandarse a los progenitores.

Vamos a puntualizar dos situaciones en particular.

- ✓ La primera se relaciona con el **progenitor afín**: en tanto no se trata de un titular de la responsabilidad parental queda excluido de la responsabilidad civil aun cuando haya estado al cuidado del niño al momento del hecho.
- ✓ La otra es la de los daños producidos por los **hijos de progenitores adolescentes**. En este caso, recordemos que los progenitores adolescentes son titulares y ejercen la responsabilidad parental sobre sus hijos, mientras que los abuelos –los progenitores de los progenitores adolescentes– conservan ciertas facultades de control que hemos desarrollado en el punto 2.5. En el derecho de la responsabilidad civil no hay consenso en establecer si los **abuelos** responden por los daños ocasionados por sus **nietos** cuando los padres de los mismos están bajo su propia responsabilidad parental. Algunos entienden que no los abarca dado que la **responsabilidad objetiva** opera respecto de los hijos que están bajo responsabilidad parental y los nietos no lo están. Otro sector entiende que sí son responsables los abuelos dado que, precisamente, sus hijos están bajo su responsabilidad parental y ellos deben responder por sus propios hijos, es decir, por los nietos de los abuelos.

### 9.1. ¿Cuándo cesa la responsabilidad civil objetiva de los padres por los hechos dañosos de sus hijos?

De más está decir que ya no habrá responsabilidad civil de los padres **si la responsabilidad parental ya no existe** porque se ha extinguido, por ejemplo, si el hijo alcanzó la mayoría de edad y el hecho dañoso se produjo con posterioridad.

No se da la misma situación en los casos de **privación o de suspensión de la responsabilidad parental**, dado que allí la responsabilidad civil permanece intacta, tal como lo dispone la legislación con estas palabras: “Los padres **no se liberan de la responsabilidad civil**, aunque los hijos menores de edad no convivan con ellos, si esa no convivencia deriva de una causa que les es atribuible (1755 2° p)”.

La normativa establece que **la responsabilidad civil cesa “si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente”**. Esta norma no alcanza para aquellos casos de meras estancias de los hijos al cuidado de otros dado que requiere de una razonable permanencia, aun cuando transitoria, al cuidado de otro quien debe responder



objetivamente por ese cuidado. Por ejemplo, no se liberarán los padres de la responsabilidad civil si el hijo ocasiona un daño mientras estaba al cuidado de los padres de un amiguito en cuya casa se había quedado a dormir. Pero sí carecerán de toda responsabilidad si el hecho ocurre en la escuela dado que allí responderán sus titulares (1767).

Tampoco cesa la responsabilidad civil de los padres en aquellos casos en que haya **delegado el ejercicio en un pariente** (643, ver 2.4 y 9.2) ni tampoco cuando la guarda ha sido otorgada judicialmente a un pariente en supuestos de especial gravedad (657, ver 3.2.6).

Cuando los hijos menores de edad ejercen una profesión - recordemos que las personas menores de edad mayores de dieciséis años que cuentan con título habilitante pueden ejercer su profesión por cuenta propia y sin autorización de sus padres y que tienen la administración de los bienes producto de ese desempeño (30, ver 6.2)- los padres **no responden** por los daños causados en las tareas inherentes a la misma (1755 últ. p).

Del mismo modo, si los hijos se encuentran trabajando en relación de dependencia para terceras personas –no para los padres, claro está- tampoco los progenitores responden por los daños causados “en cumplimiento de funciones subordinadas encomendadas por terceros” (1755 últ. p).

Tampoco responden los padres por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos (1755 últ. p). En este sentido, recordemos lo ya expuesto en el punto 6.2 respecto de las personas menores de edad **mayores de dieciséis años** que ejercen un empleo, profesión o industria y los contratos que pueden celebrar.

## **9.2. Responsabilidad de los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, tutores o curadores**

Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental (643, 2.4), los tutores (ver cap. I, 6.1.2) y los curadores (ver cap. I, 6.1.3) son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo (1756 1er p). La legislación prevé que puedan liberarse de tal responsabilidad si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño, pero tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia (1756 2° p).

En cuanto a las personas con restricciones a la capacidad, la norma de atribución de responsabilidad no menciona a los “apoyos” con lo que debe entenderse que no se extiende respecto de ellos.

También dispone la legislación que “el establecimiento que tiene a su cargo



personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control” (1756, 3er p).

## 10. Restitución internacional de niños

Las personas van modificando sus lugares de residencia a lo largo de su vida, en algunas ocasiones dentro de la misma ciudad o a localidades vecinas, a veces se trasladan a diferentes provincias y en otras ese traslado es hacia fuera del país.

Cuando los progenitores se ponen de acuerdo en que los hijos menores de edad se radiquen con uno de ellos fuera del territorio nacional tanto el traslado como la radicación son lícitos, al igual que los casos de traslados y radicación en el extranjero autorizados por los jueces luego de un conflicto suscitado entre los progenitores.

Ahora bien, en algunas situaciones el progenitor que permanece en el país sólo autorizó el traslado hacia el extranjero por un tiempo determinado, para hacer un viaje, por ejemplo, pero no para cambiar su radicación. Si se produce el traslado hacia el extranjero y al momento de regresar el otro progenitor decide permanecer en el país de destino, se produce un **desplazamiento y retención ilícitos de los hijos**.

Como ya hemos visto, en Argentina la salida del país de personas menores de edad se puede realizar mediando la autorización de ambos progenitores en aquellos casos con doble vínculo filial (ver 2.6). Ahora bien, aun cuando los controles migratorios en pasos fronterizos, puertos fluviales y marítimos y aeropuertos son estrictos en cuanto al control de los recaudos necesarios para salir del país, eventualmente sucede que hijos menores de edad lo hacen sin tener la autorización de ambos progenitores. A este extremo llamamos **sustracción de una persona menor de edad**, que en general estará seguida de una **retención** en el país extranjero.

Tanto el desplazamiento como la retención y la sustracción pueden darse en nuestro país respecto de niños radicados originariamente en el extranjero. En ese orden, debe tenerse presente que en algunos países solo se exige la concurrencia de ambos progenitores a la hora de tramitar el pasaporte mas no en cada oportunidad en la que se viaja al exterior, con lo que si bien originariamente una persona pudo haber viajado hacia la Argentina cumplimentando los requisitos formales, es posible que su permanencia y radicación en el país no cuente con la conformidad del otro progenitor.



La perspectiva que aquí abordaremos se centra en los **aspectos civiles de los traslados o radicaciones ilícitas**, pero **no en sus aspectos penales** dado que las conductas descriptas pueden estar alcanzadas por un delito tipificado en el ordenamiento normativo penal de los países respectivos.

Como podemos inferir de los párrafos anteriores, existen algunos elementos que necesariamente deben darse para que nos encontremos frente a un caso de restitución internacional:

- ✓ Una persona menor de edad que **reside habitualmente en un determinado país**.
- ✓ Una persona menor de edad que **es trasladada por uno de sus progenitores a otro país** sin contar con la autorización del otro progenitor para dicho traslado ni tampoco con una resolución judicial que lo avale.
- ✓ Una persona menor de edad que es trasladada por uno de sus progenitores a otro país y que **se radica en ese otro país** sin contar con la conformidad del otro progenitor para dicha radicación ni tampoco con una resolución judicial que la haya habilitado.

En estos casos, el otro progenitor puede solicitar **la restitución internacional de sus hijos menores de edad** a partir de la **ilicitud del traslado o la ilicitud de la radicación en un país extranjero**.

Los casos pueden darse a partir de niños domiciliados en Argentina que son trasladados a un país extranjero o, al revés, de niños domiciliados en un país extranjero que son trasladados a Argentina. Como dijimos, la **ilicitud** puede radicar en el propio traslado, en la prolongación de la estancia en el país extranjero cuando el traslado fue lícito, pero por la permanencia se autorizó solo por un tiempo determinado, o en la radicación en el país extranjero, por ejemplo. En este aspecto, nuestra legislación establece que “los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente **no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente**” (2614, 2° p).

De ese modo, en algunos casos Argentina será el país a quien se requiere concretar la entrega de un niño que ilícitamente se encuentra en nuestro territorio mientras que, en otros casos, será Argentina la que ordene la restitución de un niño que se halla ilícitamente en un país extranjero.

Debemos tener presente que en el proceso de restitución **no se discute cuál de los progenitores es el más apto para el cuidado personal de los niños sino, únicamente, el reintegro de los niños a su centro de vida y a la consideración de los jueces de ese centro de vida**.



El Código Civil y Comercial nos dice que respecto de esta materia **rigen en primer término las convenciones internacionales que haya suscripto nuestro país** y que, si no existieren las mismas, “los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño” (2642 1er p). Es decir, que en primer término tenemos si el país requirente o el país requerido está ligado al nuestro mediante un convenio internacional o no, para luego determinar los pasos a seguir.

En los puntos siguientes vamos a describir someramente los convenios internacionales actualmente vigentes en la materia que han sido suscriptos por nuestro país. Amén de ello y dado que se trata de una materia que se va actualizando día a día, puede consultarse la página oficial <http://www.menores.gob.ar/restituci-n-internacional-de-menores> donde se cuenta con información actualizada sobre restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.

### 10.1. Los convenios internacionales

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Estados firmantes se comprometieron a adoptar las “medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero” (CIDN, 11, 1) y a promover “la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes” (CIDN, 11, 2).

Nuestro país ha suscripto algunos convenios internacionales a efectos de regular la restitución internacional de niños. Todos ellos tienen algunas aristas en común. Habrá que determinar cuál es el país que requiere la restitución o a qué país se le requiere la restitución hacia nuestra República, para establecer cuál es el convenio aplicable. Son tres:

#### 10.1.1. Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay

Este convenio internacional fue aprobado en nuestro país en marzo de 1982 y tiene por objeto “asegurar la pronta restitución de menores que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte” (art. 1°).

De su sola lectura podemos establecer que para que las cláusulas tengan operatividad se debe estar frente a una persona menor de edad que se encuentre **indebidamente** en Argentina cuando su residencia habitual es en Uruguay o que se encuentre indebidamente en ese país cuando la residencia habitual es en Argentina.

A diferencia de los convenios que luego analizaremos en los que se establece la edad de dieciséis años para las personas menores de edad, el convenio nos remite al derecho interno con lo que operará para personas menores de dieciocho años (artículo 4°).

¿Cuándo la presencia de niños o adolescentes es considerada **indebida**? El acuerdo establece que “será considerada indebida cuando se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que, sobre él o a su respecto, ejerzan los padres, tutores o guardadores” (artículo 2°).

¿Qué se entiende por “residencia habitual”? Según este convenio, “residencia habitual” coincide con el concepto de “centro de vida” (artículo 3°) y, en ese sentido, debemos remitirnos a la definición que al respecto nos da la ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes: “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 (L. 26.061, 3, f).

¿Quiénes pueden solicitar la restitución? Los padres, tutores o guardadores del niño indebidamente (artículo 2°). Ahora bien, se debe tener presente que la acción de restitución no procede cuando “fueren entabladas **luego de transcurrido el plazo de un año** a partir de la fecha en que el menor se encontrare indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual” y si no se conoce el paradero de la persona menor de edad el plazo se computa desde el momento de la localización (artículo 10).

Los jueces que entienden en el pedido de restitución son los del país de la residencia habitual (artículo 5°). Los jueces que reciben la resolución de restitución, es decir los jueces del país donde la persona menor de edad está residiendo indebidamente, si se cumplen los requisitos formales que el convenio prevé, deben tener una audiencia personal con el niño, niña o adolescente y adoptar “las medidas necesarias para asegurar su guarda provisional en las condiciones que aconsejen las circunstancias” y **disponer sin demora “la restitución** del menor, pudiendo únicamente retardar la entrega en los casos en que ello signifique grave riesgo para su salud” (artículo 7°).

Las posibilidades de oposición por parte de quien haya trasladado a la persona menor de edad o de ella misma son muy limitadas. En ese sentido, los jueces excepcionalmente pueden admitir que se presenten en el juicio siempre y cuando justifiquen su oposición con prueba documental (artículo 8°).

**¿Qué sucede si el otro progenitor, por ejemplo, se opone a la restitución y acompaña prueba documental para fundar su derecho?** Veamos un ejemplo: un niño que vive en Uruguay es trasladado por su padre a Argentina “indebidamente”. Ante el juez uruguayo se presenta la madre y solicita la

restitución en función de ostentar el cuidado personal del niño y acreditar que la residencia habitual es Uruguay. El juez uruguayo ordena la restitución y se lo comunica al juez argentino quien escucha al niño y puede admitir o no la presentación del padre o del propio niño para oponerse a la restitución. Si el padre –o el propio niño- aportan prueba documental que el juez argentino entiende suficiente, se lo comunica al juez uruguayo y le acompaña copia tanto de la presentación como de la documentación aportada. Si el juez uruguayo, dentro de los sesenta días, insiste con la restitución, el juez argentino debe sin más ordenar la entrega del niño.

La orden de restitución queda sin efecto si dentro de los cuarenta y cinco días corridos desde que se comunicó la resolución por la cual se dispone la entrega, el Juez del país de la residencia habitual no arbitra las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado de la persona menor (artículo 9°). Los gastos que demande este traslado estarán a cargo de quien ejerza la acción.

El pedido o la entrega del menor no importará prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su guarda (artículo 11), la que, en su caso se seguirá discutiendo ante los jueces del país de la residencia habitual.

El convenio también contiene acuerdos relacionados con pedidos de localización de personas menores que presuntivamente estén en forma indebida en el territorio del otro país (artículo 12). Asimismo, se prevé que las “autoridades competentes de un Estado Parte que tuvieran conocimiento que en su jurisdicción se encuentra un menor indebidamente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas conducentes para asegurar su salud física y moral y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción” y comunicarlo al otro país (artículo 13). Esas medidas pueden quedar sin efecto “si no se solicitare la restitución del menor dentro del plazo de sesenta días corridos, contados a partir de que se comunicare la localización” al país de la residencia habitual, sin perjuicio de poder solicitarse directamente la restitución conforme los procedimientos que hemos comentado (artículo 14).

### **10.1.2. Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

Este convenio internacional fue suscripto en el marco de la Conferencia Internacional de La Haya de Derecho Internacional Privado y fue aprobado en nuestro país en octubre de 1990.

El convenio ha sido suscripto por numerosos países: Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bahamas, Barbados, Bielorrusia, Bélgica, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso,



Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Corea, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Hungría, Iraq, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kazajstán, Lesotho, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Mónaco, Montenegro, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Macedonia del Norte, República de Moldova, República Dominicana, Rumania, Rusia,, Saint Kitts y Nevis, San Marino, Serbia, Seychelles, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tabago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Zambia, Zimbabwe.

En tanto puede haber nuevos países que se incorporen o modificaciones en este listado siempre es imprescindible **consultar** si el país que nos interesa ha adherido o no al acuerdo. Dicha información la podemos hallar en distintas páginas de internet mas se puede recurrir a la página oficial de la Conferencia de La Haya más arriba mencionada: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction> (consultada el 4 de mayo de 2021).

El convenio tiene por objeto “proteger al menor en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la **restitución inmediata del menor al Estado** en que tenga su residencia habitual, así como de **asegurar la protección del derecho de visita**”. Se precisa en estos dos aspectos: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (artículo 1°).

El Convenio se aplica a toda persona menor de edad “que haya tenido **su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita**” pero no rige cuando esa persona haya alcanzado los **dieciséis años** (artículo 4°).

El traslado o la retención son considerados **ilícitos** (artículo 2°): a) “cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención” y b) “cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.



Conforme al convenio el **derecho de custodia** comprende tanto el derecho relativo al cuidado de la persona menor de edad como el de decidir sobre su lugar de residencia, particularmente (artículo 5, a) y puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado (artículo 4°).

Por su parte, el **derecho de visitas** comprende “el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual” (artículo 5°, b).

Si bien el convenio no excluye la posibilidad de recurrir directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del mismo (artículo 29), se prevé un procedimiento específico tanto para la **restitución** como para las **visitas**.

El proceso de **restitución** es iniciado por quien sostenga que una persona menor de edad “ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia” hacia otro Estado (artículo 8°). La presentación se efectúa ante la **Autoridad Central** del lugar donde se ubica la residencia habitual de la persona menor de edad o a la de cualquier otro Estado contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor.

¿Qué es la **Autoridad Central**? El convenio prevé que cada país designe una **Autoridad Central** encargada del cumplimiento de las obligaciones acordadas (artículo 6°). Esas autoridades centrales deben “colaborar entre sí y promover la colaboración ante las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos” del Convenio (artículo 7°). En **Argentina** la autoridad central designada es la **Dirección de Asistencia Jurídica Internacional -Dirección General de Asuntos Jurídicos- del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto**. Para conocer las autoridades centrales de otros países o para corroborar que nuestro país no haya designado otra autoridad central, se puede recurrir a <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/authorities1/?cid=24> (consultada 4 de mayo de 2021).

La solicitud de asistencia para el reintegro debe incluir (artículo 8°): “a) información relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; c) los motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor; d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de las personas con la que se supone que está el menor”, y además puede ir “acompañada o complementada por: e) una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes; f) una certificación





o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado; g) cualquier otro documento pertinente”.

La autoridad central que recibe el pedido lo transmitirá directamente a la autoridad central del país donde se halla la persona menor de edad, si es que entiende hay razones para creer que esa persona se encuentra en ese otro Estado. (artículo 9°). Por su parte, la autoridad central del estado donde se encuentre la persona menor de edad “adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor” (artículo 10°).

Las autoridades centrales, en general, articulan contactos con quien habría trasladado ilícitamente a persona menor de edad antes de judicializar el requerimiento, en búsqueda de lograr consensos y, en su caso, una restitución voluntaria.

El convenio ordena tanto a las autoridades judiciales como administrativas actuar **con urgencia** y establece que si “la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una **decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos** el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad Central del Estado requerente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora” (artículo 11).

En el proceso de restitución la convención distingue dos situaciones:

- ✓ **si no hubiese transcurrido un año** desde el traslado o retención ilícita contado a la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle la persona menor de edad, **la autoridad competente ordenará la restitución inmediata** (artículo 12, 1er p);
- ✓ **si, por el contrario, transcurrió un año o más**, la autoridad judicial o administrativa **ordenará asimismo la restitución** de la persona menor de edad **salvo que quede demostrado que esa persona ha quedado integrada en su nuevo medio** (artículo 12, 2° p).

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que la persona menor de edad ha sido trasladada a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor (artículo 12, 3er p).

¿Cuándo puede **no ordenarse la restitución**?





Si bien no está establecido un procedimiento específico para articular la eventual **oposición** a la restitución, la misma puede ser formulada y procederá si se acredita que:

- ✓ “la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención” (artículo 13, a); o
- ✓ “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” (artículo 13, b).

A estas causales debemos sumar la integración al nuevo medio para aquellos casos en donde transcurrió más de un año desde el traslado o retención ilícitos, tal como vimos unos párrafos más arriba. Asimismo, el convenio establece que “La autoridad judicial o administrativa **podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones**” (artículo 13, penúlt. p).

Por otra parte, el Convenio también prevé que “la restitución del menor... podrá denegarse cuando **no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales**” (artículo 20).

Debe tenerse en cuenta, reiteramos, que ante la autoridad judicial del país donde en principio se produce la retención ilícita no se debaten cuestiones de fondo en el vínculo entre la persona menor de edad y sus padres, ni qué es lo más conveniente para el niño, niña o adolescente en cuanto al derecho de custodia. Asimismo, el convenio también indica que **la decisión favorable a la restitución “no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”** (artículo 19), es decir, respecto de ese derecho se seguirá discutiendo ante los jueces de la residencia habitual.

Amén de lo expuesto, es claro que se deben garantizar a la persona menor de edad todos sus derechos, entre ellos el de ser oído y el de ser parte del proceso, como así también a las otras personas involucradas. En ese orden, el convenio pauta que al “examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor, proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor” (artículo 13, últ. p).

Ahora bien, una vez que las autoridades judiciales o administrativas del país donde fue trasladado la persona menor de edad o donde es retenida ilícitamente han sido informados sobre el traslado o retención ilícitos, no pueden decidir “sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda” en el marco del convenio (artículo 16).

El convenio también contiene acuerdos sobre **derecho de visita**. Así se prevé que, del mismo modo que en el caso de demandas por restitución, pueden presentarse ante las autoridades centrales una demanda “que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita” (artículo 21).

### 10.1.3. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

Esta Convención fue aprobada por nuestro país en noviembre de 2000. Los Estados que la han ratificado o aceptado son: Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Como dijimos respecto del Convenio anterior, al tratarse de una materia sujeta a modificaciones, siempre es conveniente consultar el actual estado de ratificaciones, aceptaciones o adhesiones. En ese sentido, puede recurrirse a la página oficial de la Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html> (consultada 4 de mayo de 2021).

El objeto de la Convención es “asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente” como así también “hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares” (artículo 1°).

A los efectos de la Convención, al igual que vimos en el Convenio de La Haya, persona menor de edad es toda persona que no haya cumplido **dieciséis años** (artículo 2°).

Se especifica también que el **derecho de custodia o guarda** comprende el derecho relativo al cuidado de la persona menor de edad y, en especial, el de decidir su lugar de residencia y el **derecho de visita** comprende la facultad de llevar a la persona menor de edad por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual (artículo 3°).

El eje también transita por la ilicitud o ilegalidad del traslado o retención a partir de reconocer un determinado lugar de residencia habitual o centro de vida. En ese orden, la Convención **considera ilegal** “el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor” (artículo 4°).

El procedimiento de **restitución** puede ser iniciado por los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución que estuviera en ejercicio del derecho de custodia u de otro similar (artículo 5°) y son **competentes** para conocer de la solicitud de restitución las **autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte** donde la persona menor de edad tuviere su **residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención** (artículo 6°). Sin perjuicio de ello y a opción del actor, la solicitud de restitución puede presentarse -cuando existan razones de urgencia- directamente “ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación” (artículo 6°).

También se prevé en este instrumento internacional la designación de **autoridades centrales** que se encargan de su cumplimiento y especialmente colabora “con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener **la localización y la restitución del menor**; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto” en la Convención (artículo 7°)”. En nuestro país la autoridad central es la misma que se ha designado para el Convenio de La Haya, es decir, la **Dirección de Asistencia Jurídica Internacional -Dirección General de Asuntos Jurídicos- del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto**.

La **solicitud de restitución** puede canalizarse tanto por vía judicial como administrativa o diplomática (artículo 8°). Esa solicitud debe contener: “a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención; b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor” (artículo 9°) y se debe acompañar: “a. Copia

íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motiva; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable; b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante; c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado; d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno”.

