



Dossier doctrinario

Autores de Chubut



Primera Parte

Dra. Mariela Alejandra González de Vicel

Compilado por TSB Natalia Rodríguez y TSB María del Carmen Roldán
Una producción de la **Biblioteca de Tribunales Esquel**

Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne, en una primera parte, todos los trabajos doctrinarios realizados por la Dra. Mariela Alejandra González de Vicel, hasta el año 2015.

Dirección de Bibliotecas

Superior Tribunal de Justicia del Chubut

Dirección de Bibliotecas – Superior Tribunal de Justicia
Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut

biblio@juschubut.gov.ar

Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs

Biblioteca de Tribunales de Esquel

Av. Alvear 509 – Esquel – Chubut

biblioeg@juschubut.gov.ar

Teléfonos: (2945) 451417 – 450022. Int. 222

Horario de atención de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs.

Contenido

Sobre el autor.....	9
Niñas, niños y adolescentes. Escuchar o silenciar	14
Derecho a la convivencia familiar ¿Para Quién?.....	28
Región patagónica (1/2011).....	50
¿El progenitor matrimonial puede constitucionalmente ser obligado a ser padre?... o de cómo la ley se vuelve injusta	81
De perspectivas y opciones. Otra mirada para analizar las prestaciones compensatorias	115
Crónica : Ateneo de jueces de familia de la Provincia del Chubut	143
Los abogados y la niñez: claroscuros en clave de derechos.....	147
El rol del juez de familia en el derecho proyectado	177
Procesos de familia: dando forma a los derechos	203
El encastre legal entre las medidas de protección y adopción: un derecho en común	209
Guardas de hecho. Legislar o castigar	215
El reconocimiento de los derechos derivados de la afectividad y la realidad en el Código Civil y Comercial de la Nación – Trayectorias familiares ensambladas	257
El nuevo régimen de divorcio. Autonomía de la voluntad y orden público – El efecto mariposa.....	268
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 615	277
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 616	319
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 617	362
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 618	437
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 619	440
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 620.....	459
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 621	473
Tratado de Derecho de Familia. Comentario art. 622.....	503

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 623.....	509
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 624.....	533
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 625.....	544
Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 626.....	560
Régimen jurídico de la adopción: cuestiones de fondo	583
El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial	626
La litigación y el rol de los operadores en el programa procesal que plantea el nuevo ordenamiento civil y comercial	653
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts 403 a 409	661
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 410 a 415	699
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 416 a 422	721
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 423	746
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 634 a 637	749
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 712 a 715	796

Este ejemplar recopila todos los trabajos doctrinarios
publicados por la Dra. Mariela Alejandra González de Vicel
hasta el año 2015.

Sobre la autora



MARIELA A. GONZÁLEZ DE VICEL

Se recibió de abogada en la ciudad de La Plata y fue Secretaria del Juzgado Universal de Sarmiento con competencia en el ámbito civil, laboral e incluso penal. La impronta y compromiso en su trabajo la han convertido en una indiscutible referente de la justicia chubutense.

Desempeño laboral y profesional

Jueza de Familia de la ciudad de Esquel, cargo al que accedió por concurso en 2004.

Tutora de tesinas.

Jurado de concursos de cargos profesionales para el Poder Judicial y otros organismos vinculados.

Ejercicio de la docencia Universitaria

Formó parte de la Escuela de Capacitación, la Asociación de Magistrados y la UNLPSJB.

Destacada docente invitada en diplomaturas, posgrados, cursos de perfeccionamiento.

Reconocida autora de publicaciones vinculadas con el derecho de las infancias y las familias. Ha participado en numerosas obras de carácter colectivo, comentarios al CCyC y revistas especializadas.

Obras publicadas, en co-autoría, colaboración y/o obras colectivas

Intebi, Inere (comp.) *Maltrato de niños, niñas y adolescentes : investigación epidemiológica. Población infantil de Sarmiento, Provincia del Chubut*. Buenos Aires : Familias del nuevo siglo, 2006.

(Disponible en Bibliotecas Trelew, Esquel y Comodoro Rivadavia)

Ripa, Mariana (dir.) *Humanas con Derecho*. Buenos Aires : Dunken, 2011

Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (dir.) *El derecho de familia en Latinoamérica* (Tomo 2) Córdoba : Nuevo enfoque, 2012.

Herrera, Marisa; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lloveras, Nora (dir.) *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho de Familia*. Buenos Aires : La Ley- Thomson Reuters, 2014.

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (dir), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*. Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2014.

(Disponible en Bibliotecas Rawson, Esquel , Trelew, Puerto Madryn y Comodoro Rivadavia)

Caramelo Díaz, Gustavo; Herrera, Marisa y Picasso, Sebastián. *Código Civil y Comercial comentado*. (Tomo I) Buenos Aires : Infojus, 2015.

(Disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf)

Fernández, Silvia (Dir.) *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes : Visión constitucional, legal y jurisprudencial*. Santa Fe : Abeledo-Perrot, 2015.

Lorenzetti, Ricardo (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Tomo II y IV) Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2015.

(Disponible en Bibliotecas Rawson, Esquel y Comodoro Rivadavia)

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (Dir.). *Tratado de Derecho de Familia : actualización doctrinal y jurisprudencial*. Tomo V-B. 1ª ed. rev., Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2016.

(Disponible en Bibliotecas Trelew y Comodoro Rivadavia)

Benente, Mauro (coord) *Los derechos económicos, sociales y culturales en los superiores tribunales de provincia*. Editores del Sur, Edunpaz, 2018.

(Disponible en <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/23>)

Herrera, Marisa y Lorenzetti, Ricardo L.(Dir.) *Código Civil y Comercial explicado-Doctrina-Jurisprudencia- Derecho de Familia*. (Tomo II, arts. 594 a 723) 1ª ed. rev. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2019.

Fernández, Silvia (Dir) *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes. Visión constitucional, legal y jurisprudencial*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2020.

Herrera, Marisa; Fernández, Silvia y De la Torre, Natalia (dir) *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia* Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2020.

Herrera, Marisa; Gil Dominguez, Andrés y Giosa, Laura (Dir.). *A treinta años de la Convención sobre los derechos del Niño : Avances, críticas y desafíos*. ed. Ediar, 2020.

Herrera, Marisa (Dir). *Relaciones de familia y de géneros en la (pos) pandemia*, AAVV, Cáp. IX *Relaciones de familia y el rol del poder judicial* 1ª ed., Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2021.

(Disponible en Bibliotecas Rawson)

Rey Galindo, Mariana (Dir) *Derecho de las Familias : Temas de Fondo y Forma*. La incidencia de la interdisciplina. ConTexto, 2021.

Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa y Durán de Kaplan, Valeria (Dir.) *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias : aun lustro del Código Civil y Comercial*. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2021.

❖ **Contacto profesional:**

mvicel@juschubut.gov.ar

mariela_gonzalez13@hotmail.com

Niñas, niños y adolescentes. Escuchar o silenciar

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: Pensamiento Penal <https://bit.ly/3HDMHPg>

Publicado en: Revista Acceso a la justicia de niños víctimas: protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, víctimas o testigo de delitos o de violencia. Ju.Fe.Jus, ADC. UNICEF, 2010. Capítulo 6, p. 225-232.

[Consultado el: 26/08/2021]

La experiencia que deseo transmitir es incipiente en cuanto a la implementación de las nuevas técnicas provistas a partir del Convenio celebrado entre UNICEF y JUFEJUS, aunque no es posible realizar idéntica afirmación respecto de las entrevistas realizadas a niños, niñas y adolescentes (NNA) a lo largo del tiempo en que me desempeño trabajando en temáticas jurídicas vinculadas con ellos.