El juez que recibe la orden de restitución, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra la persona menor de edad, deben adoptar, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del niño, niña o adolescente (artículo 10, 1er p). Si la devolución **no se obtuviere en forma voluntaria**, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos antes mencionados y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos de la persona menor de edad (artículo 10 2º p) y mientras se resuelve el pedido, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción (artículo 10º últ. p).

Dentro del plazo de **ocho días hábiles** contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal de la persona menor de edad e hiciere saber a quien lo retiene sobre la restitución, se puede formular **oposición a la misma** (artículo 12). ¿En qué casos **puede denegarse la restitución**? El Convenio prevé que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

- ✓ “que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención” (artículo 11, a), o
- ✓ “que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico” (artículo 11, b).

Asimismo, también puede rechazarse la restitución si comprobare que la persona menor de edad se opone a regresar y su edad y madurez justificase tomar en cuenta su opinión (artículo 11 últ. p).

“Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte” (artículo 12, 2º p).

La restitución también puede ser denegada “cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño” (artículo 25).

La decisión debe adoptarse **dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición** (artículo 12, últ. p). Se debe tener presente que “si dentro del plazo de **cuarenta y cinco días** calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas” (artículo 13).

También se establece en esta Convención que los procedimientos previstos en ella deben ser instaurados **dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente**. De igual modo, excepcionalmente, aun vencido el plazo de un año puede accederse a la solicitud de restitución “si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, **a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno**” (artículo 14).

Corresponde reiterar aquí lo ya señalado al analizar el Convenio de La Haya en cuanto a que “la restitución del menor **no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda**” extremos que se continuarán debatiendo ante los jueces de la residencia habitual. También se dispone que después de haber sido informadas del traslado ilícito o de la retención “las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación” de la Convención (artículo 16).



También la Convención contiene normas sobre **localización de personas menores de edad**. En ese orden, se prevé la posibilidad de que las autoridades o las personas de un Estado donde un niño, niña o adolescente tenga su residencia habitual soliciten su localización cuando presuntamente se encuentre en forma ilegal en el territorio de otro Estado (artículo 18). Si la autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción y lo comunicarán al Estado requirente (artículo 19), el que debe petitionar la restitución dentro del plazo de sesenta días calendario pudiendo, caso contrario, quedar sin efecto las medidas que se hayan adoptado (artículo 20) sin perjuicio de solicitarse la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos ya referidos más arriba.

Al igual que el Convenio de La Haya, esta Convención prevé que se solicite “hacer respetar **el ejercicio de los derechos de visita** por parte de sus titulares” por medio de un procedimiento similar al de la restitución (artículo 24).

## 10.2. Casos en los que no hay convenios internacionales vigentes

El Código Civil y Comercial establece que, si no existen convenios internacionales entre Argentina y el país donde ha sido trasladado o retenido ilícitamente una persona menor de edad, o desde el que se solicita a nuestro país la restitución, “los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño” (2642 1er p).

Es decir, los jueces argentinos deberán aplicar analógicamente las disposiciones de las convenciones y el derecho internacional privado en general, tanto sea para disponer que una persona menor de edad sea restituida desde el extranjero o se tramite una resolución de restitución emitida por jueces de un país extranjero.

Al igual que hemos visto en los convenios anteriormente glosados, el Código también establece con carácter general que los jueces que deciden la restitución de una persona menor de edad deben “supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión” (2642, 2° p). Esta etapa de ejecución de la resolución de reintegro suele ser de las más complejas, esencialmente porque en general está muy atravesada por los sentimientos encontrados de las partes y de sus familias, como así también por falsos localismos.



Del mismo modo, se pauta también que “a petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente” (2642, 3er p).

### **11. La responsabilidad parental y otros casos vinculados a países extranjeros**

¿Qué sucede cuando los progenitores viven en distintos países? ¿Ante qué jueces se tramitará, por ejemplo, la asignación del cuidado personal unilateral de los hijos? ¿Sobre la base de qué derecho se regirá un pedido de debida comunicación con el progenitor no conviviente? (ver Introducción, 9).

Nuestra legislación establece que “Todo lo atinente a la responsabilidad parental **se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto**” (2639). Es decir, si los hijos viven en Argentina, el derecho a aplicarse será nuestro derecho nacional. Ahora bien, la norma agrega que no obstante ello, “en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes”. Es decir, si bien, en el ejemplo, el derecho a ser aplicado es el nuestro ello no quita a que el juez pueda tener en cuenta el derecho del Estado donde vive el otro progenitor en tanto haga poner en acto ese superior interés.

Si bien la norma no pauta concretamente cuáles son los jueces competentes, se infiere que son aquellos donde tengan los hijos su residencia habitual en tanto se trata de la parte en situación de vulnerabilidad y en función de la norma general por la que las acciones personales deben ser interpuestas ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado (2608).





## CAPÍTULO X

### Los alimentos

Las preguntas sobre alimentos suelen ser de las que más frecuentemente reciben quienes ejercen la abogacía. Van dirigidas a saber, principalmente, cuándo corresponde reclamarlos o pagarlos y a cuánto asciende lo que hay que abonar por cuota alimentaria.

La obligación alimentaria vincula -como obligación jurídica que es- a dos partes: quien tiene derecho a cobrar la cuota y quien debe abonarla. Se los suele llamar parte beneficiaria o alimentada y parte alimentante, respectivamente.

Vamos a desarrollar este capítulo a partir de diferenciar tres tipos de obligaciones alimentarias generales, si bien hay algunos casos particulares:

- ✓ Las que vinculan a ciertos **parientes**.
- ✓ Las que se dan en favor de **hijos e hijas hasta cierta edad**.
- ✓ Las que se establecen entre **cónyuges**

En cuanto a los **convivientes** ya veremos que hay cierta discusión acerca de la existencia o no de obligaciones alimentarias entre ellos.

Comencemos por los elementos que son comunes a los alimentos en general y luego nos referiremos a cada caso en particular.

#### 1. Elementos comunes

##### 1.1. ¿Qué debe cubrir la cuota alimentaria?

Para fijar concretamente el monto de la cuota alimentaria se tienen en cuenta algunos datos de la vida cotidiana: cuál es la situación específica de la persona beneficiaria de alimentos, sus necesidades concretas, su situación particular y también las posibilidades económicas de quien o quienes son sus obligados al pago.

Esos datos deben contar con suficiente sustento y posibilidad de ser acreditados en juicio para que luego los jueces puedan sopesarlos debidamente. Para ello, los interesados tienen que aportarles a sus profesionales, tanto sea si reclama alimentos o es demandado por alimentos, la mayor cantidad de elementos probatorios posibles desde la etapa misma de las negociaciones previas y más aún en la etapa judicial.

Debemos tener en cuenta que, en general, quien pretende percibir alimentos debe probar que le faltan medios económicos y que no puede procurárselos total o parcialmente, excepto en el caso de alimentos en favor de los hijos menores de veintiún años donde todo ello se presume. Sin embargo, en todos los casos se debe acreditar cuáles son las necesidades específicas de alimentos y es allí donde juega con claridad cuáles son los rubros que deben ser cubiertos por el alimentante, el alcance o extensión de la obligación alimentaria.

La cuota, también en términos generales, debe abarcar lo necesario para la **subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica** (541). Ahora bien, cuando se trata de obligaciones alimentarias entre parientes establecidas en favor de personas menores de edad, por ejemplo, entre hermanos, comprende además lo necesario para la **educación**. Como veremos luego, **en el caso de alimentos en favor de hijos menores de veintiún años el alcance es aún mayor**.

Se suele recurrir al **uso de ciertos porcentajes sobre ingresos** a la hora de fijar la cuota alimentaria, a tal punto que algunas personas creen que dichos porcentajes están previstos en la ley. Así, suele escucharse preguntas del siguiente tenor: ¿para un hijo corresponde el 20 o el 25%? ¿si tienes dos hijos es el 30? ¿y si son tres hijos el 40 o el 35%? ¿qué pasa si tiene ocho hijos? ¿si el alimentante es el abuelo en vez del 20 es el 15%? ¿y si son hermanos? ¿a la cónyuge se le aplica el 10%? Pues bien, **la ley no fija ninguna tabla de porcentajes en función del número de hijos**, sino que ello responde a una costumbre derivada de la experiencia tribunalicia y a criterios de razonabilidad aplicados en la generalidad de los casos. Esta costumbre ha llevado a no prestar debida atención a la prueba de las necesidades concretas y al balance entre ingresos de unos y otros. Una prueba concreta de una mayor necesidad puede acarrear un porcentaje también mayor, que rompa los moldes prefijados.

En otros casos, ante la carencia de toda prueba vinculada a los ingresos del alimentante, se recurre también al **salario mínimo vital y móvil** y se fija la cuota alimentaria sobre la base de ese salario. A partir de la multiplicidad de situaciones que podemos encontrar se ha recurrido también a diferentes modalidades de determinación como lo veremos a lo largo de este capítulo.

## 1.2. Alimentos ordinarios y extraordinarios

Todos los días efectuamos ciertos gastos necesarios para la continuidad de nuestra vida. Compramos alimentos, productos de aseo personal, de limpieza, pagamos el alquiler de nuestra vivienda, una obra social, la cuota de la escuela, el club, abonamos servicios como el agua corriente, la energía eléctrica, la televisión por cable, internet, etc. Son gastos previsibles y corrientes, se dan en

forma diaria, semanal, mensual. Son palpables, los conocemos de antemano, los podemos prever con alguna razonabilidad aun cuando no sepamos exactamente cuál va a ser su monto.

Existen otros gastos que, tanto sea por su magnitud o por su imprevisibilidad, no pueden ser incluidos en aquellos a los que aludimos en el párrafo anterior. Hay ciertos ejemplos que son muy claros: una intervención quirúrgica, un tratamiento odontológico, un examen internacional de idiomas, un viaje, la fiesta de los quince años, una graduación, la compra de una PC o una notebook para poder acceder a la educación en los tiempos de la pandemia. Como vemos, otra característica común está dada por su carácter único, es decir, se da una sola vez y no se repetirá periódicamente. Ello no implica que se abone una única vez como puede ser un curso para ingresar a una determinada escuela puede durar unos meses mas luego no se repetirá.

A los primeros los llamamos “alimentos ordinarios” y a los segundos “extraordinarios”.

En ciertas ocasiones nos podemos encontrar con modificaciones en la vida cotidiana que no estuvieron previstas pero que tendrán continuidad en el tiempo. Por ejemplo: la contratación de un geriátrico, la necesidad de recurrir a personal de cuidado especializado. Estos gastos pueden desbalancear la ecuación que se tuvo en cuenta para establecer una cuota alimentaria pero no se reclamarán como “alimentos extraordinarios” sino como la modificación de la cuota alimentaria.

Determinar si una erogación es calificable como “extraordinaria” puede generar algunas discusiones y desacuerdos. Así, por ejemplo, los gastos de inicio del año lectivo, el pago de la rematriculación anual de las escuelas privadas. Habrá que estar a cada situación en particular y a cómo fue otorgada o convenida la cuota alimentaria. Veamos: si la rematriculación en la escuela privada es el equivalente a la cuota del mes de “enero” puede ser entendida como un gasto “ordinario”. Si es muy superior, aun cuando todos los años ocurra, puede ser calificado como “extraordinario”. Por ello la conveniencia de pautar reglas muy claras de calificación para evitar juicios y gastos posteriores.

En otras ocasiones, el desacuerdo pasa por la actividad que se quiere solventar en sí misma considerada: un viaje al exterior o la fiesta de quince años, o también sobre la magnitud de ese viaje o de dicha fiesta. En este punto, también hay que estar al caso concreto y a la situación familiar. El alimentante puede objetar la realización de la fiesta de quince años en sí misma, entender que no es conveniente o que no puede afrontarla, o que no puede hacerlo en la magnitud elegida por el otro progenitor. Claro está que esa oposición no

podrá ser formulada, por ejemplo, respecto de un tratamiento odontológico o de la necesidad de recurrir a un psicólogo, pero sí podría sostenerse que el tratamiento está cubierto gratuitamente por la obra social y que el propuesto como gasto extraordinario no lo está.

Como podemos fácilmente deducir, excepto acuerdos o sentencias muy detalladas que ya efectúen una precalificación de gastos como extraordinarios, determinar dicha naturaleza requerirá de una decisión de los jueces. Aun ante acuerdos o sentencias que ya prevén que tal o cual gasto es extraordinario se podrán discutir a cuánto deben ascender los mismos, tal como lo hemos visto anteriormente.

### **1.2.1. Los reclamos concretos de alimentos extraordinarios**

Suelen formularse reclamos de pago de gastos extraordinarios dando como único argumento que fueron pagados y que son extraordinarios. Sin embargo, como vimos, previamente hay que determinar si efectivamente lo son y, de acuerdo con el caso, si el alimentante está de acuerdo en realizar dicho gasto. En ese sentido, no se puede entender que la contribución de gastos extraordinarios es automática únicamente porque se acordó, en términos generales, tal contribución. Por ejemplo, quien está al cuidado de una niña contrata un pelotero para festejar su cumpleaños, paga también un servicio de comidas, cotillón, la torta, un payaso. Luego, con todas las facturas, reclama judicialmente al progenitor alimentante que pague la mitad de todos esos gastos porque en el acuerdo de alimentos dice “alimentos extraordinarios: 50%”. Pues bien, primero se debe establecer si el alimentante prestó su conformidad para realizarlos y si efectivamente dichos gastos tienen carácter extraordinario. Si no prestó su conformidad y se niega a asumir su contribución, los jueces deberán decidir si ello es razonable. Es decir, existe una posibilidad de perder este tipo de juicios estructurados del modo indicado. Siempre es preferible acordar antes.

Una buena alternativa es invitar al alimentante a convenir acerca de la calificación de extraordinario de cierto gasto, la necesidad de asumirlo y su monto para luego efectuar el reclamo judicial en caso de no arribar a un acuerdo. Claro está que, a veces, ello no será posible por la urgencia de la situación o por las características de la relación interpersonal.

### **1.2.2. ¿A cuánto asciende la contribución por alimentos extraordinarios?**

Es muy común que las partes acuerden un porcentaje para la cuota alimentaria ordinaria y uno distinto para las extraordinarias. Por ejemplo, en alimentos para

niños, niñas y adolescentes se suele convenir: “un 20% del salario deducidos los descuentos obligatorios y el 50% en los gastos extraordinarios”, como vimos en el punto anterior. O también; “una cuota alimentaria mensual de tantos pesos y el 50% en los gastos extraordinarios”

La fórmula tiene algunos inconvenientes dado que en la mayor parte de los casos no responde a lo que la normativa fija como participación en los alimentos.

Veamos este ejemplo:

El progenitor conviviente tiene un ingreso mensual de \$ 2.000.- mientras que el no conviviente (alimentante) lo tiene de \$ 8.000.- El gasto extraordinario -el pago de un viaje de estudios- es de \$ 4.000.- Si aplicamos la fórmula comentada el progenitor conviviente deberá contribuir con \$ 2.000.- al igual que el alimentante, extremo que parece equilibrado. Sin embargo, los ingresos del progenitor conviviente representan el 20% del monto total del grupo familiar y los del alimentante el 80%. Así las cosas, al fijarse la contribución al alimento extraordinario en un 50% del monto del gasto no se está respetando la distribución proporcional a los ingresos de cada progenitor.

Es decir, se parte de una distribución aparentemente equitativa en un 50% más la contribución real puede observar un marcado desequilibrio cuando se tiene en cuenta cuánto gana cada progenitor.

### 1.3. Alimentos provisorios y definitivos

Estas dos categorías dan lugar a algunas confusiones porque los adjetivos “provisorio” y “definitivo” están usados en un sentido técnico. En tanto la cuota alimentaria se modifica con el paso del tiempo, tanto sea porque los hijos van creciendo y sus necesidades son distintas, o porque la persona mayor va requiriendo otro tipo de atenciones más o menos onerosas, o por el propio proceso inflacionario, es claro que no hay cuotas “definitivas”. Sin embargo, desde el punto de vista procesal, lo “provisorio” se relaciona con un proceso judicial que se encuentra en pañales, en el que aún no se han desplegado todas las pruebas ni se han escuchado todos los argumentos.

Entonces, lo “provisorio” o “definitivo” depende de una cuestión procesal: la cuota provisorio se ratificará o no a la finalización del proceso y, en ese sentido y solo en ese sentido, se convertirá en “definitiva”, y la cuota “definitiva” podrá ser modificada en un proceso más breve tantas veces como sea necesario. Por ello **siempre es conveniente prever mecanismos de modificación de la cuota que permitan evitar una nueva judicialización con las dilaciones y costos que ello conlleva.**



Aun la cuota fijada mediante una sentencia puede ser modificada por un acuerdo entre las partes, sin que sea imprescindible un juicio ni tampoco la homologación del acuerdo, como veremos luego.

### 1.3.1. Los alimentos provisorios

Puede ser fijada desde antes del inicio del juicio, al inicio y durante su tramitación (544). Consiste en una suma a ser establecida siguiendo los requisitos propios de la determinación de cuotas alimentarias y puede comprender también a un monto para afrontar los gastos del juicio. Rige para **todos los tipos de obligaciones alimentarias**.

Si se solicita antes del juicio o al inicio, **puede ser otorgada aun sin haber citado a la otra parte**, es decir, a la parte demandada (alimentante). Esta alternativa suele verse con frecuencia en los reclamos de alimentos en favor de hijos menores de veintiún años en donde, como vimos, no es necesario probar que se necesiten alimentos ni que no puedan procurárselos los alimentados por sí mismos. Sin embargo, muchos jueces optan por citar siempre a la contraparte, como se da con mayor claridad en los otros tipos de alimentos como el caso de alimentos entre parientes.

Los alimentos provisorios también pueden fijarse una vez iniciado el **juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio** -o con anterioridad en casos de urgencia- tanto sea en favor de uno de los cónyuges o de los hijos (721, d).

Otra posibilidad de demandar la fijación de alimentos provisorios se da en los juicios de **filiación**, solicitados por quien reclama el emplazamiento filiatorio y dirigido contra el presunto progenitor (586). En estos casos se debe proceder con suma prudencia y tener en cuenta cómo se va conformando el proceso. Por ejemplo, la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, el reconocimiento de haber mantenido relaciones sexuales para la época de la concepción o la falta de contestación de la demanda abre las puertas, sin lugar a dudas, a la fijación de alimentos provisorios como así también otros elementos que permitan presumir que efectivamente existe un vínculo filiatorio.

Los alimentos provisorios también pueden ser fijados en el marco de los procesos por **violencia familiar** (L. 24.417, 4, d y leyes provinciales) o **violencia de género** (L. 26.485, 26, b.5 y leyes provinciales). Si bien la determinación y procedencia de los alimentos se regirá por las normas propias de las obligaciones alimentarias, es importante destacar esta posibilidad dado que podrían intervenir jueces que no tienen competencia en materia de familia y que en definitiva no resultarán los jueces de la causa de alimentos, dado que las medidas urgentes en materia de violencia familiar o de género pueden ser adoptadas por cualquier juez en caso de urgencia.



#### 1.4. ¿Desde cuándo se deben alimentos?

Los alimentos **se deben desde el día en que se presenta la demanda** (548). **Sin embargo, si se intimó por un medio fehaciente -por ejemplo, un telegrama, una carta documento- se adeudan desde esa fecha, siempre y cuando la demanda se ingrese dentro de los seis meses.** Veremos un poco más abajo que en los alimentos en favor de hijos menores de veintiún años se habilita el reclamo de **reembolso** por gastos incurridos con anterioridad (669).

#### 1.5. Forma de pago

Como principio general, la obligación alimentaria se paga **“en efectivo”**, en forma mensual, anticipada y sucesiva, pero en ciertos casos particulares los jueces pueden autorizar períodos más cortos (542).

Si se justifica -en el caso concreto- se pueden pautar otras formas de cancelación como, por ejemplo: proveer de tal mercadería, o abonar directamente algunos servicios como el arancel de la escuela, la obra social, la cuota de un club, etc. Se debe resaltar que estas modalidades distintas del pago en efectivo son excepcionales. En algunas situaciones, cuando se formulan este tipo de pretensiones suele esconderse un grado de desconfianza hacia la administración que de los recursos alimentarios efectúan los alimentados o sus representantes y, también, se barajan algunos prejuicios arraigados en cuestiones de género.

Desde una perspectiva netamente numérica y económica, quien convive con la persona que recibe alimentos y es a su vez prestadora de alimentos cancela su obligación mediante la provisión directa en especie (659), tanto sea por la compra de alimentos en sí considerados, alquiler, servicios, escolaridad como así también por la sumatoria de pequeños gastos generalmente no documentados. Amén de ello, debemos agregar otra modalidad de contribución alimentaria emergente del despliegue diario de las tareas hogareñas, tal como lo reconoce la ley literalmente al decir: “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” (660). Si bien la norma se encuentra dentro de las obligaciones alimentarias respecto de los hijos, puede también barajarse esta misma línea interpretativa en caso de debatirse las contribuciones alimentarias entre coobligados respecto de otros parientes.

El pago en efectivo puede instrumentarse de diversas maneras: ordenarse que sea efectuado en persona contra la emisión de un recibo, que sea depositada directamente en una cuenta bancaria de titularidad del alimentado o de su

representante, o en una cuenta bancaria judicial. La modalidad de retención la abordaremos en el siguiente acápite:

### 1.5.1. Retención por la empleadora o por un tercero

También puede disponerse que la cuota sea retenida directamente por la empleadora del alimentante y luego depositada en una cuenta bancaria.

**No se trata de un embargo sino de una retención**, con lo que no le son aplicables los límites de embargabilidad previstos para el salario por la legislación laboral (D. 484/87). Esa misma norma prevé que la retención alimentaria puede superar los límites de embargabilidad y solo pauta como parámetro el tener en cuenta la subsistencia del alimentante. A modo de ejemplo, si conforme a una determinada situación particular un acreedor podría embargar hasta el 20% de los haberes que superen el salario mínimo, vital y móvil, ese límite no cuenta para la cuota alimentaria que podría representar un porcentaje aún mayor y se aplica aun sobre el monto equivalente al salario mínimo, vital y móvil. Concretamente, un embargo por cualquier otro tipo de deuda, en el ejemplo que damos, puede afectar hasta el 20% de los haberes sin afectar el salario mínimo vital y móvil y si hubiese más de un acreedor embargante, tendrán que esperar hasta que cada embargo se vaya cumpliendo. En cambio, las retenciones por alimentos pueden ser del 20, del 30, del 40% o más y se aplican aun sobre el salario mínimo vital y móvil e incluso cuando hubiere otro embargo ya trabado.

**Si fue ordenada la retención de la cuota alimentaria y posterior depósito, quien no cumple con esa orden es también responsable por el pago de la deuda** (551). Por ejemplo, si la empleadora no retuvo la cuota alimentaria, o si retuvo menos de lo que debía, o si lo retuvo, pero luego no lo depositó, se transforma también en deudora de los alimentos por la totalidad de esos montos.

También, para asegurar el pago de alimentos, ya sean alimentos futuros, provisorios, definitivos o que surjan de un convenio, los jueces pueden adoptar diversas medidas (cautelares). Por ejemplo, en el caso de “alimentos futuros” pueden ordenar el embargo de un bien del alimentante quien puede ofrecer otro tipo de garantías para sustituir la dispuesta por los jueces (550).

Un problema que frecuentemente se plantea respecto de la cuota futura se suscita **cuando el alimentante en relación de dependencia es despedido** y tiene que percibir una indemnización laboral por ese motivo. Se suele petitionar la aplicación de la **retención alimentaria ya vigente sobre el monto de la indemnización**. No se nos escapa que, en general, el monto retenido superará con creces a la cuota alimentaria mensual ordinaria y que deben establecerse mecanismos que permitan prever una eventual distribución en el tiempo hasta



tanto el alimentante obtenga un nuevo empleo o, en su caso, la aplicación que se efectuará sobre ese monto retenido. Ello impone la adopción de ciertas medidas tendientes a preservar el monto y escuchar a las partes en cuanto a los aspectos descriptos. En general, suele disponerse que la retención sea efectuada y depositada en una cuenta bancaria distinta a la que normalmente se utiliza para las cuotas alimentarias ordinarias.

También puede formularse una pretensión similar a la expuesta en el párrafo anterior sobre **cuotas alimentarias aún no establecidas**. En ese caso, amén de lo ya señalado, se tendrá que disponer el embargo de la indemnización y determinar una cuota alimentaria provisoria.

### 1.6. ¿Qué sucede cuando no se paga la cuota alimentaria?

En primer lugar, se devengan intereses en favor de la persona beneficiaria de alimentos (552). **La tasa de interés debe ser la más alta que cobran los bancos a sus clientes a la que los jueces pueden adicionar otra tasa según el caso concreto lo amerite**. Es decir, tiene que compensar el paso del tiempo, la desvalorización del dinero y a su vez tiene que operar como un factor para disuadir al alimentante de incurrir en incumplimiento.

También, ante incumplimientos reiterados, los jueces pueden imponer al deudor medidas razonables para lograr el cumplimiento de la sentencia de alimentos, por ejemplo, prohibirle la salida del país, la renovación de la licencia para conducir, el ingreso a una determinada institución deportiva o club (553, 670).

Sobre este tema volveremos en el punto 1.10.

### 1.7. El proceso judicial

El juicio de alimentos tiene que ser siempre el más breve del lugar donde se hace el reclamo (543).

La norma dice también que “no se acumula con otra pretensión” (543), es decir, debe tramitar en un juicio propio y no sumarse a otro. Por ejemplo, si se inicia un juicio de derecho a la debida comunicación no puede, en el mismo juicio, tramitarse uno de alimentos. Sin embargo, esta pauta cede en algunas situaciones particulares donde se habilita fijar alimentos provisorios en juicios que no son de alimentos. Ello sucede, por ejemplo, en materia de violencia familiar donde provisoriamente puede fijarse una cuota, pero, claro está, el juicio de alimentos debe continuar luego por fuera del de violencia. También la ley permite formular propuestas de determinación de cuota alimentaria en

el marco de la petición de divorcio (438, 439) y en caso de acuerdo se dictará sentencia homologatoria en ese proceso. Ahora bien, si no llegan a un acuerdo sí tienen que iniciar por separado el juicio de alimentos (438 últ. p).

### 1.7.1. ¿Ante qué jueces se solicitan?

Cuando se ventilan derechos alimentarios de niñas, niños y adolescentes -tanto sea por alimentos entre parientes o en favor de los hijos menores de edad- el juicio de alimentos tramita ante los jueces del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida (716). Debemos recordar que 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” (ley 26.061).

En los casos de alimentos entre parientes, son competentes los jueces del domicilio del demandado. En este punto se debe tener en cuenta que, si se reclaman alimentos a los abuelos junto con los alimentos a los progenitores, la competencia quedará radicada conforme las normas del párrafo anterior, es decir, ante los jueces del centro de vida de los alimentados.

Cuando se trata de alimentos entre cónyuges, quien promueve la demanda puede optar por demandar ante los jueces del último domicilio conyugal, o del domicilio del beneficiario, o del demandado, o aquellos donde deba ser cumplida la obligación alimentaria.

### 1.7.2. Revisión - Apelación

Quien no está conforme con la cuota alimentaria establecida, ya sea provisoria o definitiva, **puede solicitar que se revise la decisión**. A ese pedido lo llamamos “**recurso**” que, en la mayoría de los ordenamientos procesales locales, se denomina “**recurso de apelación**” y es ponderado y resuelto por una **Cámara de Apelación**.

Sin embargo, la interposición del recurso **no suspende el pago de la cuota**, ni tampoco quien la percibe está obligado a garantizar que la va a devolver si el recurso no le resulta favorable (547).

### 1.7.3. Mediación prejudicial obligatoria

Debemos recordar también que, en la mayoría de las jurisdicciones, previo a la iniciación de un proceso de alimentos debe recurrirse a la instancia de **mediación**, excepto en los pedidos de alimentos provisorios, en los alimentos

fijados en el marco de las normas de violencia familiar o de género, y en los alimentos establecidos mediante acuerdos o convenios. Tampoco hay mediación previa en las propuestas reguladoras de los divorcios y en los acuerdos que como consecuencias de ellas se alcancen, mas si no se llegare a un acuerdo sí debe instarse previamente la mediación antes de iniciar el juicio alimentario consecuente.

En general, la concurrencia a las reuniones con el mediador es de carácter personal y no puede delegarse en apoderados, sin perjuicio de tener que concurrir con la asistencia de un profesional del derecho.

Si la mediación concluye sin acuerdo, tanto sea por ausencia injustificada de la o las partes, por decisión del mediador, por decisión de una de las partes, o por agotamiento del plazo, el interesado puede iniciar el juicio de alimentos.

Si hubo acuerdo, debe solicitarse a los jueces de familia su homologación si se hubiesen puesto en juego derechos de personas menores de edad o incapaces.

Los honorarios del mediador y los gastos de la mediación forman parte de los gastos y honorarios del juicio y deberán ser afrontados, en definitiva, por quien resulte obligado judicialmente más allá de que deba adelantarse el pago al mediador al finalizar la mediación. Las distintas normativas de mediación prejudicial obligatoria establecen mecanismos para la concreción de mediaciones de modo gratuito en ciertas situaciones, especialmente en materia de alimentos y derecho a la debida comunicación.

Finalmente, los juicios de alimentos están exentos del pago de tasas de justicia.

#### **1.7.4. Homologación de acuerdos**

Muchas veces habrás escuchado "ese acuerdo de alimentos no está homologado" como si fuera un sinónimo de "no es válido".

Ello no es así. Es decir, puede que no sea válido por otras razones, pero la falta de homologación no hace a la validez.

El acuerdo, como cualquier otro acuerdo, es válido si ha sido celebrado por personas con capacidad jurídica suficiente y reúne los requisitos propios de cualquier contrato. Desde ese momento es exigible sin necesidad de que los jueces lo ratifiquen.

La homologación importa que los jueces evaluaron que el acuerdo alimentario es razonable y justo y le otorga fuerza ejecutiva al convenio. Eso quiere decir que, si se incumpliera, ya no podrá discutirse el acuerdo en sí mismo, sino



que directamente se pasa la etapa de ejecución, como si hubiesen sido fijados mediante una sentencia en un proceso de alimentos.

### 1.8. ¿Quién paga los gastos y honorarios de un juicio de alimentos?

La respuesta a esta pregunta depende, en gran medida, de la legislación procesal de cada provincia. Sin embargo, podemos tomar algunos criterios generales.

Los jueces deben establecer cuál de las partes es la que paga los honorarios y gastos del juicio; se suele denominar “imposición de costas”.

Algunas legislaciones toman como principio general que “el que pierde, paga” (se denomina “costas al vencido”). En otras legislaciones, en cambio, el principio general es que cada una de las partes paga sus propios gastos y los honorarios de sus propios abogados (“costas por su orden” o “costas en el orden causado”) y, como excepción, lo tiene que hacer quien pierde el juicio (“costas al vencido”). Suele suceder también que tales excepciones son tantas que la regla termina siendo “el que pierde, paga”.

En materia de alimentos **suele afirmarse que quien tiene que pagar los alimentos (alimentante, demandado) es quien, en todos los casos, debe afrontar el pago de sus gastos y de los honorarios de su abogado como así también los de la otra parte.** No podemos desconocer que para algunos jueces esta es una suerte de regla y la justifican en que de lo contrario se ocasionaría una detracción de recursos a los alimentados y se degradarían los derechos que se pretenden proteger.

Esta afirmación puede ser puesta en discusión, veamos:

Si bien puede haber alguna ley que establezca que en todos los casos corresponde al demandado-alimentante pagar estos gastos y honorarios, en general se aplican los criterios antes comentados para cualquier caso judicial. Ahora bien, en una gran porción de casos será el demandado-alimentante quien deba afrontar esos pagos porque, también en general, es la parte vencida. Sin embargo, no siempre lo es con lo que no puede tomarse esta característica como una regla para todos los casos y menos aún aplicársela automáticamente.

Si vemos los casos de alimentos entre parientes y alimentos entre cónyuges es claro que la supuesta regla general no existe, dado que puede haber juicios perdidos por la parte actora en tanto y en cuanto no pudo probar los requisitos para que la obligación alimentaria sea reconocida judicialmente.



El problema mayor pasa por los alimentos en favor de hijos menores de veintiún años. Como vimos, la obligación alimentaria es de ambos padres y para los hijos no es necesario acreditar la falta de recursos económicos o la imposibilidad de procurarse alimentos mediante su trabajo, como sí se exige en materia de alimentos entre parientes. Es decir, la obligación alimentaria tiene un origen legal y ello conlleva que, en la práctica, el juicio se limite a determinar el monto de la obligación alimentaria del demandado y, en su caso, su distribución entre los progenitores: uno cumple con su obligación de modo directo, todos los días, mientras que el otro lo hace mediante el pago de una cuota. Así, el criterio jurisprudencial de “imposición de costas al alimentante” en función de no afectar los derechos de los beneficiarios de alimentos mas encuentra un claro basamento en la situación de vulnerabilidad de los hijos.

Ese sustento que señalamos en el párrafo anterior se pierde en otras situaciones. Por ejemplo, cuando se trata del reclamo de contribución alimentaria por parte de uno de los progenitores respecto del otro, no ya en representación de sus hijos sino por su propio derecho, como se da en los casos de alimentos reclamados por el progenitor conviviente con hijos mayores de edad, o cuando se trata de convenios alcanzados entre los padres. También lo podemos ver en los acuerdos de alimentos en favor de los hijos dado en un juicio de divorcio donde los progenitores actuando como tales y no en representación de sus hijos, con lo que están distribuyendo sus obligaciones alimentarias y se debe observar la situación de los excónyuges y no de los hijos a la hora de distribuir las costas.

### **1.9. La modificación de la cuota alimentaria**

Como ya hemos visto las cuotas alimentarias se van modificando conforme varía la situación de los alimentados y de los alimentantes. El paso del tiempo es un factor que en sí mismo puede importar modificaciones. Sin mayores dudas podemos entender que las necesidades de un bebé no son las mismas que las de un niño que inició la escuela primaria o las de una niña que va a la escuela secundaria o a la universidad. Tampoco lo son las de una persona mayor que se manejaba de una forma autónoma al fijarse la cuota alimentaria y posteriormente requiere de una asistencia personalizada para todos los actos de su vida o del alojamiento en un instituto geriátrico.

Desde la perspectiva del alimentante podemos encontrarnos con variaciones emergentes de su esquema de ingresos (pérdida del empleo, disminución de las horas de trabajo, detrimento en los ingresos de un comercio) o de su propia situación familiar (enfermedades, mayor número de hijos).



Asimismo, nos podemos encontrar con variaciones vinculadas con la cantidad de alimentados como sucede cuando una cuota alimentaria ha sido fijada en favor de más de una persona y cesa el derecho de una de ellas a percibir alimentos. Por ejemplo, la cuota se fijó en favor de tres hijos y uno de ellos alcanza la edad de 21 años.

En nuestro país debemos sumar el proceso inflacionario a las circunstancias anteriores.

En muchas situaciones no podrán evitarse los juicios de modificación, aumento, disminución o de adecuación de las cuotas alimentarias, sin embargo, podemos barajar ciertos parámetros que lo eviten con el consiguiente ahorro de gastos judiciales.

Debemos entonces diferenciar dos situaciones posibles: una se relaciona con **la actualización de la cuota alimentaria** en función de los mayores costos de los bienes en virtud del proceso inflacionario y otra, distinta, es **el aumento de la cuota alimentaria** por modificaciones en las necesidades alimentarias.

### 1.9.1. ¿Cómo se actualiza la cuota alimentaria?

Una de esas formas tiene en cuenta la variable ingresos del alimentante. En ese sentido, la determinación de un porcentaje sobre tales ingresos es una buena medida para evitar juicios de adecuación de cuota dado que acompaña a los incrementos salariales los que, por su parte, están en general relacionados con las variaciones inflacionarias. Como veremos luego, ello no quiere decir que no pueda plantearse un aumento del porcentaje en función de acreditarse una modificación en los rubros que deben atenderse con la cuota alimentaria.

Como ya vimos, la cuota porcentual no es tan útil en los casos de personas que no trabajan en relación de dependencia o que no poseen ingresos fácilmente determinables. En esos casos, la actualización de la cuota alimentaria en función de los ingresos se hace un poco más complejo. A efectos de remediar el proceso inflacionario y de evitar juicios de modificación, se ha recurrido a distintas variables que tienen en común la existencia de un parámetro objetivo para pautar la cuota alimentaria. Veamos algunos ejemplos:

- ✓ Si el alimentante es titular de una heladería puede establecerse la cuota alimentaria en el equivalente a tanta cantidad de kilos de helado.
- ✓ Si el alimentante tiene una explotación agrícola, a tanta cantidad de quintales de soja.
- ✓ Si ejerce la abogacía de modo independiente, el equivalente a tantas



unidades de medida de sus honorarios (tienen distintas denominaciones, una bastante común es “unidades ius”).

- ✓ Si es el titular de una panadería, el equivalente a tantas bolsas de harina.
- ✓ Si es un taxista, el equivalente a tantas fichas.

Claro está que este tipo de determinación puede hacerse con un requisito básico: **que la unidad de medida sea determinada por un tercero y sea de fácil acceso su información**. Es decir, **no puede ser fijada por el alimentante**. Así, en el caso de la heladería el acuerdo pasa por “tantos kilos de helado informado por la Cámara de Heladeros...”, o, en los otros casos “... quintales de soja conforme al precio establecido en la Bolsa de Comercio...”, o “bolsas de harina conforme el precio informado por la Cámara de Panaderos...”. En el caso de las fichas de taxi debe determinarse a cuál de ellas y cuándo empieza a operar el aumento, dado que es muy común que luego de un aumento los ingresos disminuyan.

Se ha planteado también la posibilidad de efectuar una actualización de las cuotas mediante la utilización de índices que reflejen el proceso inflacionario, tales como el índice de precios al consumidor, el índice de precios de la construcción. Esta posibilidad cuenta con una importante objeción dado que la ley por la que se creó nuestra actual moneda prohíbe la utilización de índices (art. 7 ley 23.928). Sin embargo, se ha entendido también que esa prohibición no rige en materia alimentaria y, así, se ha abierto esta posibilidad, aun cuando es preciso señalar no hay un acuerdo unánime entre los operadores del derecho de familia.

En otros casos también se ha utilizado como referencia de actualización a las variaciones que sufre el salario mínimo, vital y móvil.

### 1.9.2. ¿Cuándo se incrementa o disminuye la cuota alimentaria?

Como adelantamos, el aumento o incremento de la cuota alimentaria no se basa en el proceso inflacionario sino en la modificación de las necesidades alimentarias. Así, la mayor edad de los hijos suele ser un elemento que puede dar sustento a este tipo de pretensiones mas debe ir acompañado de elementos que permitan ponderar la razonabilidad de los mayores gastos.

En otros casos las modificaciones pueden sustentarse en nuevas situaciones familiares: necesidad de contratar los servicios de un asistente personal para una persona de edad avanzada, el alojamiento en un geriátrico, la prestación de servicios de salud no previstos, el inicio de una carrera universitaria.

Desde el punto de vista del alimentante también pueden plantearse



disminuciones al monto de la cuota en función de tener menos ingresos o de haber perdido los ingresos, el nacimiento de otros hijos.

### **1.9.3. ¿Cómo es el juicio de adecuación o modificación de la cuota alimentaria?**

En general, los mecanismos de actualización están previstos en el acuerdo alimentario o en la sentencia que fijó los alimentos, tanto sea si se trata de un porcentaje de ingresos, la determinación por ciertos valores objetivos, el ajuste por índices inflacionarios. Si ello no está previsto, debe iniciarse un juicio que radicará ante el mismo juez que intervino en la determinación originaria de los alimentos y tramitará también del modo más breve previsto en la ley.

Los casos de aumento o disminución de la cuota también tramitan mediante un juicio similar mas, a diferencia del referido en el párrafo anterior, requerirá de una mayor carga probatoria dado que habrá que acreditar la modificación de la situación de hecho prevista para fijar la cuota alimentaria originaria.

Si se tiene en cuenta lo expuesto, tanto sea para la actualización como para la modificación de la cuota, puede inferirse la inconveniencia de establecer cuotas alimentarias en un monto fijo sin prever ningún mecanismo de adecuación eficiente y real.

### **1.10. Incumplimiento de las obligaciones alimentarias**

La falta de cumplimiento de las obligaciones alimentarias se instala dentro del elenco de problemas sociales cuya solución trasciende con creces al ámbito de los tribunales.

Las razones que llevan al incumplimiento son múltiples, algunas relacionadas con la carencia de empleo o con dificultades económicas y, en muchos casos, con la falta de voluntad de realizar cualquier tipo de contribución alimentaria.

Como vimos, las obligaciones alimentarias pueden establecerse en un monto de dinero, en el pago directo de ciertos compromisos (escuela, obra social, club) o en la provisión de mercaderías, entre otras modalidades. El incumplimiento, entonces, puede verse reflejado en la falta de pago de las cuotas mensuales o de los compromisos a ser cancelados directamente o en la entrega de las mercaderías, tanto sea de un modo total o parcial.

Amén de ello, también debemos abarcar, desde una perspectiva más genérica, a las maniobras que suelen observarse para disminuir el monto de los alimentos por medio de la ocultación de ingresos, o para impedir u obstaculizar el cobro





de las deudas alimentarias. Así, se han observado personas que renuncian a sus empleos o prefieren trabajar “en negro” al solo efecto de evitar el pago de alimentos, tanto sea en las contribuciones ordinarias o para la cancelación de deudas alimentarias. Otras, se desprenden de bienes o recurren a ventas simuladas.

Tales conductas han llevado -al menos desde las posibilidades con las que se cuenta en el “caso por caso”- a diseñar algunos mecanismos que desalienten el incumplimiento, tal como veremos más abajo.

### 1.10.1. ¿Cómo se reclaman los alimentos impagos?

Una vez que la cuota alimentaria está establecida, ya sea de un modo provisorio o definitivo, se genera el derecho a percibirla judicialmente. Si no se abona se configura una deuda a cargo del obligado alimentario y en favor del alimentado. Dicha deuda se reclama judicialmente mediante un juicio breve.

Tal como vimos en el punto 1.6, los alimentos impagos **generan intereses** con lo que el reclamo debe incluirlos. En general, cuando se formula la pretensión de cobro de esos alimentos se consigna cuál es la tasa de interés aplicable porque así fue establecida en la sentencia o en el acuerdo o, caso contrario, cuál es la tasa pretendida. Una forma prolija y aconsejable de formular el reclamo es el de incluir una planilla de cálculos donde se determine mes a mes las cuotas adeudadas y también mes a mes los intereses que se aplican. Puede suceder también que la cuota esté sujeta a una determinación, como sucede cuando se fija en ciertos parámetros objetivos como el equivalente a tantos kilos de helado, a tantos quintales de soja, a tantas fichas de taxi, como vimos en el punto 1.9.1. Allí deberá también calcular las cuotas en función de dichos parámetros y referir a cómo se han obtenido los datos necesarios.

Hay que tener en cuenta que luego de cierto tiempo se desvanece el derecho a reclamar los alimentos impagos. Ese plazo se denomina “**plazo de prescripción**”. En el caso de alimentos, pasado ese lapso sin efectuar reclamo alguno, judicial o extrajudicialmente -si bien no se pierde el derecho a reclamar- la otra parte puede oponerse arguyendo que transcurrió el “plazo de prescripción”. En consecuencia, gana el juicio el demandado y el que reclama tiene que pagar las costas. Sin embargo, si el alimentante paga de igual modo, aun habiendo un plazo de prescripción a su favor, no puede luego solicitar el reintegro dado que, como ya veremos, los alimentos no se devuelven (no son “repetibles”, ver 1.11).

Ahora bien, **¿cuál es el plazo de prescripción para alimentos?** En este punto

existe algún desacuerdo entre los estudiosos del tema. En general los alimentos se abonan en cuotas mensuales, aunque pueden existir otras modalidades. Una norma (2562, c) fija un plazo de prescripción de **dos años** para “el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas”. De ese modo, se interpreta que el plazo es de dos años. Otro sector opina que la obligación alimentaria no puede ser encuadrada en aquellas que se devengan por año o por plazos más cortos y que al no haber una norma específica para alimentos se debe aplicar la prescripción general de **cinco años** (2560). Claro está que si se trata de alimentos adeudados y que se reclaman en un juicio en el que se obtiene sentencia favorable, a ese monto sí se le aplicará la prescripción de **cinco años**. Debemos observar que cuando se trata de reclamaciones por **repetición de lo pagado por alimentos**, en alimentos entre parientes por ejemplo, el plazo es de **un año** (2564, e, ver 2.1).

Ese juicio breve de **reclamación de alimentos impagos** se suele denominar “juicio ejecutivo de cobro de alimentos” o “apremio por alimentos”, entre otros nombres, conforme al ordenamiento procesal de cada jurisdicción. En general, al inicio de ese proceso se ordena **trabar embargo** sobre bienes del deudor, siempre a pedido de parte, cuando los mismos son conocidos, o también adoptar otro tipo de **medidas cautelares** a efectos de garantizar el cobro de la deuda. El **embargo** dificulta la posibilidad de disposición (venta, donación) de los bienes del deudor y genera una orden de prioridades para los distintos acreedores que quieran cobrarse de ese bien. Si el juicio es exitoso y aun así no se cancela la deuda, se puede recurrir al **remate del bien embargado** y de ese modo satisfacer la acreencia alimentaria.