1. Un poco de la historia

Los juzgados de familia de la provincia de Chubut nacieron a la vida jurídica a partir del año 1997, y fueron provistos de tecnología suficiente para recibir las declaraciones de niños o niñas (en términos de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Así, por ejemplo, se acondicionaron cámaras Gesell en los tres juzgados de familia situados en las ciudades más importantes de la provincia (Comodoro Rivadavia, Trelew, Puerto Madryn y Esquel).

En razón de la oralidad de los procedimientos de familia, la recepción de la prueba se lleva a cabo en audiencias de vista de causa, donde se concentra la producción de las medidas probatorias y que se registran mediante sistemas de videograbación o videocasetes.

En Derecho de Familia, se cuida que la intervención de los niños en los procesos no los perjudique y por ello se acepta la participación de otros profesionales que coadyuven a este objetivo. La participación interdisciplinaria, que comenzó siendo imperativa para el fuero de familia (art. 82 de la Ley III-Civil-21 Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, antes 4347) actualmente ha extendido su aplicación al sistema penal, en el que se escucha a los sujetos menores de edad víctimas de delito son en calidad de testigos en salas acondicionadas al efecto (cámara Gesell) para evitar —en la medida de lo posible— la revictimización.

2. Normas vigentes en sede penal. La jurisprudencia de Chubut

En la actualidad, la ley XV-9 (antes ley 5478, Código Procesal Penal) dispone en su art. 193. *“Testimonios especiales. Cuando deba recibirse testimonio de menores de dieciséis años y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, el fiscal o el tribunal, según el caso y fundadamente, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, garantizando el ejercicio de la defensa. En estos casos se procurará obtener grabación o video-filmación integradas del testimonio para su exhibición en el debate. El juez podrá disponer lo necesario para que la recepción del testimonio se realice en una sala debidamente acondicionada, que permita el control de la diligencia por parte del imputado y su defensor. En lo posible, se realizará la diligencia mediante un adecuado protocolo, con intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Se procurará la asistencia de familiares del testigo”*.

Así como a nadie se le ocurre que, para llegar a la verdad en una discusión por el ejercicio de la custodia de un hijo habría que preguntarle delante de su padre o su madre, para garantizar su derecho a ser oído: “¿con cuál de ambos quisieras vivir?”, tampoco parece razonable preguntarle “¿Es cierto que te pega?, ¿dónde?, ¿con qué?” en presencia del victimario. Con más razón, debe considerarse que el relato directo de un niño frente, por ejemplo, a un agresor sexual, a

sus abogados, al fiscal y al juez lesiona gravemente su libertad de expresión.

Además, resulta de aplicación lo establecido en el art. 279 del mismo cuerpo legal, norma que establece la procedencia del Anticipo Jurisdiccional de Prueba para los actos definitivos e irreproducibles, ya sea que se trate de una declaración que por obstáculos difíciles de superar fuere probable que no pueda recibirse en juicio, por la complejidad del asunto el testigo olvidare las circunstancias esenciales, o en caso de imputado prófugo, incapaz o temor en la conservación de la prueba. Si el juez ordena la realización de la prueba, lo es con citación de todas las partes.

En la práctica tribunalicia de la provincia de Chubut, la declaración de la víctima menor de edad se toma en cámara Gesell, cuando los profesionales del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (oficina dependiente del Ministerio Público Fiscal, leyes provinciales 5057 y 4031) comunican que el niño está en condiciones de declarar.

El Supremo Tribunal de Justicia de Chubut tuvo ocasión de dictaminar: *“Fue acertada la decisión del tribunal de no citar nuevamente a la niña, que ya había declarado mediante la cámara Gesell, evitando así su victimización con respecto al proceso. Con razón, se ha considerado que el relato directo de un niño frente, por ejemplo, a un agresor sexual, a sus abogados, al fiscal o al juez lesiona gravemente su libertad de expresión. Con respecto a ello, Carlos Rozanski afirmó que ‘cuando se obliga a un niño abusado a sentarse ante un tribunal, se lo está silenciando y, de tal modo, se violan sus derechos elementales; concretamente, su derecho a ser oído’”*. (Privilegios del niño en el proceso penal: la cámara Gesell, por Fabián Gustavo Gatti; Diario “Río Negro”, 31 de octubre de 2005). Del voto del Dr. Alejandro Panizzi en autos “López, Luis Alberto p.s.a. de abuso sexual a J.B.L.”(expte. 20.402 – L - 2006).

3. Normas que rigen en los juzgados de familia

El art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) establece que “... 1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño...* 2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional...*”.

A nivel provincial, rige el art. 14 de la Ley III-Civil-21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (antes ley 4347) que establece: “*El Estado asegurará el derecho de los niños y de los adolescentes a la libertad y a la integridad biopsicosocial, preservando la imagen, la identidad, la autonomía de valores, ideas o creencias, los espacios y objetos personales, no pudiendo ser privados de los mismos sin el debido proceso legal. El Estado garantizará el derecho de los niños y adolescentes a ser escuchados en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que los afecte*” (El destacado es nuestro).

Por su parte, el art. 16, reconociendo y describiendo el derecho a la libertad, señala que éste comprende: “...b) *Informarse, opinar y expresarse (...)* e) *Participar en la vida familiar sin discriminación (...)* g) *Buscar refugio, auxilio y orientación*”.

Antes de ellos, el art. 3 reconoce que “*los niños y adolescentes gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona (...)* asegurándoles todas las oportunidades para el desarrollo (...) en condiciones de libertad y dignidad”; mientras que el art. 4 establece la garantía de prioridad para asegurar la realización de sus derechos, entre los que enumera la dignidad, el respeto y la libertad, y el respeto por su personalidad. Y a su vez, el art. 8 señala: “*En la interpretación de esta ley se tendrá en cuenta la condición de los niños y adolescentes como personas en desarrollo, los derechos y deberes individuales y colectivos, las exigencias del bien*

común y los fines sociales a los que ella se dirige. Los niños y adolescentes desempeñan una función activa en la sociedad y nunca serán considerados meros objetos de socialización, control o prueba”.

Más específicamente, el art. 23 dispone: *“Es deber de la familia, la sociedad y el Estado velar por la dignidad de los niños y de los adolescentes, poniéndolos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, vejatorio, humillante o intimidatorio”.*

Bajo esta norma, cualquier declaración prestada en sede judicial sin la presencia del victimario tiene suficiente respaldo legal. Sin perjuicio de ello, tanto en sede civil como en penal, rigen las garantías consagradas en la primera parte de la ley de protección integral.

Art. 84: *“A todo menor de edad convocado por un órgano judicial en calidad de víctima o testigo, deberá garantizársele el pleno respeto de los siguientes derechos:*

a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes y demás miembros del organismo;

b) Al sufragio de los gastos de traslado para sí y sus padres, tutor o guardador al lugar donde la autoridad competente designe;

c) A la protección de su integridad psicofísica y moral, y la de su familia;

d) A ser informado sobre la naturaleza y resultado del acto procesal en el que participa;

e) Al acompañamiento, durante la sustanciación del acto, de sus padres, tutor, guardador, persona de su confianza o de algún miembro del Equipo Técnico Interdisciplinario, si el menor de edad así lo solicitare o se considerase conveniente, a menos que ello perjudique el curso de la investigación o el normal desenvolvimiento del acto”.