Ahora bien, este tipo de juicios implica, necesariamente, que el deudor de alimentos no se ha visto disuadido ni compelido, de modo alguno para cumplir. Desde la perspectiva propia del proceso judicial se han propuesto distintas medidas para evitar el incumplimiento tales como la imposición de **sanciones conminatorias o astreintes** (804, 1er p) que consisten en una suma de dinero que el incumplidor debe abonar por cada día de incumplimiento –o por el período que se fije judicialmente- en favor del beneficiario del derecho, por sobre la cuota alimentaria, como así también el establecimiento de otras sanciones como **la prohibición de asistencia a ciertos espectáculos deportivos, el ingreso a clubes, restricciones para la salida del país**, entre otras.

Veamos otros mecanismos más generales:

### **1.10.2. Mecanismos para evitar el incumplimiento de las obligaciones alimentarias**

#### **a) Las normas penales**

La legislación penal también contiene normas vinculadas con el incumplimiento de las obligaciones alimentarias.

La conducta tipificada es la siguiente: “los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido” (L. 13.944, 1).

También se extiende a la misma conducta dada en los siguientes vínculos: “a) El hijo, con respecto a los padres impedidos; b) El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido; c) El tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela; d) El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa” (L. 13.944, 2).

Efectuamos una transcripción literal de la norma dado que se trata de un tipo penal, mas corresponde señalar que la ley data del año 1950 y que se han producido modificaciones en la legislación civil que impactan sobre el ámbito penal, especialmente en materia de adopciones y de matrimonio.

Cabe señalar que la responsabilidad penal no se ve excluida “por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia”.

La pena prevista por la norma es de “prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta pesos a veinticinco mil pesos”.

La ley también establece una pena de uno a seis años de prisión, al “que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones”.

#### **b) Registro de Deudores Alimentarios Morosos**

Este tipo de registros han sido creados en distintas jurisdicciones en orden a disuadir del incumplimiento a los distintos obligados alimentarios.

Las distintas normativas que los han instituido observan algunas diferencias

entre sí, mas puede sostenerse que prevén la inscripción tanto de los deudores alimentarios como de aquellos empleadores que incumplen con las resoluciones judiciales que ordenan retener las cuotas alimentarias de los haberes de sus empleados y su posterior depósito.

La inscripción, sus modificaciones y bajas se disponen por orden judicial, en general a pedido de parte, es decir, no lo hacen los jueces por su propia iniciativa (de oficio).

La inscripción corresponde cuando el deudor alimentario ha incumplido un cierto número de cuotas, por ejemplo, tres cuotas consecutivas o cinco alternadas dentro de los dos años, sin distinguir que los alimentos sean provisorios o definitivos. En el caso de los empleadores, cuando hayan incumplido con la orden judicial debidamente notificada.

Una vez formulado el pedido, los jueces deben notificarle al alimentante para que pueda defenderse.

La inscripción en el Registro obstaculiza el normal trámite de habilitaciones, concesiones, licencias, permisos, concursos, ante organismos públicos de los tres poderes del Estado. Específicamente, repercute en la designación de magistrados y funcionarios, en las candidaturas para elecciones provinciales, en la inscripción en el registro de adoptantes, por ejemplo. Asimismo, afecta a proveedores y contratistas del Estado, otorgamiento o adjudicación a título oneroso de viviendas sociales.

La baja se produce cuando se acredite el pago de la deuda alimentaria o se regulariza la situación anómala, o lo solicita quien hubiere requerido la inscripción.

### 1.11. Algunas particularidades muy importantes

Los aspectos siguientes pueden aparecer como muy técnicos; los vamos a explicar con algunos ejemplos:

La obligación de prestar alimentos **no puede ser compensada** (539). Por ejemplo, la excónyuge le adeuda a su exmarido una cierta suma de dinero, si se fijó una cuota alimentaria en su favor y a cargo de su exmarido, éste no puede pretender que se descuenta esa cuota de las sumas que su exesposa le adeuda.

El derecho a reclamar y el derecho de percibir alimentos **no puede ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno** (539). Aquí debemos subrayar que se trata de “el derecho” y no de “alimentos adeudados”. Por ejemplo, como hemos visto un hermano tiene derecho a reclamarle a su

hermana una determinada cuota alimentaria si se dan ciertos requisitos, pues bien, no pueden acordar que el hermano renuncia a efectuarle ese reclamo, tampoco el hermano se lo puede ceder a un tercero, ni tampoco un acreedor del eventual alimentado puede embargarle ese derecho.

Distinta es la situación cuando estamos frente a alimentos ya fijados o convenidos y adeudados o no percibidos. En ese caso y sobre esas sumas, el alimentado puede compensar con montos que le adeude al alimentante, puede no cobrarlo, puede cederlo a un tercero tanto sea gratuita como onerosamente, etc. (540).

Otra característica que no puede ser olvidada es que lo que se percibe en materia de alimentos **no se devuelve**. Jurídicamente se dice que lo pagado en materia de alimentos “**no es repetible**” (539). Por ejemplo, se estableció una cuota alimentaria provisoria en un cierto monto mensual y luego de finalizado el juicio se fija la cuota definitiva en un monto menor: el alimentante no puede reclamarle al alimentado que le devuelva esas diferencias. La regla rige para el alimentado, pero no para los parientes alimentantes entre ellos, como lo veremos luego (549).

## 2. Alimentos entre parientes

La obligación alimentaria entre parientes es recíproca, es decir, las personas a quienes la ley reconoce este derecho respecto de otros parientes pueden ser también obligados alimentarios de ellos. Así, una hermana puede reclamar alimentos de su hermano en una determinada situación de su vida mas luego, si las circunstancias se modifican, podría tener que abonar alimentos a ese mismo hermano.

### 2.1. ¿Quiénes son los parientes que se deben alimentos?

La ley establece un orden de personas que pueden reclamarse alimentos y están obligados a pagarlos (sobre parentesco, tipos y grados, ver cap. VI):

- ✓ ascendientes y descendientes: abuelos, padres, hijos, nietos, por ejemplo. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado (537, a);
- ✓ los hermanos bilaterales y unilaterales: los hermanos unilaterales son aquellos que tienen sólo uno de los progenitores en común, por ejemplo: son hijos de la misma madre pero de distinto padre (537, b);
- ✓ los parientes por afinidad solo en línea recta en primer grado: los parientes

por afinidad son los que conocemos como “parientes políticos”, en el caso: los suegros respecto de su nuera o yerno y viceversa (538).

Ese orden establece prioridades entre los obligados alimentarios, un “orden de prevalencia”, es decir, los primeros obligados son los primeros en el orden y los demás son obligados posteriores o “subsidiarios”. Así, si una persona necesita alimentos y tiene hijos y también hermanos, los primeros obligados son los hijos y luego los hermanos. Claro está que, en un mismo grado, por ejemplo entre los hijos, la obligación debe recaer en quienes están en mejores condiciones para proporcionar alimentos.

Debemos diferenciar la situación emergente de “alimentos en favor de hijas e hijos menores de veintiún años”. En este caso, si bien rige el principio de subsidiariedad -es decir, los primeros obligados son los padres y luego los abuelos- la reclamación judicial (demanda) puede formularse en forma simultánea contra padres y contra abuelos (668).

También dice la ley que “si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado”. En el caso de los ascendientes y descendientes, están obligados preferentemente los más próximos en grado, es decir, los hijos respecto de sus padres antes que los nietos respecto de sus abuelos.

Es preciso aclarar que si quien reclama alimentos es una persona casada debe reclamar primero a su cónyuge y luego a los parientes si es que el cónyuge no puede proveer alimentos. Esto incluye también a los parientes afines, es decir, si hay cónyuge o parientes en razón de la naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o adopción, primero debe reclamarse a ellos y en el último caso a los afines.

En el caso en que una persona es demandada, pero hay más de un potencial obligado, es esa persona demandada quien debe probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de que la obligación la asuma el otro pariente o que colabore con él en el cumplimiento de la obligación. También pueden ser citados a juicio todos o parte de los otros obligados para que la condena de alimentos también los alcance (546).

Asimismo, cuando hay varios obligados, el que pagó la cuota alimentaria puede solicitarles a los otros obligados que le devuelvan lo pagado en proporción a lo que a cada uno le corresponda (549).

Se debe tener en cuenta que los reclamos a los otros obligados para obtener la devolución de lo pagado en concepto de alimentos tiene un **plazo de prescripción de un año**, es decir, la demanda debe ser presentada dentro del año de haberse efectuado el cumplimiento de las obligaciones alimentarias (2564, e).

## 2.2. ¿Qué se debe probar?

Amén de los aspectos que puntualizamos en la parte general, el pariente que pide alimentos debe probar que le faltan los medios económicos suficientes y que le es imposible adquirirlos con su trabajo, sin que sean relevantes las razones por las que llegó a dicha situación (545).

## 2.3. ¿Cuándo cesa la obligación alimentaria entre parientes?

Este tipo de obligaciones alimentarias cesan en estos casos:

- ✓ “si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad” (554, a);
- ✓ “por la muerte del obligado o del alimentado” (554, b);
- ✓ “cuando desaparecen los presupuestos de la obligación” (554, c).

Las causales de indignidad están establecidas en la legislación sucesoria y comprenden, por ejemplo, cuando el alimentado comete un delito contra el alimentante o sus hijos, padres, cónyuge, conviviente o hermanos, o lo maltrató gravemente (2281, respecto de ellas nos hemos referido al tratar la revocación de las adopciones simples, cap. VIII, 6.2.2).

La causal de “muerte del alimentado o del alimentante” nos releva de todo comentario. En cuanto a la desaparición de los presupuestos de la obligación se relaciona con aquellas situaciones que dieron lugar a la determinación de la necesidad alimentaria en favor de cierta persona y la imposibilidad de procurarse alimentos por sí misma. De ese modo, si la persona no podía autosustentarse a causa de una determinada enfermedad y se recuperó y se encuentra trabajando, pues bien cesará la obligación alimentaria. Debe recordarse que dichos ceses no se producen en forma automática, sino que deben tener sustento en una decisión judicial. Si bien es cierto que el cese puede alcanzarse mediante un acuerdo entre las partes, desde la perspectiva del alimentante siempre será conveniente obtener la homologación judicial del mismo.

## 2.4. Salud mental y discapacidad. Situaciones de vulnerabilidad

Las reclamaciones de alimentos entre parientes suelen darse en favor de las personas mayores de edad que padecen afecciones en su salud mental o discapacidades físicas que les impiden proveerse de alimentos a ellos mismos. También podemos hallar casos de personas ancianas que en virtud de su edad se hallan en una situación similar respecto de la procura de sus propios alimentos. En estos casos tenemos que recordar que tales personas se encuentran amparadas por convenciones internacionales de derechos humanos.

## 2.5. Los nietos

La obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos es una obligación alimentaria entre parientes y es recíproca en tanto y en cuanto los nietos sean mayores de edad.

Cuando los nietos se encuentran bajo responsabilidad parental -anteriormente denominada “patria potestad”- y desde los dieciocho a los veintiún años, los principales obligados alimentarios son sus progenitores. Sin embargo, los abuelos también pueden ser demandados en forma simultánea (668) con esos padres, mas no podemos perder de vista que se trata de una obligación que va detrás de la de los padres (subsidiaria). Es decir, si el padre o la madre cumplen con sus obligaciones alimentarias, se desplaza la obligación de los abuelos. Sin embargo, en ciertas situaciones muy particulares en donde los ingresos de los padres son insuficientes para el sostén de los hijos, se ha habilitado una cuota “suplementaria” a cargo de los abuelos.

Sobre este tema volveremos al tratar alimentos en favor de los hijos bajo responsabilidad parental y desde los dieciocho a los veintiún años.

## 3. Alimentos en favor de los hijos bajo responsabilidad parental y desde los dieciocho a los veintiún años

La obligación pesa sobre ambos progenitores “conforme a su condición y fortuna” y sin que sea relevante que el cuidado personal -anteriormente conocido como “tenencia”- esté a cargo de uno solo de ellos (658).

Vamos a diferenciar dos etapas: una se extiende hasta la edad de dieciocho años en que los niños alcanzan la mayoría de edad y otra va desde los dieciocho hasta los veintiún años. Prácticamente no hay diferencia entre ambas, pero en la segunda el obligado alimentario puede acreditar que el hijo cuenta con recursos suficientes para proveerse alimentos a sí mismo y, en ese caso, cesa la obligación alimentaria (658 2° párr).

### 3.1. ¿Cuánto se debe pagar por alimentos en favor de los hijos menores de veintiún años?

Esta obligación alimentaria tiene un alcance mayor, en cuanto a los rubros que comprende, respecto del alcance de obligaciones entre parientes y entre cónyuges. Así, debe abarcar: **la manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio** (659).



Para establecer a cuánto asciende la obligación alimentaria debemos recordar que tal obligación pesa sobre ambos progenitores y que el monto concreto debe ser proporcional a los ingresos de cada uno. Sin embargo, no es la única pauta; se deben tener en cuenta algunas prestaciones que son brindadas en forma directa, por ejemplo, **quien tiene a su cargo el cuidado personal cotidiano de los hijos efectúa una serie de tareas a las que la legislación le otorga un determinado contenido económico y les asigna el carácter de aporte a la manutención de los hijos** (660), como ya hemos adelantado más arriba. Es decir, a la hora de hacer las cuentas esas tareas no pueden ser obviadas y, por el contrario, deben ser puestas en la balanza para distribuir las obligaciones alimentarias de cada uno.

También debe tenerse presente cómo se estructura cada familia en concreto. En un gran número de casos los hijos conviven la mayor parte del tiempo con uno de los progenitores y se relacionan con el otro progenitor mediante lo que tradicionalmente se llamó “régimen de visitas” y que ahora, con mayor propiedad, llamamos “sistema de comunicación con el progenitor no conviviente” (ver cap. XI). Ese sistema puede traducirse en “visitas” cuando la comunicación se da en breves lapsos durante la semana o también en un esquema más amplio que puede implicar pernoctar una o varias noches con el otro progenitor. Esa distribución de tiempos y de obligaciones no puede ser desconocida a la hora de balancear las obligaciones alimentarias.

En ese sentido, la legislación nos dice que cuando **el cuidado personal es alternado** -la ley dice “compartido”- es decir, los hijos conviven cierto tiempo con uno de los progenitores y cierto tiempo más o menos equivalente con el otro, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado si los recursos son recursos equivalentes. Caso contrario, se establece una contribución alimentaria de un progenitor hacia el otro para que los hijos gocen de un mismo nivel de vida en ambos hogares (666, ver cap. IX, 3.2).

### **3.1.1. ¿Qué sucede con el alimentante que tiene varios hijos con distintas personas?**

Una particular situación se da en los **casos de alimentantes que tienen hijos con distintas personas y todas ellas le han efectuado un reclamo alimentario** dado que la sumatoria de las cuotas alimentarias suelen **consumir una porción muy significativa de sus ingresos**. El problema se agrava cuando **la cuota ha sido fijada en forma porcentual por distintos jueces** dado que, en un caso extremo, podría **sucedir que los porcentajes aplicados superen el 100% del salario**.

Como puede palpase la situación es compleja y permite barajar razonables argumentos tanto desde la perspectiva de los respectivos alimentados como desde el punto de vista del alimentante.

Así, podrá sostenerse que no es asimilable la situación, por ejemplo, de un señor que tiene cinco hijos con una señora y todos ellos conviven con esa señora, a la situación de un hombre que tiene cinco hijos con cinco mujeres distintas y cada uno de ellos convive con su madre. Es claro que, en el último caso, **cada familia tiene su propia estructura de gastos y particularidades y aun cuando también se incremente el número de contribuyentes (son cinco madres) también se suman gastos y servicios (los de cinco viviendas, por ejemplo).**

Tampoco es dable pensar que todos los juicios deben concentrarse ante un mismo juez, porque de ese modo **el eje pasaría por el alimentante y no por los derechos de los niños, niñas y adolescentes.**

Desde otra perspectiva, es cierto **que no es admisible que una persona deba contribuir con la casi totalidad de sus ingresos** y que nada le reste para su propia subsistencia, extremo que claramente terminará afectando a la propia posibilidad de generar prestaciones alimentarias. Mas ello no importa que **una persona adulta que tomó la decisión de conformar un número determinado de familias debe redoblar sus esfuerzos para darle sustento a todas ellas.**

En síntesis, el problema planteado no tiene una única salida ni tampoco se da con iguales características en todo el país. La salida o solución debe encontrarse caso a caso, ponderando sus particularidades e intentando arribar a consensos.

### 3.2 ¿Desde cuándo se adeudan esta clase de alimentos?

Ya hemos visto que en general 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** (669). Sin embargo, aquí la legislación prevé la posibilidad de **reclamar los gastos incurridos en el período anterior**. La acción está en cabeza del progenitor que asumió el cuidado del hijo y se dirige contra el progenitor no conviviente. Como se trata de un **reembolso de gastos** debe tenerse en cuenta que hay que acreditar cuáles fueron esos gastos, es decir, no se trata de una cuota alimentaria debida con prescindencia de lo gastado sino de reembolsar lo efectivamente gastado, en proporción a los ingresos de cada progenitor y de la situación en particular.

### 3.3. ¿Hasta cuándo se adeudan esta clase de alimentos?

Este tipo de alimentos cesan automáticamente cuando los hijos alcanzan la edad de veintiún años, sin perjuicio de la posibilidad de extenderlo hasta los 25 como más abajo veremos.

### 3.3.1. ¿Se debe solicitar judicialmente el cese?

Debemos tener presente cómo está establecida la obligación alimentaria. Por ejemplo, como ya vimos, existe una costumbre judicial de fijar alimentos en porcentajes de ingresos. Si ese porcentaje está fijado para un sólo hijo no habrá inconveniente alguno, alcanzada la edad de veintiún años cesa la cuota y alcanzará con dejar de depositarla o abonarla. Ahora bien, si la cuota es retenida por la empleadora, allí sí hay que solicitar a los jueces que le comunique el cese de la retención. Hay que tener en cuenta que si se sigue pagando luego no se puede solicitar el reintegro de lo pagado tal como vimos en la parte general.

Una complicación que puede darse es cuando la cuota está fijada para más de un hijo, tanto sea como monto fijo o como porcentaje, sin ningún elemento que permita establecer cómo se compone para cada hijo. En ese caso en particular, el obligado al pago de alimentos debe solicitar a los jueces que se determine a cuánto asciende la nueva cuota alimentaria en favor de los hijos menores de veintiún años y hasta tanto ello ocurra continuará abonando la totalidad de la cuota sin posibilidad de reintegro. Por ello, a la hora de acordar cuotas alimentarias, siempre es conveniente establecer cómo se graduará la cuota a medida que los hijos alcancen la edad de veintiún años.

Corresponde señalar que la obligación alimentaria no cesa debido a la privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, por el contrario, subsiste (704).

### 3.4. ¿Quiénes pueden reclamar estos alimentos?

Como en cualquier otro tipo de relaciones jurídicas quien puede reclamar, en primer término, es el titular del derecho, en este caso los hijos. Si son personas menores de edad concurrirán representados por uno de los progenitores (661, a) -en general el progenitor que ostenta el cuidado personal- o pueden hacerlo también por sí mismos si tienen grado de madurez suficiente (661, b). Claro está que si son mayores de dieciocho años lo harán por sí mismos.

Ahora bien, la legislación también prevé que, si los hijos o los padres no ejercieren la acción, pueden hacerlo cualquier pariente o el Ministerio Público (661, c).

Tenemos también algunos supuestos especiales:

#### 3.4.1 Hijo entre dieciocho y veintiún años

Como ya sabemos las personas alcanzamos la mayoría de edad al cumplir dieciocho años (25). Consecuentemente, se extingue la responsabilidad parental

y ya no somos representados por nuestros padres o tutores. Así las cosas, los juicios iniciados por nuestros padres en nuestro nombre deben ser asumidos por nosotros mismos.

Hemos señalado más arriba que la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental traspasa la barrera de los dieciocho años y se extiende, con las mismas características, hasta los veintiún años, excepto que los obligados alimentarios puedan probar que el alimentado se provee su propio sustento.

La ley habilita, como no podía ser de otro modo, al hijo para que pueda efectuar la reclamación de alimentos por sí mismo. Sin embargo, también le permite hacerlo -o continuar el juicio ya iniciado- al progenitor con quien el hijo convive y le asigna el derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas (662). Respecto de esta última posibilidad debemos recordar que es muy frecuente que los hijos no estén dispuestos a demandar a los progenitores no convivientes. También la ley permite que las partes acuerden o los jueces ordenen -a pedido de parte- una suma que el hijo percibe directamente del progenitor no conviviente y la administra, con destino a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes. El conflicto puede darse cuando el hijo pretenda percibir él mismo la totalidad de la cuota alimentaria o demande una cuota alimentaria del propio progenitor conviviente, en tanto y en cuanto la obligación alimentaria es de ambos progenitores.

### 3.4.2. Hijo mayor de edad que se capacita

La legislación extiende las obligaciones alimentarias de los progenitores hasta los veinticinco años si se dan dos condiciones (663):

- ✓ que el hijo esté estudiando o preparándose en un arte u oficio;
- ✓ que en función de ello no pueda proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente.

Veamos, la cuota alimentaria cesó en el momento que el hijo alcanzó la edad de veintiún años con lo que esta extensión debe ser solicitada tanto sea por el hijo como por el progenitor conviviente. De ese modo, no es una extensión automática de la obligación anterior y, en algunas jurisdicciones, se exige la iniciación de un juicio alimentario independiente del anterior.

La prueba de los dos requisitos pesa sobre quien solicita la extensión. Es decir, tiene que probar dos extremos: que se capacita o se forma en un oficio y que por tal razón no puede autosustentarse. Ambos aspectos están vinculados íntimamente: es claro que **no será suficiente aportar un certificado**

**de inscripción en una carrera universitaria**, por ejemplo, sino que habrá de probarse **la regularidad en la asistencia clases y la carga horaria**, dado que de ese modo podrá también sopesarse acerca de la imposibilidad de trabajar. En algunos fallos también se ha exigido acreditar **el rendimiento del estudiante, su progreso académico**.

Cabe aclarar que se ha interpretado también que la extensión puede darse automáticamente sin necesidad de un nuevo juicio y acreditando los extremos indicados en el mismo expediente de alimentos.

### 3.4.3. Hijo no reconocido

Se trata de un caso particular de cuota alimentaria provisoria que se da en el marco de un juicio en el que una persona reclama que se la reconozca como hija de otra persona, llamado muchas veces “juicio de emplazamiento filiatorio” o “filiación extramatrimonial” (664). Puede ser reclamada por quien pretende ser reconocido como hijo y puede ser iniciada antes del juicio de filiación. En ese último caso, los jueces le tienen que fijar un plazo para iniciar el juicio que puede ir acompañado del apercibimiento de cese de la cuota alimentaria.

Este derecho observa cierta dificultad probatoria porque, claro está, no alcanzará con la mera afirmación del demandante de ser hijo de tal persona. En ese orden, la demanda debe contener elementos probatorios que permitan a los jueces decidir, con sustento cierto, la procedencia de la obligación alimentaria provisoria. Debemos recordar que aún no se ha acreditado el vínculo filiatorio entre demandante y demandado. Así, puede solicitarse que el demandado manifieste si se someterá o no a las pruebas biológicas, y en caso negativo fijar la cuota alimentaria provisoria. También pueden operar otras presunciones, como la convivencia con la madre para la época de la concepción, por ejemplo (585). En otros casos se ha intentado dar sustento a la cuota provisoria a partir del comportamiento del supuesto progenitor durante el embarazo, en cuanto brindó al niño por nacer un público tratamiento de hijo.

### 3.5. Alimentos en favor de la mujer embarazada

Este derecho alimentario está establecido **en favor de la mujer embarazada** (665). Claro está que si la mujer embarazada es una niña o una adolescente se le aplicarán también las normas respectivas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la legislación dictada en consecuencia.

Observa la misma dificultad probatoria que la que analizamos en el punto anterior, es decir, la mujer debe acreditar el vínculo filiatorio con la persona



demandada si bien lo puede hacer mediante las pruebas que también comentamos. Así las cosas, la demanda debe articularse previendo acercar elementos de prueba suficientes tanto para permitir dotar de verosimilitud al vínculo filiatorio como para la procedencia de una eventual cautelar como para la decisión definitiva.

A efectos de ponderar cuál es el alcance de esta cuota alimentaria no puede perderse de vista que, como dijimos en el párrafo anterior, son alimentos en favor de la madre con lo que no pueden ser equiparados a los alimentos en favor de los hijos menores, sino que están íntimamente relacionados con las erogaciones propias del curso del embarazo y de las particularidades de cada caso.

El parto señala el cese de esta obligación alimentaria que será sucedida por la obligación alimentaria en favor del hijo en tanto nazca con vida. Si tomamos en cuenta las dificultades probatorias a efectos de relacionar el embarazo con la persona del alimentante, es muy posible que deba iniciarse una acción de reclamación de filiación (ver cap. VII, 4.6). Amén de ello, en el juicio de alimentos en favor del hijo nacido con vida se pueden establecer alimentos provisorios de modo tal de no colocarlo en una situación de desprotección.

### **3.6. Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores**

La legislación dice textualmente “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” (667).

### **3.7. Reclamo a ascendientes**

Suele sostenerse, por ejemplo, que si el padre o la madre no pagan la cuota alimentaria la tienen que pagar los abuelos. En verdad, como ya vimos, se trata de dos obligaciones alimentarias distintas dado que la de los abuelos se enmarca en las “obligaciones alimentarias entre parientes” y la de los padres en esta que estamos analizando.

Anteriormente dijimos que la obligación de los abuelos es “subsidiaria”. Es decir, los primeros obligados son los padres. La legislación actual permite que el proceso judicial contra los ascendientes -en general los abuelos- puedan



ser reclamados en el mismo juicio alimentario iniciado contra los padres o en un proceso autónomo, en forma simultánea o sucesiva (668). Sin embargo, la obligación de los abuelos no nace automáticamente del incumplimiento o de la imposibilidad de los progenitores (sus hijos), sino que los abuelos tienen que ser demandados y poder defenderse ya sea en un juicio contra ellos directamente o en el juicio alimentario de sus hijos. En otras palabras, si el padre de una niña no paga la cuota alimentaria que se le fijara en un juicio no puede reclamarse directamente a los abuelos el pago de esas cuotas adeudadas ni futuras, sino que debe existir una sentencia que condene a los abuelos al pago de una cuota alimentaria. Reiteramos: son cuotas distintas con alcances y pruebas distintas y, por otra parte, los abuelos tienen también derecho a defenderse en un juicio sin que ostenten el rol de garantes de las obligaciones de sus hijos.

Agrega además la ley que hay que acreditar las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado, dado que, en principio, si el progenitor paga la cuota alimentaria se desplazaría la obligación de los abuelos. Sin embargo, reiteramos, en los últimos tiempos, se ha empezado a abrir camino una suerte de obligación “suplementaria” o “complementaria”, es decir, un complemento o suplemento que puedan dar los abuelos a la contribución que hace el progenitor no conviviente, mas la legislación no lo recepta literalmente así.

También se debe tomar en cuenta que la obligación de los abuelos, subsidiaria como ya lo vimos, es de todos los abuelos, maternos y paternos. Por ejemplo, quien está obligado al pago de alimentos es el padre y no lo hace, la madre -en representación de sus hijos- inicia demanda contra los abuelos paternos, pero no es una obligación de ellos en garantía de la de su hijo (padre alimentante) con lo que los abuelos paternos podrían también alegar que están en mejores condiciones los abuelos maternos, o que deben contribuir para tales obligaciones alimentarias y traerlos a juicio.

### **3.8. ¿Debe pagar alimentos el cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro cónyuge o conviviente?**

En la actualidad es muy común ver familias que se han integrado mediante la unión de dos personas que ya tienen hijos de otros vínculos anteriores y en las que se produce la convivencia de la nueva pareja o cónyuge con los hijos del otro. Claro está que el nuevo cónyuge o conviviente no es el padre ni la madre de los hijos del otro mas la ley le asigna ciertos deberes y obligaciones. Se los llama “progenitores afines”.





¿Tiene obligaciones alimentarias respecto de esos hijos?

Bien, la ley dice que sí, pero con “carácter subsidiario”, es decir, su obligación nace en tanto y en cuanto no la cumplan los obligados directos: la madre, el padre, los abuelos, por ejemplo (676). No cabe duda alguna que mientras dura la convivencia estos alimentos se brindan directamente.

Asimismo, entre las obligaciones de los cónyuges y convivientes está la de contribuir con las necesidades de los hijos menores de edad del otro, con capacidad restringida o con discapacidad que conviven con ellos (455 y 520).

La ley establece que este tipo de obligación alimentaria cesa con la disolución del matrimonio o la ruptura de la convivencia. Sin embargo, si durante la vida en común el cónyuge o conviviente tuvo a su cargo el sustento del hijo del otro cónyuge o conviviente, se puede fijar una cuota asistencial que es “transitoria”. Los jueces deben definir cuál es el tiempo de vigencia de la cuota teniendo en cuenta la situación económica del obligado, las necesidades del alimentado y cuánto duró la convivencia.

#### **4. Alimentos entre cónyuges**

La obligación alimentaria entre cónyuges es recíproca, es decir, potencialmente se los deben uno al otro y viceversa.

Tenemos que diferenciar dos etapas:

##### **4.1. Alimentos durante la convivencia y la separación de hecho**

Si bien es cierto que mientras los cónyuges conviven no suelen darse conflictos alimentarios, la posibilidad existe y, desde ya, se incrementa luego de la separación de hecho (432). Para fijar esta particular cuota alimentaria, la ley nos brinda algunas pautas: “a. el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades; b. la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; c. la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos; d. la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; e. la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar; f. el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona; g. si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial; h. si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación; i. la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho” (433).





## 4.2. Alimentos posteriores al divorcio

Luego del divorcio la obligación alimentaria entre los excónyuges se limita a tres supuestos:

- ✓ en favor de quien padece una **enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse** (434, a). Se deben probar los tres requisitos, es decir, 1) enfermedad grave, 2) anterior al divorcio y 3) que impide al cónyuge enfermo proveer su propio sustento. Tiene una particularidad, si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos;
- ✓ en favor de quien **no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos** (434, b). Esta obligación se fija teniendo en cuenta la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos y la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar. Tiene algunos límites: **no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor de quien obtuvo “compensación económica”** (ver cap. III, 7.5);
- ✓ cuando en el convenio regulador del divorcio los cónyuges pactan una cuota alimentaria (434, últ. p. ver cap. III, 7.3.1).

## 4.3. ¿Cuándo cesa la obligación alimentaria entre cónyuges?

La obligación alimentaria entre cónyuges cesa cuando desaparece la causa que la motivó, cuando la persona beneficiada o vive en unión convivencial o contrae nuevo matrimonio luego del divorcio, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad (434 2º párr., respecto las causales de indignidad ver 2281 y cap. VIII, 6.2.2). Ahora bien, si los alimentos surgen de un convenio hay que estar a las pautas del convenio (434 3er párr).

## 5. Alimentos entre convivientes

Sabemos que los convivientes se deben asistencia durante la convivencia (519) como así también que ambos deben contribuir a los gastos del hogar (520).

Podemos entender que “asistencia” es una palabra que comprende a “alimentos” además de la atención directa que surge de la convivencia. Desde esa perspectiva, es claro que entre ellos y durante la convivencia, los convivientes se prestan alimentos.

Sin embargo, tales derechos cesan luego de la ruptura de la unión convivencial con lo que, al menos desde nuestro punto de vista, no hay alimentos posteriores al cese de la unión.

La posibilidad de discutir la afirmación del párrafo anterior surge de algunas normas en las que se mencionan los alimentos entre convivientes (719) pero esa sola mención no es suficiente para otorgar un derecho alimentario posterior al cese de la unión convivencial cuando no hay ninguna norma expresa que así lo establezca.

## 6. Algunos supuestos especiales

Las normas contemplan ciertas situaciones particulares donde puede efectuarse un reclamo alimentario.

En los casos de adopciones simples (ver cap. VIII, 6.2.1), la persona adoptada conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos.

Las guardas preadoptivas pueden fracasar, ya sea porque el niño no se adaptó a la familia o a la inversa. Lamentablemente estas situaciones se dan y, cuando los guardadores renunciaron a la guarda, los jueces han comenzado a reconocer un derecho alimentario a los niños, niñas y adolescentes que se encontraron bajo guarda preadoptiva y a cargo de tales guardadores (ver cap. VIII, 7.3.1.a). En general, se ha encontrado cierta similitud entre esta situación y la de los progenitores afines que comentáramos en el punto anterior (676).

También está prevista una obligación alimentaria en favor del donante -quien efectúa la donación- y a cargo del donatario -quien recibe la donación- cuando el donante no tenga medios de subsistencia y la donación no sea onerosa. Por ejemplo, una persona dona a otra un inmueble -es decir, le transmite gratuitamente la propiedad- y ésta acepta la donación. Si posteriormente, el que donó no tiene medios de subsistencia, puede demandar por alimentos a quien recibió la donación y éste solo puede liberarse de esa obligación si restituye las cosas donadas o su valor si las ha enajenado. Puede suceder que quien recibió la donación se niegue a pagar esa cuota alimentaria, pues en ese caso el donante puede revocar la donación por ingratitud solamente cuando no pueda obtener alimentos de las personas obligadas por las relaciones de familia, por ejemplo, otros parientes, cónyuge, excónyuge.

En materia sucesoria, también está previsto el “legado de alimentos” que comprende la instrucción adecuada a la condición y aptitudes del legatario, el sustento, vestido, vivienda y asistencia en las enfermedades hasta que alcance

la mayoría de edad o recupere la capacidad. Si alcanzada la mayoría de edad por el legatario -beneficiario del legado- persiste su falta de aptitud para procurarse los alimentos, se extiende hasta que se encuentre en condiciones de hacerlo. El legado de alimentos a una persona capaz vale como legado de prestaciones periódicas en la medida dispuesta por el testador (2509). Debemos tener en cuenta que este legado surge exclusivamente de la voluntad del testador y puede tener como beneficiarios a un familiar o a un tercero en tanto sea persona menor de edad o no tenga aptitud para procurarse alimentos. El testador también puede fijar el monto y modalidades del legado de alimentos y, en caso de no hacerlo, se aplicarán las pautas descriptas en el artículo citado.

## 7. Reclamaciones en o desde el extranjero

Cuando el obligado al pago de alimentos vive en el extranjero o cuando lo hace el beneficiario de alimentos, suelen suscitarse algunos conflictos vinculados con el lugar donde debe efectuarse la reclamación y el derecho que hay que aplicar al caso concreto (ver Introducción, 9).

Por ejemplo, el progenitor de una niña vive en Almería, Reino de España y la niña en Rosario, Argentina. Una primera pregunta pasa por establecer dónde iniciamos el juicio, ¿En Rosario? ¿En Almería? Y luego, cuál legislación hay que aplicar, ¿la de Argentina? ¿la de España?

Bien, la legislación de los diferentes países cuenta con normas que dan respuestas a ambas preguntas. Para dar una respuesta al caso concreto debemos saber si con el país extranjero nos une algún tipo de tratado o convenio específico sobre esta materia. En ese sentido, más allá de otros convenios de carácter general que también serían aplicables al caso, se encuentran vigentes dos instrumentos principales:

- ✓ La "**Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos**" (**New York, 1956**), aprobada por nuestro país en 1967, cuyo objeto es facilitar a quien se encuentra en el territorio de uno de los Estados parte y demanda alimentos a una persona que está sujeta a la jurisdicción de otro Estado parte. Esta convención ha sido aprobada por 64 países, entre ellos Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Croacia, Cuba, República Checa, Dinamarca, Ecuador, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, México, Países Bajos, España, Israel, Uruguay. La autoridad administrativa de aplicación de este convenio es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales, Departamento de Cooperación Internacional en Materia Civil que es donde se tramitan, registran y administran legajos de solicitudes de cooperación jurídica internacional que tienen por objeto la fijación y

obtención de la cuota alimentaria, el reconocimiento y/o ejecución de sentencias o acuerdos de alimentos.

- ✓ La **Convención Interamericana de Obligaciones Alimentarias** (Montevideo, 1989), aprobada por Argentina en 2002, que ha sido ratificada por Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (consulta junio 2021). Se aplica para determinar “el derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado Parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte”, como así también quiénes son los jueces competentes. Comprende obligaciones alimentarias respecto de personas menores de edad y las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales. En términos generales, sus normas son muy similares a las que a continuación describiremos.

Para aquellos casos donde no nos una un tratado o un convenio con el país extranjero, regirán las normas previstas en el Código Civil y Comercial. Así, nuestra legislación prevé que la acción de alimentos puede entablarse ante los jueces del domicilio de quien las requiera, o de su residencia habitual, o ante los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado (2629, 1er p). Pero también, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes. En el caso de cónyuges y convivientes, ante los jueces del último domicilio conyugal, o del domicilio o residencia habitual del demandado, o ante los jueces que hayan entendido en la disolución del vínculo (2629, 2° p). Se agrega que, “si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado” (2629, 3er p).

En cuanto al derecho aplicable, el Código pauta que se rige por el “derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario” (2630, 1er p). “Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos” (2630, 2° p). “El derecho a alimentos entre cónyuges se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo” (2630, 3er p).

## Capítulo XI

### El derecho a la debida comunicación

#### 1. El derecho a la comunicación

“¡No deja que ningún hermano entre a la casa para verla!”. “¡Pobre Elena, el hijo no le permite ver a sus nietos!”. “Se la hace difícil, ni siquiera los lleva a Tribunales como se lo ordenó el juez”. “Ellos ven al papá los martes y jueves desde la salida de la escuela hasta las ocho y los fines de semana por medio”. “¡Nunca los devuelve a horario!”.

En mayor o en menor medida todos hemos escuchado alguna vez este tipo de frases. Se trata del **derecho a la comunicación** que ostentan todas las personas a tener contacto con sus parientes, a comunicarse con ellos, a pasar un tiempo en su presencia. Se relaciona directamente con el **derecho a la identidad**, el que no puede construirse sin una comunicación efectiva y tangible.

A este derecho se lo suele llamar “**derecho de visitas**” y al sistema de días y horas en los que se concreta se lo ha llamado “**régimen de visitas**”. En el ámbito del derecho, y más aún en el normativo, se han suplantado tales expresiones por la de **derecho a la comunicación, o a la debida o adecuada comunicación**, dado que, como es fácil inferir, no se trata de una “visita” sino de un desarrollo mucho más amplio. Una “visita” se relaciona con el hecho de ir a ver a una persona, pero de modo alguno presenta la profundidad de la comunicación con el otro, en tanto comprende una presencia activa durante las distintas etapas de la vida, la constitución y preservación de lazos afectivos y el afianzamiento o fortalecimiento de los vínculos individuales y con la familia toda.

Los problemas derivados del derecho a la comunicación, especialmente de los **obstáculos al derecho a la comunicación**, son materia mucho más que frecuente tanto en los estudios jurídicos como en el fuero de familia y, en algunas situaciones, suelen ser los de más difícil solución y los que conllevan más trabajo profesional -de distintas disciplinas- y jurisdiccional.

Es cierto que en mayor medida este tipo de situaciones suelen registrarse respecto de **personas menores de edad en función del ejercicio de la responsabilidad parental** y estriba, sustancialmente, en aquellos casos de progenitores separados en los hechos con hijos que conviven con uno de ellos y necesitan concretar una adecuada comunicación con el progenitor no conviviente. Sin embargo, también pueden observarse en otras relaciones:



**abuelos respecto de sus nietos, hijos mayores respecto de sus padres ancianos, padres respecto de sus hijos mayores de edad con discapacidad, por ejemplo.**

El derecho a la comunicación forma parte de los cimientos de la formación de los niños. La Convención Internacional de los Derechos del Niño obliga a los Estados firmantes a atender de manera positiva, humanitaria y expeditiva las solicitudes de los niños o sus padres para entrar o para salir de él a efectos de una reunión familiar (CIDN, 10, 1) y reconoce el derecho de los niños cuyos padres residan en Estados diferentes a “mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres” (CIDN, 10, 2).

## 2. Las personas involucradas

Más allá del derecho que todos tenemos para comunicarnos con los demás, vamos a acotar nuestra mirada al ámbito de nuestras familias y de nuestras relaciones afectivas más inmediatas.

En el seno de la familia, esencialmente en las relaciones de parentesco, todos tenemos derecho a comunicarnos con nuestros parientes y ello se concreta en la convivencia cotidiana, al menos en el común de los casos. El conflicto se registrará, principalmente, **en situaciones donde no hay convivencia**, sin perjuicio de la posibilidad de obstaculizaciones al contacto aun en situaciones de convivencia.

Sustancialmente, el ejercicio de este derecho abarca a **tres personas o grupos de personas**: quienes están al cuidado de otra persona, quien está a cargo de ese cuidado y quien no convive y pretende concretar el derecho de comunicación.

El ejemplo más preciso lo encontramos en la relación entre progenitores que no conviven entre sí y sus hijos menores de edad. Aquí adquiere particular importancia cómo se ha establecido el **cuidado personal de los hijos**. Tal como vimos al tratar este tema en el capítulo sobre responsabilidad parental, el **cuidado personal** puede ser **alternado o indistinto** (ver cap. IX., 3.2). Como podemos intuir, una enorme porción de las dificultades en la debida comunicación se registrará en el **cuidado personal indistinto** en el que los hijos conviven principalmente con uno de los progenitores y no con el otro dado que en el **alternado** lo hacen un tiempo con cada uno y, en principio, la comunicación se desarrollará en esos tiempos.

Sin embargo, también vamos a observar conflictos vinculados a la debida comunicación entre **parientes mayores de edad y entre quienes no son**



**parientes** pero que han desarrollado vínculos afectivos con otras personas tanto sean menores o mayores de edad.

Como podemos observar, en esta problemática nos encontraremos con una persona que ostenta cierto poder sobre otra (cuidadora), una persona que convive con aquella y que se encuentra **en una situación de vulnerabilidad** y otra persona que no convive con ellas pero quiere tener contacto con la persona vulnerable.

Una característica para subrayar es que este **derecho-deber a la debida comunicación** reposa tanto en la persona en situación de vulnerabilidad como en quien no convive, sin perjuicio del que ostenta la persona encargada del cuidado que de hecho lo ejerce en forma cotidiana. Amén de ello, debemos subrayar que **el abordaje de este derecho debe ser realizado desde el lugar de la persona que está colocada al cuidado de otra**, por ejemplo, desde la perspectiva de los hijos menores de edad o de la persona con discapacidad mental.

## 2.1. Las personas legitimadas para reclamar

### 2.1.1. La persona en situación de vulnerabilidad

Si bien la normativa está diseñada a partir de la persona que debe permitir la comunicación con quien está a su cuidado, no cabe duda alguna de que es **esta última la principal legitimada** para reclamar que se concrete su propio derecho a la comunicación con el pariente o con el legitimado no conviviente.

La norma está redactada de este modo: “Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado” (555).

Así las cosas, el derecho subjetivo a la comunicación reposa en primer término en cabeza de los **parientes menores de edad, con capacidad restringida, o enfermos o imposibilitados** (555), aunque estén al final del artículo.

En el ejemplo de los hijos menores de edad, en tanto y en cuanto son sujetos de derecho, son ellos quienes ostentan el derecho a reclamar que se concrete la debida comunicación con su progenitor no conviviente. Como veremos en el punto 5.1. podrán dirigir su reclamación tanto al progenitor no conviviente como al que tiene el cuidado personal. Es cierto que pueden darse marcadas dificultades operativas para viabilizar ese reclamo, pero también es cierto que los instrumentos jurídicos están disponibles tanto sea mediante la figura del



abogado del niño (ver cap. I, 6 y 7) como de la propia instancia por parte del Ministerio Público.

En cuanto a las **personas menores de edad** quedarán comprendidas tanto en su condición de **hijos** como en la de **nietos** o **hermanos**, por ejemplo. Respecto de las personas con **capacidad restringida** comprende tanto a quienes cuenten con una sentencia de restricción de su capacidad o de declaración de incapacidad como a aquellos que no, dado que en este último caso quedarán comprendidos en la situación de los enfermos o imposibilitados. La diferencia se verá reflejada en que en el caso de las personas declaradas incapaces o con sentencia de restricción de su capacidad no habrá que acreditar tal condición mientras que en el caso de **enfermos o imposibilitados** en general habrá que ofrecer prueba para que pueda constatarse tal situación.

### 2.1.2. Los parientes legitimados

Los **ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado** son las personas legitimadas para reclamar la concreción de sus respectivos derechos a la comunicación con su pariente al cuidado de otra persona, tal como lo adelantamos en el punto anterior (555).

Muchas personas que están al cuidado de otras conviven con ellas en un mismo inmueble mientras que otras residen en otro lugar, por ejemplo, una institución geriátrica. En uno u otro caso, es claro que se trata de personas en situación de vulnerabilidad que, en función de esa condición, no pueden viabilizar por sí mismas la comunicación con sus parientes legitimados y dependen de quien está a cargo de su cuidado.

Como ya dijimos, una enorme porción de las reclamaciones judiciales está constituida por conflictos entre **progenitores no convivientes respecto de sus hijos menores de edad**. En una parte menor pero no infrecuente nos vamos a encontrar con impedimentos u obstaculizaciones al contacto entre **abuelos y nietos**. También se han registrado casos de reclamaciones efectuadas por **hermanos**. En menor medida, entre parientes por afinidad como es el caso de una **suegra** respecto de su **nuera** cuando esta última se encuentra enferma o imposibilitada y al cuidado de su familia de origen, por ejemplo.