Art. 85: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, el menor de edad víctima de delito, y sus padres, tutor o guardador, tendrán derecho:

a) A ser informados por la oficina correspondiente acerca de los derechos que les asisten, especialmente el de ejercer las acciones civiles pertinentes;

b) A ser informados sobre el estado de la causa y la situación del imputado;

c) A recibir orientación por parte del Equipo Técnico Interdisciplinario del Fuero”.

Art. 86: “Los derechos reconocidos en este Capítulo deberán ser enunciados por la autoridad competente al momento de la primera presentación de la víctima o del testigo”.

Cabe recordar que el derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta como pauta orientadora no significa que, por sí misma, la perspectiva del niño, la niña o el adolescente sea vinculante y dirimente para el juez, a tal punto de someter al magistrado a resolver sobre sus favoritismos (el de los hijos). Por otra parte, será el juez contemplando el interés superior del niño, quien decidirá sopesando toda la información recogida y valorando la prueba producida.

En opinión de la suscripta, la inmediatez exigida por el art. 12 de la CDN (y 3º y 27 de la Ley III-Civil-21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia –antes ley 4347–) se cumple cuando el juez toma contacto directo con el niño, ya sea solo o en presencia de los auxiliares que el magistrado disponga y conforme las circunstancias de la causa, edad, madurez y desarrollo. A fin de cumplir con la legalidad sustancial exigida por el art. 59 del Código Civil de la República Argentina resulta requisito la presencia en la entrevista del Ministerio Pupilar.

“Si compartimos que el nuevo paradigma de protección integral de derechos importa que, por ejemplo, en el seno de las familias se produzca lo que se ha llamado la “democratización” de las relaciones familiares, la exigencia ineludible de un profesional de la interdisciplina importaría que todo progenitor debería mediatizar el diálogo con sus hijos a través de un psicólogo; que los directores o maestros/maestras de los establecimientos escolares recurrirían a un profesional preferentemente “psi” para interpretar la opinión de los alumnos ante determinados temas; que un médico que trabaje el consentimiento informado de su paciente menor de edad (aun en presencia de los padres) debería ineludiblemente hacerlo con un psicólogo; y así podría seguir ejemplificando.” (“G., P. S. c/O., E. D. s/ sumario”, expte. 746, F° 136, Año 2008, Letra “G”, Juzgado de Familia N° 1 de Esquel, firme).

El niño sabe que sus padres son responsables por él, que deben guiarlo; al mismo tiempo, deben conocer que el paso de cada etapa evolutiva determina una mayor participación en la toma de decisiones que lo involucran. En esa dinámica, la opinión del niño es un elemento más a tener en cuenta, siempre que no implique contradecir las responsabilidades y derechos que les corresponden a los adultos como padres, que no son otros que proveer lo necesario para su crecimiento apropiado (arts. 5° y 12.1, CDN, en Beloff, Mary, Construyendo pequeñas democracias, www.cels.arg.ar).

“Como bien lo señala Kemelmajer: “el juez suficientemente capacitado debe desentrañar la voluntad real del menor”. Es resorte de quien resuelve recurrir –de estimarlo pertinente– a los profesionales “psi” al mantener las entrevistas con los niños”. (“G., P. S. c/O., E. D. s/ sumario”, expte. 746, F° 136, Año 2008, Letra “G”, Juzgado de Familia N° 1 de Esquel, firme).

No hay norma escrita, ni siquiera jurisprudencia lineal sobre cómo hacer las entrevistas o exploraciones del deseo de los niños en sede civil. Cada situación merece un posicionamiento exclusivo, cada niño un abordaje adecuado, y cada entrevista será diferente según las circunstancias del caso. Lo relevante es poder identificar cómo se encuentran los niños ante el conflicto, informarlos de sus derechos, minimizar los efectos negativos de la exploración a través de preguntas indirectas, entrevistas reservadas, preservando su libertad de expresión,

considerando que aturde a los niños el mero hecho de comparecer a los tribunales y deben minimizarse los efectos de la crisis que atraviesa la familia y la lleva al sistema judicial”.

Los equipos técnicos deberán, articuladamente con el/la juez/a, sugerir la modalidad de la entrevista, indicar la etapa evolutiva transitada por el sujeto menor de edad, señalar el lenguaje apropiado. Será el juez entrenado, en presencia del Ministerio Público, quien en definitiva guiará la entrevista. Y, si lo estima necesario, por las condiciones del caso, dispondrá que la entrevista sea orientada por profesionales psicólogos. En estos supuestos, bajo la supervisión de los técnicos del derecho mediante la utilización del sistema de circuito cerrado de televisión o cámara Gesell, en su caso.

En ningún supuesto la entrevista con los niños debería constituir “*prueba*” en sentido técnico, de modo que el principio general en materia civil, a mi juicio, es la no registración de la audiencia con el niño, niña o adolescente. De ese modo se preserva su libertad y dignidad. Y en función de las reglas del Interés Superior del Niño, no podrá invocarse el derecho de defensa como argumento para una postura diferente, pues en su caso, son los derechos del niño, niña o adolescente los que deberán priorizarse.

No obstante, considero que rigen las reglas del consentimiento informado, de modo que tratándose de personas mayores de 14 años, que cuentan con discernimiento, a pedido del juzgador podría autorizar que la audiencia personal sea monitoreada e incluso registrada técnicamente.

3.1. Violencia familiar - Ley XV-12 (2009)

Recientemente se ha dictado una nueva ley de violencia familiar en Chubut, que define los tipos de violencia (física, psicológica o emocional, sexual y económica, conforme al art. 4), estableciendo el procedimiento especial bajo cuyas reglas se dictarán las medidas de protección.

En tal sentido, y relacionado con el tema que convoca esta obra, establece el art. 8: *“Recibida la presentación el Juez/a requerirá un diagnóstico de interacción familiar efectuado por profesionales especializados de diversas disciplinas pertenecientes a los equipos técnicos del Juzgado de Familia para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia. El diagnóstico evacuado no tendrá carácter de pericia en los términos de los Artículos 461 a 482 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia del Chubut, por lo que no se encuentra sujeto a las normas que rigen este tipo de prueba.*

Para el caso de localidades del interior, dichos informes podrán suplirse por personal municipal del área de acción social y/ o de salud”.

Por su parte, el art. 20 dispone las normas supletorias, y así: *“En todo lo que no esté previsto en la presente Ley, serán de aplicación subsidiaria la Ley III - N° 21 (Antes Ley N° 4347), el Código Procesal Civil y Comercial, el Código Procesal Penal y el Código Contravencional”.*

Es decir que en ocasión de que un niño o niña ejerza su derecho a ser oído durante un procedimiento de abordaje de una situación de violencia familiar, deben respetarse todos los derechos antes señalados.

Es recomendable entonces que su declaración sea recibida por miembros del equipo técnico interdisciplinario, mediante la utilización de las tecnologías descriptas (video grabación). Con ello se contará con otro elemento para la adopción de la medida más adecuada de las previstas por la normativa (art. 9: exclusión del hogar, prohibición de acceso a la vivienda o acercamiento, reintegro, custodia, alimentos, derecho de comunicación, ingreso a casa refugio o lugar alternativo a cargo del Poder Ejecutivo, sanción pecuniaria, embargo u otras medidas patrimoniales, terapia psicológica, inclusión en programas especializados, secuestro de armas, etc.). Pero, además, y para el supuesto de apelación de la medida cautelar, el tribunal revisor podrá contar con la palabra del niño o niña, y también en esa instancia

puede considerarse ejercido el derecho a ser oído con el relato efectuado ante el profesional, evitando una nueva comparecencia.

No obstante, la norma del art. 130 de la Ley de Protección Integral señala como deber de la Cámara el tomar conocimiento personal del grupo humano involucrado. Esa declaración, por otra parte, podría resultar de utilidad para la investigación de la comisión del delito de lesiones agravadas por el vínculo, en el supuesto en que la comunicación de violencia –física– ingrese al sistema judicial por la vía del juzgado de familia. En tal caso, los recaudos del entrevistador debieran ser los mismos que se toman para el supuesto de declaración del niño o niña en calidad de testigo o víctima en sede penal. Cabe resaltar, además, que la normativa prevé varias vertientes de acceso al sistema protectivo: autoridad policial, Ministerio Público Fiscal, Defensoría Pública o Juez/a (art. 5).

Finalmente, el recurso tecnológico (video filmación) resulta de utilidad para el registro de la audiencia mantenida con todo el grupo familiar, en la que suelen plasmarse compromisos asumidos por los victimarios, revistiendo mucha utilidad la posibilidad de “enfrentarlos” con ellos ante las omisiones en que incurra.

4. Una cuestión constitucional

La Convención asigna a los NNA el carácter de sujeto jurídico especial, reconoce una “*autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de acuerdo con la evolución de las facultades del niño*” (art. 5) y establece un principio de garantía y prioridad de los derechos del niño con el principio de interés superior (art. 3º.1) y un deber especial de protección.

El nuevo principio encuentra también apoyatura en el artículo 13.1 (libre expresión); en el art. 14.1 (libre pensamiento) y el art. 9.2 (dar a conocer sus opiniones). Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los NNA; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural,

deportivo y recreativo (art. 24 de ley 26.061, dictada para adecuar al ámbito interno la CDN).

Ahora bien, el punto más discutido se relaciona directamente con la fiabilidad dada a los testimonios vertidos por niños y niñas. Del trabajo realizado por el equipo de cátedra de la materia de Derecho I dictada en la Escuela Superior de Trabajo Social de la Universidad Nacional de La Plata (2) surgen seis conclusiones con respecto a los niños y niñas:

- Su memoria no es fiable.
- Son egocéntricos.
- Son altamente sugestionables.
- Tienen dificultad para distinguir entre realidad y fantasía.
- Hacен alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales.
- No comprenden el deber de decir la verdad ante los funcionarios y magistrados.

No obstante, es cierto que la fiabilidad de los testimonios infantiles depende de cómo se formulan las preguntas y de otros factores que señalaré.

Un niño o niña inmerso en el proceso de separación de sus padres, puede ser manipulado por alguno de ellos, sin embargo con entrenamiento, sensibilidad, compromiso y colaboración adecuada, es posible detectarlo. El apoyo de expertos para ayudar activamente a la niña o niño en procesos legales está cada vez más reconocido en las legislaciones internas e internacionales, aunque la práctica realmente desarrollada no siempre coincide con los textos legales.

Entre otras consideraciones que debería tener en cuenta el entrevistador/a para que se vean protegidos los derechos enunciados se encuentran:

- La edad;
- El grado de madurez y desarrollo;
- La presencia de personas de confianza;
- El estado emocional;
- La calidad de la ayuda de los adultos;
- Las peticiones de las partes;
- La oportunidad de las preguntas;
- El nivel de preparación y motivación del juez;
- El entendimiento del niño, niña o adolescente sobre los procesos.

No deberían descartarse estrategias lúdicas, en especial en niños de poca edad. El entrevistador –y esto incluye al juez/a– debería estar dispuesto a dibujar, dialogar, e incluso sentarse o arrodillarse en el suelo para generar confianza, y a partir de allí lograr oír al niño.

4.1. Modalidades de entrevistas

Tanto en la sala de audiencias como en el juzgado de familia se han adaptado los ambientes de modo tal que:

a) Las dependencias se hallan acondicionadas, con mobiliario pertinente y en un ambiente despojado y neutro.

b) Se evitaron colores estridentes, adornos o identificaciones de cualquier tipo.

c) De manera adyacente existen otros cuartos de control donde se opera la video cámara y el equipo de grabación y desde el cual puede seguirse la entrevista (cámara Gesell), o se instaló un circuito cerrado de televisión en el despacho del juez (sala de audiencias).

d) Se cuidó de nutrir al equipamiento de un moderno sistema de micrófonos ambientales, corbatero y auriculares para el control de la fidelidad de la grabación del sonido.

La entrevista en sede penal se lleva a cabo estableciendo la escena, informando sobre la presencia de otros adultos en la antesala, la finalidad, dándole al niño, niña o adolescente la oportunidad de relajarse y sentirse cómodo.

En general se siguen las pautas diagramadas en el art. 250 del Código Procesal Penal Nacional. En el juzgado de familia, además, se alienta al niño a suministrar datos en sus propias palabras a través de la narración libre, se hace especial hincapié en los derechos que lo asisten y que por tratarse de un derecho puede o no ser ejercido por el niño, niña o adolescente. Además, se les hace saber que les asiste la posibilidad de concurrir con persona de su confianza, que estará presente el representante del Ministerio Pupilar y que pueden, además, solicitar y mantener una audiencia a solas con el juez.

Finalmente, y como lecciones aprendidas en este tiempo, podemos afirmar que el trabajo coordinado entre los operadores de diferentes oficinas (Ministerio Público Fiscal, Asesorías de Familia, Juzgados) en especial, en supuestos de víctimas de abuso, con la correcta utilización de los recursos disponibles evita la revictimización y logra los resultados esperados.

Pero además, los NNA, en ámbitos propicios, ejercen en la mayoría de los casos el derecho que les asiste, y con ello, aportan al juzgador/a esa mirada antes ausente, silenciada, que generalmente porta en sí misma lo que aquél indaga: la verdad.

Referencias Bibliográficas

(1) Jueza de Familia de Esquel, Chubut.

(2) Bajo derecho a ser escuchado, trabajo realizado por el equipo de la cátedra de Derecho I, Escuela Superior de Trabajo Social de la Universidad Nacional de La Plata, integrada por el Abog. Gabriel M. A. Vitale, Abog. Elizabeth Azcona, María Laura Viscardi, Ctdra. María Elina López, Lic. Claudia López, Mariela Bertoa, Paula Tosi y Juan Olivetto

Derecho a la convivencia familiar ¿Para Quién?

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Revista de Derecho de Familia 2009-I

Cita online: TR LALEY AR/DOC/7099/2012

[Consultado el: 26/08/2021]

"Es verdad que el art. 8º no exige el cumplimiento de ciertos requisitos procesales en especial, pero esto no es decisivo para el caso. Las consideraciones relevantes que debe sopesar la autoridad local al adoptar decisiones sobre niños a su cuidado deben forzosamente incluir la opinión e intereses de sus padres naturales. El proceso de toma de decisiones debe por lo tanto, a criterio de la Corte, ser tal que garantice que sus opiniones e intereses lleguen a conocimiento de la autoridad local y sean debidamente tomados en cuenta, y que puedan ejercitar en tiempo oportuno los remedios a su alcance. A criterio de la Corte, lo que debe determinarse, por lo tanto, es si teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso, y en vista de la grave naturaleza de las decisiones a tomarse, los padres fueron incluidos en el procedimiento de toma de decisiones, visto en su conjunto, en grado suficiente como para brindarles la protección necesaria a sus intereses. En caso contrario, habrá existido falta de respeto a su vida familiar y la interferencia que surge de la decisión no podrá ser considerada necesaria en el sentido del art. 8º" (Corte Europea de Derechos Humanos, 26/6/2008, caso "X. v. Croacia").