Entre estas personas legitimadas hallaremos a los parientes de la familia de origen en las **adopciones simples**. Recordemos que este tipo de adopción no disuelve el vínculo con ellos con lo que tendrán un derecho subjetivo a reclamar la comunicación.





### 2.1.3. Otras personas legitimadas

Las personas mencionadas en el punto anterior son titulares **de un derecho** que genera una acción judicial en aquellos casos donde se presente una obstaculización indebida de ese derecho.

Sin embargo, existen otras personas que no se hallan entre los parientes legitimados conforme vimos en el punto anterior o directamente no son parientes pero que están unidas por lazos afectivos con las personas menores de edad, con capacidad restringida, enfermos o imposibilitados a los que nos hemos referido. Un ejemplo claro son los **tíos**, que no están abarcados entre los principales legitimados, o los **padrinos y madrinas**, que suelen no ser parientes pero que, en algunas situaciones, construyen vínculos muy sólidos con sus ahijados.

Los parientes de la familia de origen en las **adopciones plenas** en las que no se haya conservado vínculo alguno también podrán peticionar se establezca un sistema de comunicación con sus familiares adoptados, pero deberán acreditar la existencia del vínculo afectivo y la conveniencia para esas personas.

Entonces, estas otras personas no pueden esgrimir **un derecho subjetivo** similar al que hemos visto en el punto anterior, sino que podrán argumentar y probar judicialmente la existencia de un **interés afectivo legítimo** (556).

## 2.2. La persona obligada a permitir el contacto

Tal como puede leerse en la norma que sustancialmente estamos analizando, todas las personas que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, son las obligadas a permitir la comunicación (555).

Esta obligación se traduce en viabilizar la concreción del derecho –que reiteramos reposa esencialmente en la persona que está a su cuidado– articulando los medios que razonablemente estén a su alcance. La razonabilidad a la que hacemos alusión se deberá ponderar en cada caso concreto. Así, por ejemplo, es dable pensar que, si uno de los progenitores vive en una ciudad distante al centro de vida de los niños, será ese progenitor quien deba instrumentar los medios para poder trasladarse y tener un lugar de residencia transitoria en el lugar donde viven sus hijos mientras que lo exigible al otro progenitor pasará por disponer lo necesario para que los niños estén el o los días en que se concrete el viaje, claro está, previo acuerdo entre ambos o disposición judicial.



### 3. Los distintos diseños de sistemas de comunicación

Los mejores sistemas de comunicación son aquellos que han sido pensados y diseñados sobre la base del respeto a las necesidades, posibilidades y disponibilidades de todos los participantes, en especial aquellos que ponen el eje en la persona en situación de vulnerabilidad.

Lamentablemente, la enemistad, los odios y rencores mutuos y en gran medida el egoísmo, la ignorancia y la falta de empatía, atraviesan toda esta problemática. No se nos escapa que en muchos casos los argumentos en favor de limitar la comunicación cuentan con asidero suficiente y con un andamiaje que se sustenta en una marcada inconveniencia en su concreción. Sin embargo, en la mayoría palpable de los casos conflictivos que se tramitan en nuestros tribunales se ventilan las miserias humanas más profundas.

Se escucha decir a los progenitores no convivientes -con mucha frecuencia- que ellos quieren que se les garantice el derecho a “disfrutar” de sus hijos, como si todo se redujera al goce del momento en que se concreta la comunicación. Quizá desde esa perspectiva podamos visualizar con nitidez la diferencia entre “derecho de visitas” y “derecho a la debida comunicación”.

Es decir, por un lado se trata de asegurar que la persona que está al cuidado de otra se comunique adecuadamente con sus parientes y con quienes han trazado un vínculo afectivo y, por el otro, se trata de ejercer ese derecho -que también es una obligación- en plenitud, sin reducirlo a una mera salida sino mezclándose con las actividades cotidianas (preparando la comida, yendo al médico, concurriendo a las reuniones de padres, asistiendo a los cumpleaños, esperando en la puerta y hablando con los otros padres, ayudando en las tareas escolares, por ejemplo).

La comunicación se da tanto de un modo concreto y tangible como de un modo difuso y más informal. En este último supuesto la comunicación virtual mediante el uso de Instagram, WhatsApp, Facebook y otras plataformas similares importa también una forma de comunicación. Esa comunicación intangible muchas veces se ve también afectada tanto por quienes se obstinan en obstaculizar como por quienes pretenden ir más allá de una comunicación razonable.

En general, la forma tangible y concreta de la comunicación -la que se da en forma presencial- es la que nos ocupa, sin perjuicio de resaltar la invaluable herramienta que importan las redes sociales y la comunicación informática a la hora de sobrellevar casos complejos donde la distancia física vuelve dificultosa la implementación de cualquier sistema.



Las interferencias en la debida comunicación tornan a esta problemática en una de las de abordaje más difícil por parte de los profesionales del derecho y permite comprender la necesidad de concurrencia con otras disciplinas: psicología, psiquiatría, psicopedagogía, trabajo social, entre otras. También impone la colaboración de todas las personas involucradas directa o indirectamente en el conflicto: la familia ampliada (abuelos, hermanos mayores, tíos, primos), las maestras, las pediatras, los médicos, la institución geriátrica, por ejemplo.

Ciertas aristas a tener en cuenta se muestran como verdades de Perogrullo: ¿qué edades tienen los niños?, ¿cuáles son las actividades que desarrollan?, ¿en qué horarios van a la escuela?, ¿hacen deportes?, ¿van a clubes?, ¿toman clases de teatro, de piano, de guitarra, de dibujo?, ¿almuerzan en un comedor escolar?, ¿viven en una casa, en una casilla, en un departamento?, ¿con quién convive?, ¿con la madre?, ¿con la pareja del padre y sus hijos?, ¿cuáles son los horarios de trabajo de los adultos?, ¿su salud mental está en condiciones de afrontar la concreción de la comunicación?, ¿cuánto hace que no tienen contacto?, ¿cuentan con un lugar adecuado para contactarse?

Del párrafo anterior podemos deducir que **no existen modelos de sistemas**, cada caso requiere una mirada particular. Es decir, no es que “martes, jueves y sábado (por medio) de 18 a 20” va a funcionar para todos los casos ni tampoco serán de aplicación algunas frases que se muestran como una suerte de verdades reveladas: “los bebés no pueden pernoctar con el papá”, “el día del padre, con el padre, el día de la madre, con la madre”, “el 24 a la noche con la madre, el 25 al mediodía con el padre, el 31 con la madre y el 1° con el padre y al año siguiente al revés”.

Es muy importante resaltar que, en el caso de hijos menores de edad, a medida que vayan creciendo y logrando una mayor autonomía su opinión deberá contar con un mayor peso específico. Para preservar ese derecho de los niños, **los progenitores deben asumir con madurez la obligación de no influir indebidamente en esa opinión**. Esas influencias indebidas suelen detectarse con cierta facilidad en oídos suficientemente entrenados. Sin embargo, no puede perderse de vista que, en caso de no obrar oportunamente, en algún momento de la historia de los hijos quedarán expuestas y generarán cuestionamientos a quien influyó negativamente.

La oposición a la concreción del derecho a la comunicación se debe fundar, como lo dice la normativa, “en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados” que esa comunicación pudiese suponer (555) y no en la persona en sí misma de quien reclama ni tampoco en la relación que esa persona ha tenido o tiene con la cuidadora.

En algunas situaciones se han diseñado encuentros que transcurren en lugares de acceso público –bares, clubes, centros comerciales- y, si bien puede entenderse que no es un esquema ideal, responden en general a las disponibilidades materiales de los adultos o a la necesidad de asegurar ciertos controles indirectos.

Otros casos han requerido del despliegue de cierta inventiva para poder sortear obstáculos, especialmente cuando quien se niega a la comunicación es la persona en situación de vulnerabilidad. Se han pautado encuentros iniciales entre un padre y su hijo mayor de edad con discapacidad mental a desarrollarse en estadios de fútbol los días en que hubiese partido, por ejemplo, o en una ciudad ubicada a mitad de camino entre la ciudad donde vive el hijo y el pueblo donde habita el padre.

Muchas veces se busca la firma de acuerdos que se han armado sin evaluar las situaciones particulares o reproduciendo modelos ya establecidos y que al poco de andar se desdibujan y luego fracasan. Así, por ejemplo, se suele recurrir a la frase “Régimen de visitas: **amplio**”. Muy posiblemente este sistema de comunicación termine siendo mucho más negativo que la no previsión de sistema alguno. “**Amplio**” reclama y requiere de personas adultas que puedan arribar a acuerdos cuasi instantáneos para poder llevar adelante el sistema y es precisamente esa posibilidad la que en general está ausente.

En situaciones iniciales o conflictivas, o cuando la comunicación debe darse con bebés o niños pequeños, es preferible establecer claramente **cuáles son los días, horarios, lugares y obligaciones** que se asumen con alguna “válvula de escape” que permita descomprimir y ponga cierto coto a quienes se muestran sumamente intolerantes a la hora de exigir el cumplimiento. Es preferible también prever cómo se desarrollarán los períodos de vacaciones, las festividades de fin de año, los cumpleaños de progenitores, hermanos y abuelos, el día del padre, el día de la madre, por ejemplo. En el caso de niños, el esquema se deberá ir flexibilizando a medida que se acerquen a la adolescencia y, en todos los casos, se deberá ir adecuando y reformulando en función de las circunstancias nuevas que se vayan presentando.

#### 4. Los acuerdos privados

La concreción del derecho a la debida comunicación puede plasmarse en **acuerdos privados**. En los hechos, muchos sistemas de comunicación funcionan sin contar con un acuerdo escrito. En otros casos se recurre a convenios con firmas certificadas ante escribanos públicos o celebrados ante algún otro funcionario público tanto sea una autoridad administrativa como judicial. También pueden

suscribirse acuerdos en los estudios jurídicos. Otros se obtienen luego de un proceso de mediación prejudicial exitoso.

Todos esos **acuerdos o convenios** pueden ser sometidos a la consideración de los jueces y recibir una **homologación judicial**, tanto sea en un proceso autónomo –es decir, un pedido específico de homologación- como dentro de otro proceso, como suele suceder en los convenios reguladores del divorcio (cap. III, 7.3.1).

A la hora de arribar a esos acuerdos, especialmente en los procesos de separación de los progenitores, debe recordarse que el derecho a la comunicación **no es renunciabile**, es decir no puede establecerse que una persona renuncia a tener contacto con otra cuando ese derecho le asiste conforme las normas que antes comentamos. Tampoco puede ser parte de una **transacción** o ser objeto de un **intercambio**, ni se puede **ceder**.

Un **acuerdo homologado** brindará certeza a la existencia misma del acuerdo –ya no se podrá negar el convenio- sino que facilitará la obtención de órdenes judiciales en procura de lograr que lo acordado sea de efectivo cumplimiento.

Si tenemos en cuenta que los cambios y modificaciones son una constante en la vida de cada uno de nosotros, fácilmente podremos deducir que estos **acuerdos** son siempre **provisorios** y están sujetos a las adecuaciones necesarias en función de esos cambios y modificaciones.

Otro aspecto para tener presente se relaciona con “**quiénes participan del acuerdo**”. Desde ya que entre esos participantes se contará con la persona a cargo del cuidado y con la persona que pretende concretar la comunicación. Sin embargo, suele soslayarse a la persona en situación de vulnerabilidad, a la persona que está al cuidado del otro. Su participación dependerá de su propia situación y del grado de autonomía con que cuente. Es claro que si estamos frente a un bebé las decisiones serán tomadas por los adultos mas si el acuerdo es sometido a homologación judicial, la asistencia jurídica del bebé quedará en cabeza del Ministerio Público (103, a) o, en casos sumamente complejos, en un tutor especial. Aquí, la opinión y participación activa de niños con grado de madurez suficiente, de adolescentes, de las personas con capacidad restringida, de los enfermos e imposibilitados que estén en condiciones de formar una opinión y expresarla, no puede de modo alguno ser dejada de lado.

## 5. El proceso judicial para determinar el derecho a la comunicación

Cuando las personas que están obligadas a garantizar el derecho a la debida comunicación no lo hacen, o lo obstaculizan o no lo habilitan de la forma en que

quien tiene derecho a exigirlo entiende se debe implementar, o no cumplen con los acuerdos celebrados, o no se logran las adecuaciones necesarias ante los cambios de la vida, se abre el camino hacia la reclamación judicial.

En la mayor parte de las jurisdicciones de nuestro país se exigirá que, previamente, se recurra al procedimiento de **mediación**, que es un medio alternativo de resolución de conflictos en el que las partes intentarán arribar a un acuerdo con la ayuda del **mediador**. Si ese procedimiento de mediación no arroja resultados positivos, se iniciará una acción judicial. Claro está que, en todos los casos, podrán solicitarse medidas urgentes de carácter provisorio (cautelares) para establecer, reanudar o preservar un sistema de comunicación que, de acuerdo con cada legislación local, se articulará ante el poder judicial prescindiendo de la mediación prejudicial.

**¿Quiénes pueden articular esta pretensión?** Pues bien, en general serán las personas legitimadas tanto sea en el ejercicio de un derecho subjetivo como quienes solo ostentan un interés legítimo, sin perjuicio de lo que señalaremos en el punto 5.1. respecto de la persona en situación de vulnerabilidad.

La normativa nos dice que “Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el **procedimiento más breve que prevea la ley local** y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias” (555). Como podemos inferir, ese procedimiento es fijado por cada provincia y por la CABA y el calificativo de “el más breve” se refiere al que esté previsto en cada código de procedimientos que permita obtener una decisión en el lapso más pequeño en tanto y en cuanto asegure el derecho de defensa. En muchos códigos procesales la denominación que recibe es la de **juicio sumarísimo**.

¿Qué debe probar quien reclama? Aquí vamos a hacer una distinción, si quien reclama es una de las “personas legitimadas” que ya mencionamos **-ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado-** es decir, aquellas que son titulares de un derecho subjetivo- van a tener que acreditar el vínculo de parentesco y las circunstancias de hecho propias de cada situación. Si se trata de los “otros legitimados”, la **madrina** o el **padrino**, en el ejemplo que dimos, deberá probar además que esa comunicación es conveniente para la persona con quien se pretende desarrollar la visita. Claro está que en el caso de las personas legitimadas también pueden aportar esa prueba, sin embargo, en ese caso la obligación de probar reposa en quien formuló la oposición y sostuvo que la comunicación pretendida podría acarrear “posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados”.

Como vimos en el punto anterior, en tanto los sistemas de comunicación son siempre **provisorios**, la sentencia judicial **no es nunca definitiva y puede ser modificada** en función de esos cambios de nuestras vidas a los que hemos aludido. Muchas veces escuchamos que se obtuvo una sentencia “definitiva” de “visitas” pero ello no significa que no pueda ser revisado, sino que tiene únicamente una connotación técnica procesal. La **adecuación o modificación** puede ser solicitada aun respecto de acuerdos privados no homologados.

Quien pretende lograr esa **modificación** deberá probar que se **alteraron las circunstancias** que fueron tenidas en cuenta a la hora de fijar judicialmente el sistema de comunicación o de acordarlo privadamente. En su caso, también deberá acreditarse la **conveniencia** de la modificación desde la mirada de los niños, personas con capacidad restringida, enfermos o imposibilitados.

Finalmente, al momento de ejercer la defensa en aquellos juicios donde se reclama la concreción del derecho a la comunicación, debemos recordar que se trata de un **derecho imprescriptible**, es decir, no se diluye por no hacer uso del él durante un cierto tiempo. La falta de reclamación del derecho a la comunicación y su consecuente no concreción tendrá efectos en los hechos y seguramente afectará a los vínculos interpersonales, pero no hace desaparecer el derecho a solicitar que se fije judicialmente.

### 5.1. La pretensión ejercida por la persona en situación de vulnerabilidad

Anteriormente dijimos que la persona en situación de vulnerabilidad es titular de un derecho a la comunicación con el pariente no conviviente. Consecuentemente, esa persona puede iniciar una acción tendiente a que se concrete ese derecho.

En primer término, la acción puede dirigirse contra el pariente no conviviente y los extremos a probar por parte de quien reclama pasarán sustancialmente por acreditar el vínculo de parentesco.

Es factible entonces que, a diferencia de lo que sucede en general, nos podamos encontrar con una madre que, en ejercicio de la responsabilidad parental y representando a sus hijos, inicie un juicio de debida comunicación contra el progenitor no conviviente, o que el juicio sea comenzado por una curadora en representación de su asistido.

Podrá preguntarse cuán efectiva será una sentencia que ordene establecer compulsivamente una comunicación. Quizá la respuesta sea “poco y nada”. Sin embargo, desde la perspectiva de la persona a cargo –por ejemplo, la progenitora que tiene asignado el cuidado personal unilateral- podrá responder



a sus hijos que intentó por todos los medios concretar su derecho a la identidad. Desde otro punto de vista, quedará probada la conducta antijurídica para luego fundar un juicio de reparación por daños y perjuicios.

En segundo lugar, la acción podrá dirigirse contra la propia persona que está a cargo del cuidado para que permita y no obstaculice el contacto con el pariente no conviviente. Como ya adelantamos, se trata de un supuesto complejo pero que cuenta con instrumentos jurídicos adecuados para viabilizarlo: abogado del niño, abogado de la persona con capacidad restringida, Ministerio Público, por ejemplo.

## 6. Los incumplimientos reiterados

La obstaculización del derecho a la debida comunicación en forma injustificada se presenta como una de las problemáticas con mayor presencia en los conflictos familiares judicializados. Es aquí donde vemos con mayor nitidez el carácter de **deber** jurídico cuya observancia pesa en quien tiene que facilitar la comunicación, es la otra cara del derecho a la comunicación.

Se trata de una conducta grave e importa un comportamiento **antijurídico** que puede dar lugar a **reclamaciones por daños y perjuicios** no solo por parte de quien pretende concretar al derecho a la debida comunicación sino también por la persona respecto de quien se impide el ejercicio de ese derecho.

La reiteración de incumplimientos, tanto sea que se concreten en impedir el vínculo o en poner obstáculos para su normal desarrollo, puede posibilitar un cambio en la persona a cargo del cuidado. Esta posibilidad puede ser palpable en el caso del derecho a la debida comunicación con hijos menores de edad **donde puede llegarse a ordenar un cambio en quien ejerce el cuidado personal**, pero esta misma circunstancia puede darse en relación con las personas mayores de edad que están al cuidado de quien obstaculiza el ejercicio normal de este derecho.

La normativa permite a los jueces “imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia” (557). Esas medidas razonables serán evaluadas y pautadas en cada caso concreto, sin que exista un listado de medidas posibles a ser adoptadas.

Un ejemplo de esas medidas son las “**sanciones conminatorias**” o “**astreintes**” (804, 1er p), las que -tal como vimos al tratar “alimentos” (ver cap. X, 1.10.1)- se traducen en una suma de dinero que el incumplidor debe abonar por cada día de incumplimiento –o por el período que se fije judicialmente- en favor del beneficiario del derecho.





Se han establecido otras medidas tendientes a obtener la regularización del sistema de comunicación, medidas que en general se muestran como restricciones o prohibiciones que se hacen pesar sobre las personas que incumplen. Algunas, como la suspensión en el cobro de la cuota alimentaria, deben ser debidamente sopesadas porque pueden acarrear perjuicios a las personas que están bajo el cuidado de la parte incumplidora. Una situación típica es la de la madre que impide el contacto de sus hijos menores y, para lograr la regularización, la otra parte solicita suspender el pago de la cuota alimentaria o el cobro cuando la misma es depositada en cuenta bancaria. Actualmente se tiende a desalentar este tipo de restricciones mediante su no convalidación judicial y, claro está, mediante el rechazo de este tipo de pretensiones, dado que para detener una vulneración de derechos (obstaculización de la comunicación) se recurre a otra vulneración (el no pago de la cuota alimentaria).

En otros casos se ha recurrido a establecer restricciones para salir del país en cabeza de quien obstaculiza el contacto, pautar sistemas de **contactos supervisados**, designación de tutores especiales, abordaje de disciplinas no jurídicas actuando de modo multi o interdisciplinario, en otras.

Los **encuentros supervisados** suelen ser establecidos no sólo para casos de obstaculización del contacto sino también en aquellos en los que se han registrado lapsos prolongados de carencia de contactos, ya sea por ausencias o como consecuencia de una obstaculización pertinaz. En ese orden, la supervisión puede darse en el seno del propio poder judicial o recurrirse a organizaciones tanto públicas como privadas que permiten viabilizar, mediante la asistencia de disciplinas no-jurídicas, la concreción de contactos en casos muy complejos. No puede soslayarse tampoco la importancia que tienen las organizaciones no gubernamentales, las escuelas, los clubes de barrio y demás instituciones intermedias como canalizadores adecuados para destrabar algunos conflictos severos.

Una arista extremadamente compleja la vamos a encontrar en familias atravesadas por situaciones de **violencia familiar o de género** en las que la concreción de los contactos se ve marcadamente afectada. En cada caso específico se deberá evaluar cómo ese marco de violencia afecta al vínculo entre la persona no conviviente -generalmente denunciado por violencia- y quienes son titulares primarios del derecho a la debida comunicación. Cuando ambas partes admiten la preservación el vínculo con los hijos, por ejemplo, se suele recurrir a algunas alternativas que lo viabilicen y ayuden a superar la situación de violencia, como sucede con la colaboración de familiares o de amigos.

### 6.1. El delito de impedimento u obstrucción de contacto

El **derecho penal** establece una pena de un mes a un año “al padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes” (L. 24.270, 1°), agravándose la pena (de seis meses a tres años) “si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado”. Se tipifica además otra conducta para “el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial” (L. 24.270, 2, 1er p), penas que se agravan - al doble del mínimo y a la mitad del máximo- “si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización” (L. 24.270 2° p). Ahora bien, estos delitos tipificados en el derecho penal **solo abarcan los casos de derecho a la comunicación entre hijos menores de edad y sus progenitores no convivientes** y no al resto de las situaciones que anteriormente hemos comentado.

Se trata de un **delito dependiente de instancia privada** (CP. 72, 3), es decir, la conducta tipificada no puede ser perseguida de oficio, sino que requiere necesariamente de una denuncia por parte de la persona afectada.

La ley faculta al juez penal para disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres (L. 24.270, 3, 1), o determinar, de ser procedente, “un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido” (L. 24.270, 3, 2).

En tanto la concreción del derecho de fondo es una materia propia del fuero de familia, la norma ordena al juez penal la remisión de los antecedentes a dicho fuero.

### 7. El derecho a la debida comunicación y los casos vinculados a países extranjeros

Nos remitimos al punto 11 del capítulo IX y al punto 9 de la Introducción.