En el fallo cuya lectura y comentario se nos ha encomendado, la Corte (1) estimó que la demanda interpuesta por "X" resultaba admisible, y entendió que uno de los Estados miembro de la Unión Croacia violó el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, se pronunció condenando al gobierno demandado a abonar a la reclamante una indemnización económica en concepto de daño moral.

La sentencia despierta varios interrogantes, y otras cuantas sendas para el desarrollo, pero he de circunscribirme a los aspectos

que considero más relevantes en el caso: la intervención de los padres en los procedimientos en los que se disponen medidas respecto del grupo familiar, incluso sobre el lugar alternativo en que vivirán sus hijos, el derecho de defensa a la luz el derecho al respeto por su vida familiar (2) y la convivencia familiar.

I. Antecedentes

El caso comienza con una demanda contra la República de Croacia presentada ante la Corte europea por un nacional de ese país ("*la actora*", "*la causante*" o "X") el 25/2/2004 (3), quien fue representado por un abogado de la matrícula de Zagreb.

El 18/5/2006 la Corte declaró parcialmente inadmisibile la demanda y decidió comunicar los planteos vinculados al derecho de la causante a acceder a un tribunal, su derecho al respeto por su vida familiar y su derecho a un remedio efectivo de parte del gobierno.

II. Los hechos del caso

La causante nació en 1972 y vive en Zagreb. Aproximadamente a los 17 años viajó a Londres, regresando en 1993 a Croacia, donde comenzó un tratamiento terapéutico. El 27/10/1998, un informe del V. Psychiatric Hospital indicaba que "X" padecía esquizofrenia (desorden depresivo) y fue tratada por última vez luego de un intento de suicidio. Se contaba como antecedente los varios ingresos y egresos de la joven, problemas con su progenitora e ingesta de drogas, por lo que las autoridades locales (el Centro de Bienestar Social) iniciaron actuaciones el 15/12/1998 con el objeto de privar a "*la causante*" de su capacidad para actuar (realizar actos con eficacia jurídica).

El 4/6/1999, "X" mantuvo audiencia ante el juez de la Corte Municipal, donde puso de manifiesto que se dedicaba a la venta de bolsas reciclables, que no deseaba ser colocada bajo la guarda de su madre, que estaba embarazada, habiendo cesado en el consumo de

drogas pesadas desde que lo supo, que se hallaba haciendo terapia, tenía intención de interrumpir el embarazo y vivía sola en un departamento de propiedad de su progenitora, quien la asistía económicamente. Reconoció intentos de suicidio, dijo sentirse deprimida y estar en conocimiento de su diagnóstico (esquizofrenia paranoide).

En vista de la opinión del perito médico y de que la causante recibía tratamiento psiquiátrico, el procedimiento fue suspendido.

El 25/12/1999 nació la niña "A".

El 11/4/2000, un psiquiatra del Hospital Psiquiátrico requirió al Centro de Bienestar Social la reconducción del proceso para privar a "X" de su capacidad para actuar, por su descontrolada ingesta de sustancias psicoactivas, y poner en peligro su propia seguridad y la de su hija.

El 13/7/2000 se colocó a "A" al cuidado sustituto de su abuela materna, fijando un régimen de comunicación acotado, decidido en consulta con la guardadora y el progenitor de la niña, en función de lo establecido por la secc. 99, Ley de Familia (4). El fundamento del Centro fue: la niña nació extramatrimonial, se comprobó en los padres consumo de opiáceos, conflictos verbales y físicos, conducta asocial, abandono de la escolaridad y desempleo.

El 7/11/2000 el juez, personal del Centro de Bienestar Social y un psiquiatra se constituyeron en el hogar de "*la causante*", en presencia de ella y de su madre como guardadora, hallando también a la niña. En el acta labrada se plasma que el Centro de Bienestar Social tomó la decisión de colocar a la niña bajo cuidado sustituto de su abuela, aceptando "X" esta determinación y también ella ser colocada bajo guarda, aunque consultando sobre la posibilidad de recuperar su capacidad de obrar en caso de que su condición mejore. El progenitor de la niña vivía en el mismo edificio, la visitaba ocasionalmente, no llevaban una relación de compromiso, aunque hacía dos semanas

había interrumpido otro embarazo. No estaba empleada, pasaba la mayor parte del tiempo en su casa cuidando a su hija.

Requerido un informe psiquiátrico, el perito propone que se prive a "*la causante*" de su capacidad para actuar.

El 14/5/2001 el Tribunal de Zagreb dictaminó: "*Se priva a X totalmente de su capacidad para actuar*". Invocó el art. 182, Ley de Familia (5).

La decisión no fue apelada y cobró firmeza el 8/10/2001. Su progenitora fue nombrada guardadora, pero posteriormente ese cargo fue delegado en una empleada del Centro de Bienestar Social.

El 22/11/2001, el Centro quitó a "X" el derecho a vivir con su hija y dispuso la institucionalización bajo el cuidado de una de las empleadas del organismo, con régimen de comunicación con sus padres supervisado por especialistas. Tuvo en cuenta que "*la niña, a pesar de habérsela colocado bajo el cuidado sustituto de su abuela, continuó viviendo en el mismo grupo familiar de su madre, quien había interferido con su crianza y había participado del cuidado de la niña, lo cual la cuidadora sustituta no podía evitar*". También informan que "*la causante*", cuando sentía que no podía cuidar a la niña, acostumbraba llevarla con su bisabuela paterna, pues no confiaba en su propia madre. El padre de la niña prestaba servicio militar y no estaba en condiciones de cuidar de ella.

El 4/7/2003, el Centro de Bienestar Social colocó a la hija de "X" en guarda de una trabajadora social, también empleada del Centro. Tuvo en cuenta que la menor "A" era una niña sin el cuidado de sus padres, desde que su padre falleció el 16/4/2003 y su madre fue privada de su capacidad para actuar en octubre de 2001.

La decisión adoptada no fue notificada a "X".

En el mismo año (2003), el Centro inicia el procedimiento de adopción de "A" sin conocimiento de "X", dando la guardadora su consentimiento como adoptante el 21/8/2003.

El gobierno de Croacia planteó a la Corte que el 25/8/2003 "*la causante*" y la abuela paterna de la niña habían sido informadas sobre el proceso en curso, y también dijo que en fecha 26 de agosto, durante una conversación telefónica, se le hizo saber a "A" sobre la adopción de su hija.

El 2/9/2003, el Centro dictó una resolución por la cual autorizó la adopción de "A", y esa decisión quedó firme el 11/9/2003

El 16/2/2004, "X" solicitó a la Corte Municipal de Zagreb la restitución de su capacidad para actuar. Un primer informe sostiene que debe continuar privada de su capacidad, y una segunda pericia ante la impugnación por "*la causante*" de la anterior se expide con idéntica conclusión. Así las cosas, el 10/3/2005 se rechaza su pedido de rehabilitación, y la resolución no es apelada.

III. El respeto a la vida familiar segn la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos (6)

A partir del caso "*Marckx v. Bélgica*" (13/6/1979), el Tribunal puso de resalto que el respeto a la vida familiar protegido por el art. 8° de la Convención Europea de los Derechos del Hombre comprende dos aspectos: uno negativo y otro positivo. El primero tiene su concreción con la máxima de que el Estado no debe invadir la intimidad familiar a través de acciones arbitrarias; el segundo, con la idea de que el Estado no puede ignorar la existencia de los lazos familiares a los efectos de la concesión de ciertos derechos, debiendo implementar políticas públicas diversas para alcanzar el respeto efectivo del derecho a la vida familiar. El TEDH reiteró esa postura en el caso "*X. e Y. v. Países Bajos*" (26/3/1985).

Del texto del art. 8º y la jurisprudencia elaborada por el TEDH en torno a aquél, se desprende que, para que la injerencia en la vida familiar sea compatible con la Convención deben cumplirse ciertas condiciones: estar prevista en la ley; estar justificada en una necesidad social imperiosa; ser necesaria en una sociedad democrática, y tener un fin legítimo (7).

Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que la injerencia estatal excede el parámetro fijado de "*medida necesaria en una sociedad democrática*"?

De manera inmediata, estamos en condiciones de afirmar que para que la interferencia sea incompatible con el derecho a la vida familiar que reconoce el art. 8º, Tratado de Roma, debe ser arbitraria, lo que sólo puede ser apreciado en el análisis del caso concreto. Así emerge de los fallos del mismo TEDH que rechazaron la alegada interferencia cuando se desprendía de los antecedentes del caso que se habían brindado todas las medidas posibles tendientes a que pudiera reunirse el padre con el hijo, fracasando por incumplimiento sistemático de quien tiene la custodia ("*Glaser v. Reino Unido*", del 19/9/2000, o "*Kosmopoulo v. Grecia*", del 5/2/2004) (8).

EL TEDH en los supuestos de separación definitiva de padres e hijos se ha esmerado en el análisis de la legalidad interna, pero básicamente en el examen de la justificación suficiente de la decisión adoptada por los gobiernos.

En el caso "*Johansen v. Noruega*" (Corte Europea de Derechos Humanos, agosto 1996, 23 EHRR, 33), se reconoció que el Estado goza de un amplio margen de apreciación cuando se trata de decidir respecto de la necesidad de colocar a un niño en guarda, aunque se señaló que cuando la interferencia tiene como consecuencia una grave restricción a los vínculos familiares, como puede ser impedir todo contacto al hijo con sus progenitores, la resolución debe fundarse en criterios estrictos y "*sólo puede ser tomada si por ineptitud o irresponsabilidad de los padres comprometen la salud, la moral o el estado psicológico del niño. De*

cualquier modo esa intervención debe ser, como regla, temporal desde que los padres y los hijos tienen derecho a medidas destinadas a reunirlos". De ese modo, dispuso revocar la guarda con miras a la adopción de una niña y la prohibición de toda comunicación entre padre e hija por falta de fundamento suficiente.

IV. los fundamentos de la sentencia de la corte

En la decisión final que motiva este comentario, el TEDH reitera los conceptos vertidos en "*Johansen v. Noruega*" y "*Olsson v. Suecia*", citando expresamente esas sentencias, para reafirmar que "(e)n su invariable doctrina la Corte ha enfatizado que disfrutar mutuamente de la compañía entre padre e hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar", reconociendo sobre la base de los antecedentes reunidos que "X" y "A" mantenían un vínculo equivalente a la vida familiar, decidiendo en consecuencia admitir la demanda.

Tanto en un antecedente cercano (9) como en el presente fallo, el TEDH se ha expedido poniendo en evidencia la falta de justificación suficiente del Estado demandado para vedar a los padres su participación en el proceso judicial.

Sostuvo la Corte de Estrasburgo que no hay duda de que la adopción de un niño es una medida altamente restrictiva porque da lugar a la ruptura de la relación entre padre e hijo y, como tal, configura una interferencia al respeto a la vida familiar garantizado en el art. 8°. Entendió también que la interferencia estaba prevista en la ley para la protección del superior interés del niño coligiéndose entonces que se justificaba por su objeto legítimo, reiterando que debe permitirse a los Estados cierto grado de discrecionalidad al tomar ese tipo de decisiones.

No obstante, centró su sentencia en el proceso por el cual se dispuso finalmente la adopción de "A", entendiendo que la interferencia producida no resultaba justificada en una sociedad democrática por omisión del Estado croata de otorgar la debida

participación a los padres, condenando al país al pago de una reparación económica.

Señaló, a mi juicio con sumo acierto, que en ningún momento del proceso fue evaluada la relación de "X" con su hija, pese a que la decisión de privarla de su capacidad de actuar tuvo como consecuencia no prevista en la sentencia la exclusión del proceso de adopción y no se requiere, en la legislación interna de Croacia, su consentimiento en esos supuestos (10). No obstante, advirtió el TEDH la siguiente contradicción: luego que fuera privada de la capacidad continuó ejerciendo los derechos de la patria potestad, al menos en la medida en que el derecho de contacto fue preservado hasta la adopción, pero una vez decidido ese sendero ninguna posibilidad de ser oída le fue concedida. Concluyen los jueces de Estrasburgo afirmando que la exclusión de una persona del proceso de adopción de su hijo, aunque haya sido privada de la capacidad de actuar, y si esta limitación no se hizo extensiva a sus derechos parentales, constituye una injerencia arbitraria al no garantizar el respeto a la vida privada y familiar al que tiene derecho.

Lo notable resulta, a mi modo de ver, que a esa conclusión se arriba al analizar la necesidad de la medida en una sociedad democrática, emergiendo sin duda con toda su fuerza la violación del derecho de defensa de los incapaces que puede, como en el caso croata, acontecer esgrimiendo el interés superior del niño o aun el del propio insano.

Cabe poner de resalto que la Convención de los Derechos del Niño establece, en su art. 9.1, que los Estados partes garantizarán que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando autoridades sujetas a revisión judicial determinen que tal separación es necesaria para el superior interés del niño, agregando que en los procesos que se entablen por ese motivo se otorgará a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el procedimiento y hacer conocer su opinión.

V. El derecho a la intimidad familiar en la argentina

Si bien en el plexo normativo infraconstitucional se carece de una norma específica como la que contempla el Convenio de Roma, los operadores del derecho no podemos omitir la vigencia de los tratados de derechos humanos que a partir de 1994 han pasado a formar parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22).

Dentro del catálogo constitucionalizado se halla la Convención de los Derechos del Niño, que en su art. 8° contiene una norma de similar tenor en cuanto a la interferencia estatal en la vida familiar. Dice textualmente: *"Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"*.

Seguidamente, el art. 9.1 establece que el *"Estado deberá velar porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño"*. Agrega que *"en cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párr. 1° del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones"* (el destacado no está en el texto).

A su vez, el art. 21.b determina que en aquellos supuestos en que con arreglo a las leyes y procedimientos aplicables la adopción de un niño es admisible en vista de su situación jurídica en relación con sus progenitores, parientes y representantes legales, las personas interesadas pueden ser requeridas para dar su consentimiento con conocimiento de causa, sobre la base del asesoramiento que pudiera resultar necesario.

Se advierte de la lectura de los textos del estatuto de la infancia que mientras que el art. 9° hace referencia a que se brinde la oportunidad de participación y dar a conocer la opinión, es en el que

se refiere a la adopción donde introduce el concepto de consentimiento sobre la base del asesoramiento necesario.

Postulo que en supuestos de progenitores con dificultades de crianza que ven limitada su libertad de intimidad familiar con disposiciones estatales que se traducen en injerencias en su desempeño como padres (que en nuestro derecho interno pueden ulteriormente dar lugar a declaraciones de adoptabilidad), se impone desde el inicio su participación en el trámite correspondiente.

De otro modo, a mi juicio, la normativa infraconstitucional de adecuación del derecho interno a los postulados y la letra de la Convención sobre los Derechos del Niño se enrolaría en la triple clasificación que realiza Mary Beloff dentro de los países de América latina que han efectuado una adaptación "*formal*" al documento internacional.

Me estoy refiriendo, básicamente, a las medidas de protección de derechos que se consignan en la ley 26.061 (11) y opino que esta apreciación es aplicable a las normas provinciales de similar tenor: ley 114 (3/12/1998), Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ley 7039 (8/7/1999), Salta; ley 2302 (7/12/1999), Neuquén; ley 521 (10/5/2001), Tierra del Fuego; ley 4347 (16/12/1997), Chubut, entre otras.