## Capítulo XII

### Violencia de género y violencia familiar

#### 1. Diferencias entre violencia familiar y de género

Todos somos conscientes que convivimos en una sociedad atravesada por la violencia. También palpamos, en nuestra vida cotidiana, que las relaciones violentas se dan tanto en el seno de las familias como por fuera de las mismas. aun cuando intentemos conformar familias preservadas de todo tipo de vínculo violento, lo cierto es que la violencia ingresa en nuestros hogares por múltiples vías, entre ellas nuestra propia cultura y nuestro propio lenguaje.

Sin embargo, ninguno de estos datos es novedoso, podemos hallar vínculos familiares violentos y violencia hacia las mujeres en su condición de tales a lo largo de toda nuestra historia. La enorme diferencia entre la actualidad y nuestro pasado reciente pasa por la visibilización de la problemática y la generación de mecanismos sociales para enfrentarla y tratar de superarla, todo ello como consecuencia de una lucha social que no ha cesado.

En muchas oportunidades suele confundirse la **violencia de género con la violencia familiar**. Vamos a intentar acercar una diferenciación que no se queda en un marco teórico, sino que tiene implicancias prácticas.

Para referirnos a la **violencia de género** hagamos, en primer término, un leve esbozo de aquello que entendemos por género. Una forma sencilla de abordar este concepto pasa por diferenciarlo de **sexo** cuyo contenido radica esencialmente en las características biológicas y anatómicas de los seres humanos. Desde la perspectiva del sexo los seres humanos somos **hombres y mujeres**. Por su parte, el **género** va más allá de esa mirada biológica y reposa en la construcción que cada cultura hace en relación a las características propias, atributos, roles, comportamientos que se asigna a cada sexo y que va variando a lo largo del tiempo. Desde ese lugar podemos inferir que no sólo existe el género masculino y el género femenino.

Vamos a utilizar aquí en forma indistinta los conceptos de “violencia de género” y de “violencia contra las mujeres” a partir de focalizar la problemática de género en el género femenino, tal como surge de las categorías académicas más aceptadas y de la propia legislación vigente en la materia. En ese sentido, podemos asirnos de la caracterización dada por la Comisión Interamericana



de Derechos Humanos respecto de la **perspectiva de género**, a la que refiere “**como un concepto que visibiliza la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres y niñas a los hombres, debido a su género**”. Ello no implica que las personas que no pertenezcan al género femenino o que sufran una situación de violencia que no se funde en cuestiones de género, no reciban protección y tutela por parte del Estado. Entonces, la **violencia de género o violencia contra la mujer** la encontraremos en aquellas situaciones donde la agresión se dirija **contra una mujer en su condición de tal** y en función de una **relación desigual** entre la persona agresora y la persona agredida.

La **violencia familiar** es aquella que se produce entre integrantes de una misma familia, generalmente en su seno y entre quienes conviven.

A partir de estos conceptos -muy genéricos e imprecisos pero gráficos- podemos inferir que puede haber **violencia de género que sea además violencia familiar** como así también **violencia familiar que no sea violencia de género y violencia de género que no sea familiar**.

Vamos a tomar algunos pasajes de la obra de teatro “¿Cuánto tiempo es un tiempito?” de mi autoría:

*(Juez) ¿Usted me pregunta con sinceridad por qué razón ordené que su hija permanezca en la casa de su futuro consuegro?*

*(El jefe de familia) ¡Claro! ¡Yo soy el padre, el jefe de mi familia! ¿Y usted ni siquiera me deja acercarme a mi hija?*

*(Juez) A ver, ella dice que usted le pegó una cachetada, que la corrió con el cinturón en la mano y le dio un cintazo y que no la golpeó más porque pudo escapar a la casa de su novio...*

*(El jefe de familia) Sí, todo eso es cierto. Pero, doctor, mi hija tiene diecisiete años y sabe muy bien que no puede salir de noche con esa vestimenta ni volver a esas horas. No solo no me hizo caso, sino que después no fue a hablar con el sacerdote. Nuestra religión no permite esas conductas y ante cada falta debemos ir al Templo a hablar con él.*

*(Juez)- ¿Su religión avala castigar físicamente a los hijos? ¿Permite darles cintazos?*

*(El jefe de familia) No, no. (Silencio) Déjeme pensar, creo que no.*

*(Juez) Ajá, bien, ¿qué le dijo el sacerdote a usted cuando le contó lo del cintazo?*

*(El jefe de familia) ¿A mí? ¿Por lo del cintazo? Bueno, no se me ocurrió que yo tenía que ir.*



Veamos este monólogo:

*La casita la construimos con un crédito del Banco Hipotecario. Ahí nacieron nuestras hijas. La mayor, bueno, la mayor se fue. La más chica se casó y tuvo dos pibes. De mi yerno mejor ni hablar. A los pibes los criamos nosotros porque mi hija... ¡Ay mi hija! Ahora se juntó con otro tipo peor que el marido. Un vago, un vividor. Mi nieto el mayor se fue a San Pablo y allá está. Ni nos habla. Pero el más chico se quedó con nosotros. La jubilación no alcanza para nada y desde hace un tiempo el pibe se empezó a juntar con un grupito que para qué le voy a contar. Se nos meten en la casa, se emborrachan, fuman. Mi mujer y yo quedamos arrinconados en nuestra pieza. No damos más pero mi señora no lo ve. Lo apaña. ¿Ve este moretón, lo ve? Hace unos días el pibe me torció el brazo para que le diera plata. Usted nos dice que lo van a sacar y me dice que la ley me da la razón. Pero señora, ¿Y después? ¿Qué hay después?*

Aquí hay una situación de violencia pero que se basa, principalmente, en la vulnerabilidad en la que se encuentran los dos ancianos y no de la mujer en su carácter de tal, con lo que es **violencia familiar pero no de género**.

Finalmente, vamos a leer este monólogo que seguramente nos generará otras preguntas:

*Yo soy mujer y siempre fui mujer. Lo que pasa es que no lo quería ver. ¿Sabe lo que me costó decir en mi casa que me gustaban los hombres? Hasta que lo encontré a él. Primero nos juntamos, un tiempo después nos casamos. Y él era un tipo excelente conmigo. Dejé mi trabajo y la Facultad. Hasta nos anotamos en el registro de adoptantes para tener un nene. O una nena. Ahí me cayó la ficha, me sentía madre, una madre, no un padre. Para darle la sorpresa, un día fui al Registro Civil, así sin decirle nada, y me hice el cambio de género. A la noche lo recibí vestida de mujer, le mostré el documento y le dije que quería empezar un tratamiento para después operarme. Él lo miró, se quedó pensando y me contestó que él estaba enamorado de un hombre, no de una mujer. Hace ya seis meses que no me habla, no me mira, no me toca, me deja la plata justa para comer. ¡Ni para el colectivo tengo! ¿Y usted me pregunta qué quiero? No lo sé, señora, no lo sé. Porque usted me mira con ojos de pena ¿y sabe?, no es la mirada que busco.*

Vamos a dejar solamente algunas preguntas: ¿la situación denunciada es atravesada por la problemática de género? ¿hay un vínculo violento entre ambos? ¿en qué se traduce? ¿es también violencia familiar?

## 2. La violencia contra las mujeres o violencia de género

El abordaje jurídico de los derechos de las mujeres, con especial atención a la problemática de género con el alcance que hemos referido en el punto anterior, cuenta con un importante conjunto de normas. Así, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, 1979), que ostenta jerarquía constitucional (CN, 75, 22) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994).

A ello, debemos sumar el claro mandato constitucional de atención a las personas en **situaciones de vulnerabilidad** que emerge de nuestra Constitución Nacional en tanto atribuye al Congreso de la Nación “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**” (CN, 75, 23)

Centraremos nuestra mirada en la “**ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales**” (L. 26.485) en función de su alto contenido pedagógico que, tal cual veremos en los puntos siguientes, permite, mediante el uso de un lenguaje sencillo, delimitar y describir los distintos tipos y modalidades generales de violencia contra la mujer o violencia de género, sin perjuicio de las importantes normas reglamentarias y dispositivas con las que cuenta. Es **importante resaltar** que tanto los tratados de derechos humanos más arriba mencionados como la propia ley que vamos a comentar, sumadas a otras leyes vinculadas con la perspectiva de género, **receptan y comprenden a una problemática mayor** que excede ampliamente lo jurídico.

Vamos al análisis de la ley 26.485: se trata de una norma de **orden público** -recordemos que el orden público hace al conjunto de principios básicos de nuestra sociedad cuyo contenido no es modificable por acuerdos privados y sus normas son absolutamente obligatorias para todos- que busca **promover y garantizar**:

- ✓ “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida” (L. 26.485, 2, a);
- ✓ “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia” (L. 26.485, 2, b);
- ✓ “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus

manifestaciones y ámbitos” (L. 26.485, 2, c);

- ✓ “el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres” (L. 26.485, 2, d);
- ✓ “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (L. 26.485, 2, e);
- ✓ “el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia” (L. 26.485, 2, f);
- ✓ “la asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia” (L. 26.485, 2, g).

La propia normativa establece que **garantiza** “todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (L. 26.485, 3) pero en especial resalta los derechos a:

- ✓ “una vida sin violencia y sin discriminaciones” (L. 26.485, 3, a);
- ✓ “la salud, la educación y la seguridad personal” (L. 26.485, 3, b);
- ✓ “la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial” (L. 26.485, 3, c);
- ✓ “que se respete su dignidad” (L. 26.485, 3, d);
- ✓ “decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” (L. 26.485, 3, e);
- ✓ “la intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento” (L. 26.485, 3, f);
- ✓ “recibir información y asesoramiento adecuado” (L. 26.485, 3, g);
- ✓ “gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad” (L. 26.485, 3, h);
- ✓ “gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley” (L. 26.485, 3, i);
- ✓ “la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres” (L. 26.485, 3, j);
- ✓ “un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización” (L. 26.485, 3, k).



## 2.1. Las definiciones de la ley

Nuestra normativa nacional define a la **violencia contra las mujeres o violencia de género** como “toda conducta, por acción u omisión, basada en **razones de género**, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en **una relación desigual de poder**, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal”, incluidas las conductas perpetradas desde el Estado o por sus agentes (L. 26.485, 4).

Como vemos, la definición hace hincapié en dos características palpables: la cuestión de género en la que se basa la conducta desplegada y la relación desigual de poder entre víctima y victimario.

La ley define **violencia indirecta** como “toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón” (L. 26.485, 4, 2° p). Si existe una violencia indirecta es porque hay otra que es directa y más fácil de identificar, por ejemplo, la violencia física. En cambio, cuando la violencia es ejercida por un sujeto indeterminado o hacia un conjunto de personas indeterminadas, como puede suceder en el ámbito publicitario o mediático o en las influencias difusas en materia de construcción de la opinión pública, la violencia es indirecta.

## 2.2. Tipos de violencia

La normativa distingue diferentes tipos de violencia contra la mujer y describe las formas en que esos tipos se manifiestan en los diferentes ámbitos de nuestra vida cotidiana. Vamos a abordar en primer término los **tipos de violencia**. Huelga decir que la descripción de tipos no es un fin en sí mismo; por el contrario, los tipos se muestran como una herramienta útil para poder identificar situaciones de violencia. De su mera lectura podemos observar que cada uno de ellos supone la existencia de otros, con lo que no vamos a encontrar en las situaciones reales encuadres netos en un único tipo de los descriptos. Amén de lo expuesto, la ley solo hace una enumeración muy detallada de tipos que hasta hoy se han detectado mas no tienen ninguna pretensión de cerrar ese listado.

### 2.2.1. Violencia física

Se la define como “la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física” (L. 26.485, 5, 1).



Un gran número de denuncias de violencia -tanto familiar como de género- se componen por relatos de hechos típicos de violencia física. Si bien, en muchas ocasiones, la agresión puede ser observada a simple vista -un golpe de puño en el rostro, quemaduras con cigarrillos en los brazos, manos, pies, pellizcos, moretones- en otras ocasiones su constatación importa algún grado de invasión a la privacidad, extremo que obliga a un manejo cauteloso y prudente por parte de quienes se asuman a la gestión de la denuncia.

### 2.2.2. Violencia psicológica

Es aquella que “causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia, sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación” (L. 26.485, 5, 2).

La violencia psicológica **atraviesa a todos los tipos de violencia directa** y es la más frecuente de las denunciadas. Amén de ello, suele ser también la más difícil de acreditar cuando no es acompañada de violencia física o mediante otros elementos probatorios que permiten inferirla como sucede cuando se da **acoso mediante el uso de redes sociales, acoso cibernético, publicación de fotografías o videos obtenidos en la intimidad**, entre otros. Ahora bien, cuando el maltrato psicológico es recibido en el ámbito reducido del hogar, mediante frases dichas al oído en un clásico ejemplo, la comprobación requerirá de la asistencia de profesionales especializados (psicólogos, psiquiatras, psicopedagogos), **sin perjuicio de la adopción de medidas urgentes** a partir del relato recibido.

### 2.2.3. Violencia sexual

La normativa la describe como “cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres” (L. 26.485, 5, 3).



Es importante destacar la amplitud del concepto legal vinculado a la violencia sexual, dado que en muchas ocasiones se suele reducir el mismo a situaciones marcadamente nítidas como los casos de violación o de abuso directo. Una arista que entendemos cabe destacar pasa por la violencia sexual dentro del matrimonio dado las dificultades que se observan a la hora de identificar esas conductas como conductas violentas para ciertos sectores de nuestra sociedad.

#### **2.2.4. Violencia económica y patrimonial**

Es aquella “que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de (L. 26.485, 5, 4): a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo”.

Dentro del fuero de familia una de las formas de sometimiento económico y de consecuente violencia se observa en la falta de pago de las cuotas alimentarias, cuando ello no responde a imposibilidades reales y concretas, como así también en las diversas maniobras a las que suele recurrirse para evitar una correcta cuantificación o cobro de esas obligaciones.

Asimismo, dentro de las familias matrimoniales o convivenciales, especialmente en aquellas formadas por adultos mayores, se registran situaciones de poder y de sometimiento a partir de ser uno de los convivientes o cónyuges quien obtiene los ingresos familiares y restringe al otro el acceso a medios de subsistencia, en algunos casos mínimos.

#### **2.2.5. Violencia simbólica**

La ley la tipifica como “la que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad” (L. 26.485, 5, 5).

Veamos este monólogo de “¿Cuánto tiempo es un tiempito?”:

*Me fui de mi abuela porque no me los banco más. Hace un rato me llamaron para decirme que me van a ir a buscar. ¡Por favor! ¡No los quiero*



*ver ni a cinco metros! ¿Si mi papá y mis hermanos me pegaron? No, no. Jamás. Nunca. A mamá tampoco. Ellos no son malos tipos... ¿Cómo te explico?: Todos los días, de todo el año, mi mamá y yo nos levantamos temprano para preparar el desayuno a mi papá y mis tres hermanos. Los despertamos y le tenemos preparada su ropa. Durante la semana mi papá se va a trabajar y mis hermanos a la Facultad. Nosotras nos quedamos limpiando, o acomodando las cosas, depende el día. Después hacemos el almuerzo, cuando ellos llegan comemos, después lavamos los platos mientras mi papá duerme la siesta y mis hermanos miran televisión o juegan con la Play. A la tarde tengo que ordenar las piezas, tender las camas, levantarles sus calzoncillos, sus medias, su ropa. Ponerla a lavar, tenderla, plancharla. Para después prepararles la cena. Claro, poner la mesa, servir la comida y cuando me siento, cuando me siento mi papá me dice “Nena, servime soda”, ¡Servime soda!, me dice.*

El estereotipo de la mujer reducida a las labores hogareñas y de los hombres dedicados al ocio en el hogar, surge del propio relato. Aquí se observa con claridad que, en general, la **violencia simbólica no es necesariamente acompañada de violencia física** y se muestra con un alto grado de dificultad a la hora de su acreditación (reiteramos: sin perjuicio de las medidas urgentes que puedan adoptarse en función del propio relato recibido).

### 2.2.6. Violencia política

Finalmente, la ley define a este tipo de violencia como aquella “que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones” (L. 26.485, 5, 6).

## 2.3. Las manifestaciones de la violencia contra la mujer

Como adelantamos en el punto anterior, la normativa también describe cuáles son las formas en que esos tipos de violencia se manifiestan en nuestra vida cotidiana. Distingue las siguientes:

### 2.3.1. Violencia doméstica contra las mujeres

Es “aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad,



el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, **no siendo requisito la convivencia**” (L. 26.485, 6, a).

Esta forma de expresión de la violencia de género se la vincula con la normativa específica sobre violencia familiar (ver 3 siguiente). Debemos tener presente que las leyes específicas sobre violencia familiar son de aplicación para aquellos casos que no encuadren dentro de las previsiones de la ley especial sobre violencia de género (L. 26.485, 42).

### **2.3.2. Violencia institucional contra las mujeres**

Es “aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil” (L. 26.485, 6, b).

### **2.3.3. Violencia laboral contra las mujeres**

Es “aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral” (L. 26.485, 6, c).

### **2.3.4. Violencia contra la libertad reproductiva**

Es “aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” (L. 26.485, 6, d).



La ley citada -25.673- tiene como objetivos, entre otros, prevenir embarazos no deseados, promover la salud sexual de los adolescentes, garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable y potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable (L. 25.673, 2). Prevé, entre otras transformaciones al modelo de atención de los servicios de salud la prescripción de métodos y elementos anticonceptivos de acuerdo con cada caso concreto, “aceptándose además las prácticas denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, requeridas formalmente como método de planificación familiar y/o anticoncepción” (L. 25.673, 6, b).

### 2.3.5. Violencia obstétrica

Es “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929” (L. 26.485, 6, e).

La ley citada por -25.929- establece, entre otras disposiciones, que “toda mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, tiene los siguientes derechos: a) A ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar durante esos procesos de manera que pueda optar libremente cuando existieren diferentes alternativas. b) A ser tratada con respeto, y de modo individual y personalizado que le garantice la intimidad durante todo el proceso asistencial y tenga en consideración sus pautas culturales. c) A ser considerada, en su situación respecto del proceso de nacimiento, como persona sana, de modo que se facilite su participación como protagonista de su propio parto. d) Al parto natural, respetuoso de los tiempos biológico y psicológico, evitando prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer. e) A ser informada sobre la evolución de su parto, el estado de su hijo o hija y, en general, a que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales. f) A no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación, salvo consentimiento manifestado por escrito bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética. g) A estar acompañada, por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto y postparto. h) A tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia en el establecimiento sanitario, siempre que el recién nacido no requiera de cuidados especiales. i) A ser informada, desde el embarazo, sobre los beneficios de la lactancia materna y recibir apoyo para amamantar. j) A recibir asesoramiento e

información sobre los cuidados de sí misma y del niño o niña. k) A ser informada específicamente sobre los efectos adversos del tabaco, el alcohol y las drogas sobre el niño o niña y ella misma” (L. 25.929, 2).

### **2.3.6. Violencia mediática contra las mujeres**

Es “aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres” (L. 26.485, 6, f).

### **2.3.7. Violencia contra las mujeres en el espacio público**

Es “aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo” (L. 26.485, 6, g).

### **2.3.8. Violencia pública-política contra las mujeres**

Es “aquella que, fundada en razones de género, mediando intimidación, hostigamiento, deshonra, descrédito, persecución, acoso y/o amenazas, impida o limite el desarrollo propio de la vida política o el acceso a derechos y deberes políticos, atentando contra la normativa vigente en materia de representación política de las mujeres, y/o desalentando o menoscabando el ejercicio político o la actividad política de las mujeres, pudiendo ocurrir en cualquier espacio de la vida pública y política, tales como instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones sociales, asociaciones sindicales, medios de comunicación, entre otros” (L. 26.485, 6, h).

## **2.4. El procedimiento**

Las normas sustanciales de la ley tienen vigencia en todo el país y no dependen de la adhesión de las provincias ni de la CABA. Ahora bien, en materia de normas procesales cada una de esas jurisdicciones conserva la posibilidad de dictar sus

propias normas o de adherir a las establecidas por la ley especial (L. 26.485, 1 y 19). Amén de ello, el esquema procesal general establecido en la ley 26.485 coincide, en gran medida, con los ordenamientos locales y con las normas sobre violencia familiar que han servido de antecedentes. Vamos a reseñar el sistema procesal pautado en la ley nacional:

Se establecen ciertas garantías mínimas que deben ser observadas por todos los organismos del Estado: gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado; obtener una respuesta oportuna y efectiva; ser oída personalmente por los jueces y por la autoridad administrativa competente; que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte; recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en la ley; protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones; participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa; recibir un trato humanizado, evitando la revictimización; amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos; oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial, y en caso de consentirlas y en los peritajes judiciales, el derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género; contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades (L. 26.485, 16).

Subrayamos que todas las actuaciones que se funden en esta ley especial **están exentas del pago de sellados, tasas, depósitos o cualquier otro impuesto** (L. 26.485, 39). Ahora, en materia de **costas** -es decir los honorarios de los abogados intervinientes y los gastos del juicio- rigen las normas generales que en el orden nacional indican que “la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado” (CPCCN, 68), mas los jueces pueden “eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad”.

#### 2.4.1. La denuncia

El procedimiento, que debe ser gratuito y sumarísimo (L. 26.485, 20) se inicia mediante la radicación de una **denuncia oral o escrita por violencia contra la mujer** que puede ser efectuada ante cualquiera de los jueces de cualquier fuero





y de cualquier instancia, como así también ante el Ministerio Público (L. 26.485, 21). También puede realizarse una **exposición ante la policía**, la que debe remitirla a la autoridad judicial competente dentro de las 24 horas (L. 26.485, 23). En todos los casos, debe ser recibida en un lugar que brinde privacidad y contención a la víctima y ser evitadas las **reiteraciones innecesarias del relato**.

En general será la propia víctima quien denuncia mas también se puede canalizar por otras personas, debiéndose preservar la identidad del denunciante (L. 26.485, 21, 2° p). La legislación prevé que las denuncias puedan ser efectuadas por:

- ✓ “la mujer que se considere afectada o su representante legal sin restricción alguna” (L. 26.485, 24, a);
- ✓ “la niña o la adolescente directamente o través de sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (L. 26.485, 24, b; ver cap. II);
- ✓ “cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad, o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla” (L. 26.485, 24, c);
- ✓ “en los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia y, si es efectuada por un tercero, se citará a la mujer para que la ratifique o rectifique en veinticuatro horas. La autoridad judicial competente tomará los recaudos necesarios para evitar que la causa tome estado público” (L. 26.485, 24, d).

Si se trata de “personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley” tienen la obligación de formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito (L. 26.485, 18). Ahora bien, la ley establece la obligatoriedad de la **denuncia penal** para “toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito” (L. 26.485, 24, e).

Corresponde poner de relieve que en toda instancia del proceso debe ser admitida la presencia de acompañantes ad honorem con el único objeto de preservar la salud física y psicológica de la mujer y en tanto ella lo solicite (L. 26.485, 25).