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes nacional establece en su art. 2º, para aventar toda duda, que la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas que no hayan alcanzado la edad de 18 años.

No obstante establecer en el art. 10 el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar, y prohibir las injerencias arbitrarias o ilegales, nada dice respecto de la participación efectiva de los progenitores en los

procedimientos administrativos. De este modo, parecería que, por una falta de previsión legal en la ley específica, aquellas medidas adoptadas en función de lo que dispone el art. 33 por la autoridad de aplicación (12) no requieren del consentimiento de los progenitores. Aquí debemos detenernos a reflexionar. ¿En verdad no lo requiere a la luz de la Convención?

Si analizamos el orden progresivo que establece la ley nacional en orden a la injerencia en la vida familiar, observamos que ante el resultado negativo de las medidas de protección administrativas, proceden las excepcionales dispuestas y establecidas discrecionalmente por la autoridad de aplicación, que posteriormente han de ser remitidas con dictamen jurídico a la autoridad judicial.

Es recién en este momento donde la ley 26.061 contempla la citación y audiencia de los representantes de los niños, y para resolver acerca de la legalidad de la medida adoptada. Decisión que, recordemos, consiste indefectiblemente en una interferencia en la vida familiar más acentuada, generalmente caracterizada por la separación de los niños de sus padres merced a su alojamiento en grupos familiares alternativos, cuando no en instituciones oficiales (13).

No advierto el sentido de la omisión legal en cuanto a la citación de los progenitores u otros representantes legales de los niños, niñas o adolescentes durante el procedimiento de la protección de derechos vulnerados que establecen los arts. 33 y concs., ley 26.061, a fin de que presten su consentimiento informado, en especial, cuando los abordajes desplegados han resultado infructuosos y se puede presumir la necesidad de adopción de una medida excepcional.

El concepto de consentimiento informado es reconocido por algunos autores como un derecho personalísimo (14). A esta altura de su desarrollo, no se ignora que ha sido una elaboración doctrinaria desplegada y consolidada en el campo bioético, específicamente en la relación médico-paciente. Pocas relaciones de poder son tan

asimétricas como las que nacen a partir del saber científico y la enfermedad.

De allí que el consentimiento implique *"una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención"* (15).

A diferencia de lo que ocurre con el asentimiento, al procurarse el consentimiento informado no se requiere la admisión de una propuesta presentada como eficaz, sino que lo que se busca es obtener una libre declaración de voluntad antes de implementar el tratamiento, para lo cual deberá revelarse la información adecuada que permita la participación inteligente en la toma de decisión.

Este desarrollo resulta perfectamente aplicable a las cuestiones vinculadas con las medidas administrativas que puede implementar el Estado, inclusive, por darse la misma relación de poder asimétrico entre la autoridad de aplicación y los progenitores. Con el aditamento de que, de seguirse esta postura, la interferencia en la vida familiar no podría nunca ser tildada de arbitraria, puesto que los propios progenitores u otros responsables legales serían partícipes y colaboradores en las estrategias desplegadas.

Excede los límites de este trabajo plasmar lo advertido en la práctica judicial respecto de los actos de los organismos estatales que, esgrimiendo *"el riesgo en que se encuentra el niño/niña"*, sistemáticamente interfieren en la vida familiar mediante acciones que en nada aportan a la superación del conflicto motivo de intervención, soslayando la opinión de los progenitores u otros adultos relevantes afectivamente para el sujeto de derechos. Y lo más grave: requiriendo medidas judiciales sustitutivas de otras de corte administrativo, generalmente vinculadas a derechos económicos, sociales y culturales, que de implementarse como corresponde implicarían nada menos que el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado.

No obstante, lo que a mi juicio deviene imprescindible es señalar que, sin perjuicio de no estar previsto expresamente en la ley, la operatividad de la Convención impone que resulte de aplicación lo establecido en el art. 8.2 del Estatuto, que reconoce los derechos de la infancia a nivel internacional. Y ya en esta etapa previa a la judicialización de la situación de vulneración de derechos deben maximizarse los principios constitucionales, otorgando la posibilidad de ejercer el derecho de defensa al progenitor, no con el alcance que puede tener en sede judicial, sino con la finalidad de que exprese, en libertad, su opinión consintiendo o no las estrategias estimadas imprescindibles, e incluso exigiendo respuestas de la autoridad que hacen al derecho que le asiste al grupo familiar. No empece a esta postura la circunstancia de que se trate de un trámite administrativo, puesto que la Convención hace referencia a que debe otorgarse la oportunidad de participar y dar a conocer la opinión.

Lo contrario implicaría una interferencia arbitraria en la vida familiar.

¿Cuál sería el alcance de esta propuesta? La misma autoridad de aplicación, imbuida de la primordial obligación de respeto al derecho a la convivencia familiar, debería poner a disposición de los progenitores u otros responsables que deban ser oídos en el transcurso de su gestión de abordaje de protección de derechos la asistencia letrada correspondiente. En especial reitero, cuando se presume por el pronóstico de la situación, que ésta se dirige hacia la adopción de medidas excepcionales.

Puede inclusive pensarse en dos estadios: uno primario, en que la autoridad de aplicación haga constar la participación de los involucrados (en términos de consentimiento informado), el que bien puede concluir con la restitución de los derechos vulnerados sin requerimiento de otras acciones; y uno ulterior, en el que, ante el resultado negativo, se haga necesaria la asistencia técnica.

En su defecto, articular de modo conveniente la intervención del defensor público en turno, o del servicio jurídico de asistencia legal más accesible (art. 8º, Convención Americana de Derechos Humanos). Puede incluso pensarse que, en aquellos territorios donde se cuenta con el abogado del niño, sea ese funcionario quien asista técnicamente en la etapa previa a los adultos responsables de la crianza.

Colocar a disposición implica ofrecer el servicio. La negativa al acceso de la asistencia técnica deberá ser plasmada a fin de que la judicatura cuente, en su caso, con otro elemento de análisis de la postura de los adultos responsables, puesto que el asesoramiento en el procedimiento constituye un derecho a ser ejercido naciendo para el Estado una obligación de garantía, y no una imposición para el ciudadano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el debido proceso se refiere al *"conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal"* (16).

Si bien comparto la postura de autores que bogan por otorgar un rol preponderante a los padres en los procesos de guarda preadoptiva como primer eslabón procedimental para alcanzar la adopción de un niño o en las declaraciones de adoptabilidad por el rol preponderante de los padres (17), entiendo que debe otorgarse participación efectiva en lo posible, con patrocinio letrado a los progenitores u otros responsables del sujeto menor de edad en la etapa administrativa previa. A mi juicio, es allí donde todo comienza. Fundamentalmente por los resabios tutelares tan profundamente arraigados en los operadores, pero también por el valor preponderante que se otorga a las situaciones fácticas consumadas en el tiempo (y la jurisprudencia en la materia da vasta cuenta de ello),

que no van acompañadas de acciones eficaces y acotadas, destinadas al reintegro del niño al grupo familiar del que se lo excluyó.

Cabe destacar que no debe perderse de vista que el consentimiento requerido en el trámite administrativo puede ser negado por el adulto responsable, y es allí donde el interés superior del niño, entendido como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se erige en pauta de decisión (18) sin perjuicio de la acertada inclusión en la ley 26.061 de la norma del art. 3º, que acota el concepto a fin de prevenir la indeterminación.

En mi opinión se ha tenido una mirada parcializada de lo que debe entenderse por protección integral, omitiendo la consideración de los principios de integralidad y universalidad de los derechos humanos en este punto. En otras palabras: si consideramos al niño, la niña o el adolescente como ciudadano a quien le asisten todos los derechos humanos con más un plus de protección estatal por su condición de persona en un especial estado de desarrollo, no podemos obviar que le asiste el derecho a la convivencia familiar sin injerencias arbitrarias o ilegales. ¿Cómo si no con el respeto del derecho a ser oído no sólo él, sino las personas responsables de su crianza, puede la interferencia estatal no ser producto de la voluntad, la decisión antojadiza, fundada en las creencias o el razonamiento de la autoridad de aplicación? ¿Cómo si no reconociendo que el derecho a la vida privada y familiar es recíproco entre padres e hijos, y que la interferencia estatal debe respetar a ambos para no incurrir en arbitrariedad?

La Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la *"Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"*, del 22/8/2002, expresa: *"...la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del grupo familiar"* (el destacado me pertenece). Y agrega en el párr. 77: *"El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus*

necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los arts. 12.1, Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos".

Si la idea del legislador fue evitar, siempre que sea posible y aconsejable, una separación que resultará traumática, es imprescindible articular recursos de naturaleza preventiva y en modo alguno eludir el interés de los progenitores u otros adultos responsables en las decisiones estatales que se adopten respecto de los derechos de los niños.

Podrá esgrimirse que los progenitores cuentan con la garantía de defensa en juicio en sede judicial, de conformidad con lo plasmado en el art. 40 de la ley 26.061, que establece respecto de las medidas excepcionales que deberán adoptarse y ponerse en conocimiento de la autoridad judicial competente y que ésta: *"...en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de setenta y dos horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes".*

Más, a poco de andar, se advierte que el exiguo plazo otorgado a la autoridad judicial impide que se ejerza en términos efectivos el derecho de defensa en juicio. ¿Qué posibilidad puede tener el ciudadano de contar con una adecuada asistencia técnica y producir las pruebas que hagan a su derecho en ese término? ¿Hasta qué punto el magistrado no se haya constreñido por la decisión administrativa, viéndose obligado casi a validar sin mayor poder de análisis lo requerido por los organismos administrativos? ¿Cómo se efectiviza aquí el derecho a ofrecer la prueba que hace al derecho subjetivo

recíproco a la convivencia familiar y, es obvio, al ejercicio del derecho de defensa y debido proceso? ¿No aparecería para los jueces una clara violación al derecho a la convivencia familiar sin injerencias arbitrarias que autorizaría una inaplicabilidad de los plazos que establece el art. 40, ley 26.061?

Estos cuestionamientos nos aproximan a la decisión del Tribunal Europeo de Estrasburgo, cuando advierte que, justamente, la resolución que motivó la separación definitiva de madre e hija no fue comunicada a "*la causante*", negándosele el derecho a participar de un acto trascendente en la vida familiar con fundamento en la legalidad interna (19), pero contrario al concepto de medida razonable en una sociedad democrática, sin que una resolución judicial la hubiese privado del derecho a la comunicación que ejercía.

Y aquí aparece un supuesto no tan ajeno a la realidad judicial: el derecho de defensa de los progenitores que han sido declarados incapaces y su participación en los procedimientos que se siguen vinculados con las dificultades de crianza de los hijos que hayan procreado, donde todas las preguntas que formulara se entrecruzan con los conceptos de asistencia y representación de los incapaces de derecho.

Por razones de extensión, no profundizaré sobre ese tópico (no menor) como no sea para enfatizar que la privación de la capacidad civil de las personas con padecimiento mental no siempre lleva aparejada la privación del ejercicio de la responsabilidad parental y que, sea en la sentencia que declare la inhabilitación, como en la que priva de la capacidad civil, debe consignarse la capacidad residual para aquellos actos personalísimos vinculados con sus derechos fundamentales.

Relacionado con este tema, es dable recordar que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su res. 46/119, del 17/11/1991 (Documentos oficiales de la Asamblea General, 46° período de sesiones, Suplemento nro. 49, p. 189, ONU,

Doc. A/46/1949-1991) ha adoptado los "*Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*". Este documento es considerado como el estándar más completo a nivel internacional sobre la protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales, y ha sido tomado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fundamento para decidir los casos "*Víctor Rosario Congo v. Ecuador*" (Informe 63/1999 de la Comisión IDH, caso 11.427, Ecuador, del 13/4/1999, párr. 54) y "*Ximenes Lopes v. Brasil*" (Corte IDH, 4/7/2006, "*Ximenes Lopes v. Brasil*", párrs. 128-132) (20).

Dicho instrumento establece en el Principio 1.5 que "*todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes...*", y agrega en el 1.7 que "*cuando una corte u otro tribunal competente determine que una persona que padece una enfermedad mental no puede ocuparse de sus propios asuntos, se adoptarán medidas hasta donde sea necesario y apropiado a la condición de esa persona para asegurar la protección de sus intereses*"; por fin, afirma en el Principio 25: "*...no se impondrá ninguna restricción ni se admitirá ninguna derogación de los derechos de los pacientes entre ellos los derechos reconocidos en el derecho internacional o nacional aplicable, so pretexto de que los presentes principios no reconocen tales derechos o que sólo los reconocen parcialmente*".

De este modo, y atento al principio de no discriminación, todo lo que expuse respecto de los progenitores u otros responsables legales de los niños, niñas y adolescentes resulta aplicable a los padres con padecimiento mental.

En orden a los aspectos que se analizan en el fallo que ocupara estas líneas, nuevamente, y en su incesante interpretación creativa y dinámica de los derechos que recepta la Convención Europea de los Derechos Humanos (21), el TEDH ha elevado a rango de principio el

derecho a vivir o permanecer en la familia de origen, debiendo preservarse a los ciudadanos de las injerencias arbitrarias.

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, son mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las posibilidades jurídicas. Así los ha definido con inigualable claridad Robert Alexy en su Teoría de los derechos fundamentales.

Es hora de ponerlos en práctica.

Referencias Bibliográficas:

- (1) Corte Europea de Derechos Humanos, 26/6/2008, "*X. v. Croacia*".
- (2) El art. 8º, Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, dice: *"Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás"*.
- (3) El art. 34 de la Convención de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece tal posibilidad para los ciudadanos de los países integrantes de la Unión Europea.
- (4) Secc. 99: *"1. En los casos en que los padres no convivan, un centro de bienestar social designará al padre con el cual vivirá el niño y arreglará contactos entre el niño y el otro padre excepto que esta ley haya atribuido tales decisiones a la jurisdicción de los tribunales (...). 5. En el caso mencionado en el 1, si ambos padres fueran incapaces de cuidar de su hijo o por cualquier otra causa no pudieran hacerlo o mediante sus actos pusieran en riesgo el bienestar del niño, un centro de bienestar social colocará al niño bajo el cuidado de otra persona o una*

institución. 6. El centro de bienestar social que adopte una decisión de conformidad con el 5 establecerá los deberes y derechos de cada padre respecto del cuidado del niño".

(5) Secc. 182: *"El adulto que, por daño o enfermedad mental, adicción a los opiáceos, senilidad (demencia) o cualquier otra causa, sea incapaz de brindar cuidado a sus necesidades personales, derechos e intereses o poner en peligro los derechos e intereses de los demás, será parcial o totalmente privado de la capacidad para actuar".*

(6) En adelante TEDH.

(7) Según síntesis expuesta por Aída Kemelmajer de Carlucci en Módulo sobre *"Derechos Humanos y