Asimismo, la ley prevé que los funcionarios policiales, judiciales, agentes sanitarios, y funcionarios públicos en general, a quienes acudan las mujeres





afectadas, tienen la obligación de informar sobre: “a) Los derechos que la legislación le confiere a la mujer que padece violencia, y sobre los servicios gubernamentales disponibles para su atención; b) Cómo y dónde conducirse para ser asistida en el proceso; c) Cómo preservar las evidencias” (L. 26.485, 36).

#### 2.4.2. Jueces competentes

Los jueces **competentes** para entender en estas causas son aquellos que lo sean “en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate” (L. 26.485, 22). Así, si la violencia de género se produjo en el seno de una familia, los jueces competentes serán aquellos que tengan asignado el abordaje de casos de violencia doméstica, en cambio si la violencia de género se produjo en un vínculo laboral de dependencia pues lo serán los jueces en lo laboral. Sin embargo, no debemos olvidar que las **medidas urgentes** pueden ser adoptadas **aun por jueces incompetentes** (L. 26.485, 22, 2° p) y por otros funcionarios a quienes las leyes habiliten para ello. En ese sentido, algunos ordenamientos provinciales permiten a los **fiscales** a adoptar medidas de restricción de acercamiento, por ejemplo, en el marco de una investigación por la comisión de un delito. En ese punto, **los jueces penales** también pueden adoptar medidas urgentes.

#### 2.4.3. Medidas urgentes que pueden ser adoptadas

¿Cuáles son las **medidas urgentes** que pueden ser adoptadas por los jueces, tanto a pedido de parte como de oficio, es decir, por su propia iniciativa?:

- ✓ “ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia” (L. 26.485, 26, a.1);
- ✓ “ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer” (L. 26.485, 26, a.2);
- ✓ “ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos” (L. 26.485, 26, a.3);
- ✓ “prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión” (L. 26.485, 26, a.4);
- ✓ “proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia, cuando así lo requieran, asistencia médica o psicológica, a través de los organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil con

formación especializada en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres” (L. 26.485, 26, a.5);

- ✓ “ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer” (L. 26.485, 26, a.6);
- ✓ “ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer” (L. 26.485, 26, a.7).

Para el caso específico de **violencia doméstica contra las mujeres**, se prevén estas medidas, que se suman a las anteriores:

- ✓ “prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales o los comunes de la pareja conviviente” (L. 26.485, 26, b.1);
- ✓ “ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma” (L. 26.485, 26, b.2);
- ✓ “decidir el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor” (L. 26.485, 26, b.3);
- ✓ “ordenar a la fuerza pública, el acompañamiento de la mujer que padece violencia, a su domicilio para retirar sus efectos personales” (L. 26.485, 26, b.4);
- ✓ “en caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia” (L. 26.485, 26, b.5);
- ✓ “en caso de que la víctima fuere menor de edad, el/la juez/a, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, puede otorgar la guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad” (L. 26.485, 26, b.6);
- ✓ “ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas, actualmente sistema de comunicación” (L. 26.485, 26, b.7);
- ✓ “ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los/as hijos/ as” (L. 26.485, 26, b.8);

- ✓ “disponer el inventario de los bienes gananciales y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno” (L. 26.485, 26, b.9);
- ✓ “otorgar el uso exclusivo a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente, del mobiliario de la casa” (L. 26.485, 26, b.10).

Los jueces pueden adoptar una de estas medidas o más de una al mismo tiempo (L. 26.485). La norma establece que deben pautarse a **su duración de acuerdo con las circunstancias del caso**, y debiendo establecer un plazo máximo de duración de las mismas, por auto fundado.

La decisión de otorgar o no la medida deberá ser dispuesta por los jueces sobre la base de entender que se trata de procedimientos urgentes que imponen una respuesta inmediata, aun cuando se deba peticionar la aportación de mayores elementos. En ese orden, se debe tener en cuenta cuál es la situación concreta de la denunciante y ponderar adecuadamente los riesgos potenciales a la que puede verse sometida. En aquellos casos en los que el propio relato y de las circunstancias expuestas no permitan expedirse sin una duda razonable, los jueces pueden recurrir a todos los medios de prueba disponibles, hayan sido o no ofrecidos por la denunciante. En ese orden, la comunicación telefónica con las maestras, directoras de escuela, enfermeras, pediatras, directivos de centro de salud, organizaciones barriales, clubes, pueden aportar valiosísima información a quien tiene que tomar la decisión.

#### 2.4.4. Continuidad del procedimiento. Prueba. Resolución. Recursos

Luego de librada la medida, la misma tiene que ser **notificada a la persona denunciada como agresora** como así también a los organismos estatales pertinentes, con especial atención a la policía, en tanto deban hacer cumplir lo ordenado por los jueces. Esta notificación es **importantísima** dentro del procedimiento tanto para la denunciante como para la persona denunciada. En el primer caso, permite articular los mecanismos de protección necesarios a efectos de no colocar a la víctima en una potencial situación de desamparo. En el segundo, en tanto habilita el derecho de defensa y anoticia de las eventuales consecuencias negativas que le acarrearán el incumplimiento al menos hasta que la medida sea revisada.

La persona denunciada debe **presentarse en el proceso** y puede interponer todos los recursos judiciales que considere pertinente para lograr la revocación de lo ordenado o su revisión. Sin perjuicio de ello, la ley establece que los jueces deben fijar una audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas desde que libró las medidas o desde que tomó conocimiento de la denuncia si es que



nada hubiese dispuesto (L. 26.485, 28). El presunto agresor está obligado a comparecer bajo apercibimiento de ser llevado ante el juzgado con auxilio de la fuerza pública (L. 26.485, 28, 2° p).

La audiencia debe ser tomada por los jueces en forma personal bajo sanción de nulidad y las partes deben ser escuchadas por separado, también bajo pena de nulidad. Las audiencias de mediación o de conciliación están prohibidas (L. 26.485, 28, últ. p). Si la víctima de violencia fuere niña o adolescente deberá contemplarse lo estipulado por la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (L. 26.061, ver cap. II).

La ley hace hincapié en la posibilidad otorgada a los jueces de requerir informes a los equipos interdisciplinarios “para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre”, informes que deben ser remitidos en cuarenta y ocho horas a efectos de que pueda aplicar otras medidas, interrumpir o hacer cesar alguna de las adoptadas (L. 26.485, 29). En ese orden, también pueden ser sopesados “los informes que se elaboren por los equipos interdisciplinarios de la administración pública sobre los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro” y de ese modo evitar la revictimización, como así también “considerar informes de profesionales de organizaciones de la sociedad civil idóneas en el tratamiento de la violencia contra las mujeres” (L. 26.485, 29).

La norma otorga a los jueces **amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso** y “disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor, y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material” (L. 26.485, 30).

En **materia de pruebas** rige “el principio de **amplia libertad** probatoria para acreditar los hechos denunciados” (L. 26.485, 31), por ejemplo, se pueden tomar testimonial, realizar informes ambientales, aportar mensajes o audios enviados por redes sociales, comunicaciones con organismos de denuncias o con teléfonos de urgencia, informes de organismos públicos o de organizaciones no gubernamentales. Se puede recurrir también a las **presunciones**, es decir, al convencimiento que pueden lograr los jueces de la existencia de un hecho, aun cuando no cuente con una prueba directa, si toma en cuenta otros hechos relacionados (indicios) que, a tal fin, deben ser graves, precisos y concordantes.

Si las medidas adoptadas fueran **incumplidas**, los jueces pueden “evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar



otras” (L. 26.485, 32) y si fueran **nuevamente incumplidas**, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, los jueces pueden aplicar algunas de estas sanciones:

- ✓ “advertencia o llamado de atención por el acto cometido” (L. 26.485, 32, a);
- ✓ “comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor” (L. 26.485, 32, b);
- ✓ “asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas” (L. 26.485, 32, c).

Claro está que, si **el incumplimiento configura desobediencia u otro delito**, se debe poner el hecho en conocimiento de los jueces penales o de los fiscales según el ordenamiento procesal penal local. Debemos recordar aquí que el artículo 239 del Código Penal dispone que “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

En materia de **recursos** contra las decisiones adoptadas, es decir en cuanto a las presentaciones que puedan efectuar las personas involucradas para que sean revisadas por otros jueces esas decisiones, la legislación prevé que las “resoluciones que concedan, rechacen, interrumpan, modifiquen o dispongan el cese de alguna de las medidas preventivas urgentes o impongan sanciones, **serán apelables dentro del plazo de tres (3) días hábiles**” (L. 26.485, 33). Si la decisión apelada **otorga medidas preventivas**, el recurso presentado **no suspende** la ejecución de lo ordenado, es decir, se cumple sin perjuicio de lo que con posterioridad resuelvan los jueces revisores. Ahora bien, si la medida apelada ha ordenado **la interrupción o cese de una medida**, el recurso **suspende** la ejecución de la medida y en consecuencia no rige la interrupción o cese hasta tanto se expidan los jueces revisores.

La legislación también prevé que los jueces controlen “la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea a través de la comparecencia de las partes al tribunal, con la frecuencia que se ordene, y/o mediante la intervención del equipo interdisciplinario, quienes elaborarán informes periódicos acerca de la situación” (L. 26.485, 34).

Sin perjuicio del derecho a la **reclamación de indemnización por daños y perjuicios sufridos** que tiene la víctima conforme al derecho común, la ley lo subraya mediante un artículo especial que reconoce tal derecho (L. 26.485, 35).

### 3. La violencia doméstica o familiar

Como vimos en el punto anterior, la legislación vinculada con la protección contra la violencia familiar o doméstica se aplica para todos aquellos casos de violencia que no encuadren dentro de la violencia de género.

En el orden nacional, rige la “ley de protección contra la violencia familiar” (L. 24.417) que data del año 1994 mientras que cada jurisdicción local cuenta con sus propias leyes protectorias.

La ley nacional citada establece que “Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho” (L. 24.417, 1).

El concepto fue actualizado y ampliado por las leyes provinciales como así también en la práctica tribunacional. Hoy en día esa actualización viene dada por la definición de **violencia doméstica** contenida en la ley de violencia de género y que comentáramos en el punto 2.3.

El esquema procedimental pautado por la ley de violencia familiar es muy similar al que prevé la ley de violencia de género. En ese orden, el inicio del procedimiento se basa en la **denuncia** de persona interesada. La ley establece que “cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público” (L. 24.417, 2).

También se contempla que los jueces requieran “un diagnóstico de interacción familiar efectuado por peritos de diversas disciplinas para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia. Las partes podrán solicitar otros informes técnicos” (L. 24.417, 3).

Dentro de las medidas que pueden adoptar los jueces, cuya duración debe ser pautada conforme los antecedentes de la causa, se establecen las siguientes:

- ✓ “ordenar la exclusión del autor, de la vivienda donde habita el grupo familiar” (L. 24.417, 4, a);

- ✓ “prohibir el acceso del autor, al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo o estudio” (L. 24.417, 4, b);
- ✓ “ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor” (L. 24.417, 4, c);
- ✓ “decretar provisoriamente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos” (L. 24.417, 4, d).

Luego de notificada la medida, los jueces deben convocar, dentro de las 48 horas, “a las partes y al Ministerio Público a una audiencia de mediación instando a las mismas y su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos” (L. 24.417, 5). En este punto, es necesario subrayar que, si se tratare de una situación de violencia de género, la ley especial prohíbe las audiencias de conciliación o mediación como así también la presencia de denunciante y denunciado en una misma audiencia.





## Anexo

### La protección de la vivienda

En los capítulos anteriores, especialmente en los vinculados con el matrimonio y con las uniones convivenciales, nos hemos referido a la **vivienda familiar** y a los distintos sistemas jurídicos diseñados para su protección.

Aquí vamos a abordar la **protección de la vivienda** en general, tanto aquella donde habita una familia como en la que lo hace una persona sola o varias personas que no son familiares entre sí.

Reseñemos brevemente algunos de los aspectos ya estudiados respecto de la **vivienda familiar**:

Hemos abordado las normas que permiten la atribución de la vivienda familiar a alguno de los cónyuges (ver cap. III, 7.4) y también a alguno de los convivientes (ver cap. V, 7.2), si bien con distintos alcances. En el caso de las uniones convivenciales, hemos analizado también la particular situación que se da en los casos de muerte del conviviente propietario del inmueble donde radicaba la vivienda familiar y el derecho real de habitación que le otorga nuestra legislación al conviviente sobreviviente (ver cap. V, 7.2.1).

Ahora bien, debemos destacar que esa atribución se relaciona con **el uso de la vivienda familiar**, no con la titularidad del inmueble donde se asienta la familia, dado que la vivienda familiar puede estar radicada en un inmueble alquilado o prestado por un familiar o amigo, por ejemplo.

En otro orden, hemos analizado que el sistema de protección de la vivienda familiar exige el asentimiento del otro cónyuge para disponer del inmueble o de los muebles indispensables o transportarlos fuera del mismo, (ver cap. IV, 2.2.2, a) o del otro conviviente para el caso de las uniones convivenciales inscriptas (ver cap. V, 5.2.4). Asimismo, prohíbe la ejecución de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio (ver cap. IV, 2.2.2, b) o luego de la inscripción de la unión convivencial (ver cap. V, 5.2.4).

Las normas que vamos a glosar seguidamente se relacionan con la **vivienda** en tanto el inmueble donde se asienta es de **titularidad** de una persona o de un conjunto de personas, más allá de si habita allí una familia o lo hace solamente el propietario. Ahora bien, si se trata además de una vivienda familiar, las

disposiciones a las que nos hemos referido anteriormente se suman a las de este sistema si es que se decide incluir en él al inmueble donde convive la familia.

### 1. La afectación del inmueble asiento de la vivienda

La **afectación** de un inmueble para ser destinado a vivienda es lo que tradicionalmente hemos conocido como **bien de familia**, cuya vigencia data en nuestro país desde 1944. Hoy en día, el Código Civil y Comercial ha incluido una normativa más amplia, moderna y detallada, sin perjuicio de que las constituciones de bienes de familia por el sistema anterior conservan plenamente sus efectos.

Se trata de un **acto voluntario** que, en general, realiza el titular o los cotitulares de un inmueble (ver punto 4). En otras palabras, no se trata de una protección automática para todos los inmuebles destinados a vivienda sino que requiere de un acto jurídico específico que lo incluya dentro del sistema de protección.

La forma de concreción de la afectación se da mediante su **inscripción** en los registros de la propiedad inmueble de cada provincia y de la CABA (244, 2° p). En este punto, es importante subrayar que se trata de una gestión **gratuita** y que “los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación, **están exentos de impuestos y tasas**” (252, 2° p).

También es necesario señalar que esta gestión puede ser realizada **sin necesidad de contratación de un profesional** y que “la autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación” (253). Ahora bien, si intervienen profesionales porque las personas interesadas así lo han decidido, “**sus honorarios no pueden exceder en conjunto el uno por ciento de la valuación fiscal**” (254, 1er p).

### 2. El inmueble afectado

**Sólo se puede afectar un inmueble**, tanto sea por su totalidad o hasta una parte de su valor (244, 1er y 3er p) Si se opta por afectar una parte del valor del inmueble, la protección no alcanzará a la parte restante con lo que, en su caso, podría procederse a la ejecución del inmueble sobre la parte no afectada.

La legislación agrega que “si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término” (244, 3er p).

Si el inmueble afectado se enajena -ya sea mediante una venta, una

permuta, por ejemplo- y se adquiere otro inmueble, **la afectación se transmite a la vivienda adquirida** en sustitución de la originariamente afectada (248). Lo mismo sucede respecto de la indemnización que se perciba por un incendio, por ejemplo, o sobre el precio de la venta. Respecto de esto último, la legislación no establece un plazo para la reinversión de dichas sumas en la adquisición de un nuevo inmueble.

### 3. Destino del inmueble y su habitación efectiva

El inmueble **debe ser destinado a vivienda** (244, 1er p). La normativa no exige que sea ese su destino exclusivo, sino que también pueden establecerse otros en tanto y en cuanto se utilice como vivienda. Por ejemplo, puede afectarse un inmueble que sea la vivienda de una persona pero en el que también tenga un kiosco o ejerza una profesión liberal.

Se exige que haya **habitación efectiva por parte de al menos uno de los beneficiarios**, cuando la constitución es efectuada por el titular registral (247). Se prevé también que, en todos los casos, “para que los efectos subsistan, **basta que uno de los beneficiarios permanezca en el inmueble**” (247).

¿Es necesario que el propietario constituyente habite él mismo el inmueble? Claro está que si él es el único beneficiario deberá habitar el inmueble. También le es exigible cuando designe como beneficiarios a parientes colaterales (246, b) pero si muere el propietario bastará con que el pariente colateral continúe habitando para que subsistan los efectos (247).

También puede afectarse un **inmueble rural** en tanto “no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales” (256).

### 4. El propietario constituyente

El **propietario constituyente** es el **titular registral del inmueble**, si son varios titulares (condominio) deben solicitarlo conjuntamente (245, 1er p).

También puede **disponerse en un acto de última voluntad** (testamento) y, en ese caso, “el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o cono capacidad restringida” (245, 2° p).

Asimismo, “la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el **juicio de divorcio** o en el que resuelve las cuestiones relativas a la **conclusión de la convivencia**, si hay

beneficiarios incapaces o con capacidad restringida” (245, 3er p). Esta facultad no puede ser ejercida por los jueces por su propia iniciativa sino que alguna de las partes debe solicitárselo.

## 5. Los beneficiarios

Los **beneficiarios** son aquellas personas destinatarias del sistema de protección y que, como veremos, pueden oponer este beneficio frente a terceros y, por ejemplo, repeler la ejecución de la vivienda, entre otros aspectos.

Pueden ser **beneficiarios** las siguientes personas:

- ✓ “el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes” (246, a);
- ✓ “en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente” (246, b).

Es decir, **el propio constituyente puede ser beneficiario**, con lo que una persona propietaria de un inmueble que no tiene familia también puede afectar ese inmueble al sistema de protección que analizamos. Se da una particular situación respecto de los condóminos -copropietarios- que no son familiares entre sí pero que pueden realizar la afectación y designarse ellos mismos beneficiarios.

En el caso de los **parientes colaterales**, incluye tanto a los consanguíneos como a los parientes por afinidad (ver cap. VI). En este caso, se requiere que convivan con el constituyente al momento de la afectación.

En ningún caso el propietario instituyente, es decir, el que decide la afectación, pierde su carácter de tal, ni se genera ningún derecho de propiedad para los beneficiarios.

## 6. ¿En qué consiste la protección?

La protección consiste, principalmente, en la **imposibilidad de la ejecución** por deudas por parte de los acreedores del propietario **posteriores a la inscripción de la afectación** (249, 2º p). Ello no quiere decir que el inmueble sea inembargable, sino que no se puede ejecutar (rematar). Claro está que no puede ser opuesta contra los derechos de los acreedores anteriores (249, 1er p). Por ejemplo, si la inscripción de la afectación se realizó el 3 de agosto de 2016, los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a dicha fecha pueden lograr el remate del inmueble para cobrar sus acreencias impagas aun cuando

se trate de cuotas vencidas luego de la inscripción. Pero no pueden hacerlo quienes tengan créditos posteriores a ella, con excepción de los siguientes casos:

- ✓ “obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble” (249, a), por ejemplo, las deudas por expensas en el caso de edificios, por impuesto inmobiliario o por tasa de alumbrado barrido y limpieza podrán ser ejecutadas aun cuando se hayan producido con posterioridad a la inscripción;
- ✓ “obligaciones con garantía real sobre el inmueble”, constituida con la conformidad del cónyuge o del conviviente o con autorización judicial (249, b; ver 7), así, si el propietario constituyente obtuvo un crédito bancario y para garantizarlo constituyó una hipoteca con la conformidad de su cónyuge o conviviente o con autorización judicial, la deuda hipotecaria podrá ejecutarse sobre el inmueble en caso de falta de pago;
- ✓ “obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda” (249, c); de ese modo, si se ha contratado un arquitecto para hacer reformas en la casa o a un albañil para concretarlas y no se les abonan sus honorarios o el precio del servicio, tanto el arquitecto como el albañil podrán lograr el remate de la propiedad;
- ✓ “obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida” (249, d), las deudas por alimentos se podrán ejecutar sobre la vivienda afectada aun siendo posteriores a la inscripción en tanto estén destinadas a hijos menores de edad o que hayan sido declarados incapaces o se les haya restringido la incapacidad (ver cap. I, 5).

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución -es decir, los posteriores a la inscripción que no están detallados en las excepciones anteriores- “no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva” (249, 3er p). De ese modo, si el inmueble es rematado por un acreedor habilitado y luego de cancelado ese crédito queda un saldo, ese remanente no es atribuido a los acreedores no habilitados sino que debe ser entregado al propietario del inmueble (249, 4° p). Tampoco podrían hacerlo sobre el monto de una indemnización por incendio de la vivienda o sobre el precio de la venta de la misma.

Si el propietario instituyente se halla en un proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores anteriores y por los que más arriba hemos enumerado (249, últ. p).

## 7. Otros efectos

La legislación prevé otros efectos que son consecuencia de la afectación.

Así, el inmueble afectado **no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias**, excepto que favorezcan a los beneficiarios (250).

El inmueble, en el caso de propietario constituyente casado o que vive en una unión convivencial, se encuentra sometido a **una imposibilidad parcial de enajenación** (venta, permuta, donación) **y de constitución de gravámenes** (una hipoteca sobre ese inmueble, por ejemplo). La legislación nos dice que “Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente” (250). Es decir, no es que de modo alguno no se pueda vender u obtener un crédito hipotecario, por ejemplo, sino que basta para ello con la conformidad del otro cónyuge o conviviente o con la autorización judicial supletoria.

En otro orden, se establece que **los frutos que produce el inmueble son embargables y ejecutables** si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios (251).

Además, se pauta que “la vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la República, si ella opera a favor de los beneficiarios .... y no es desafectada en los cinco años posteriores a la transmisión” (252, 1er p).

Finalmente, respecto de los honorarios de los profesionales intervinientes en “juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos preventivos y quiebras... no pueden exceder del tres por ciento de la valuación fiscal” (254, 2° p).

## 8. Desafectación y cancelación de la inscripción

La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden en los siguientes casos:

- ✓ “a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente” (255, a);
- ✓ “a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge

supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos” (255, b);

- ✓ “a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior” (255, c);
- ✓ a instancia de cualquier interesado o de oficio, cuando no subsisten los recaudos previstos para la afectación, por ejemplo, se ha cambiado el destino del inmueble, o cuando “fallecen el constituyente y todos los beneficiarios” (255, d);
- ✓ en caso de expropiación, reivindicación o de ejecuciones autorizadas conforme vimos en el punto 5 (255, e).

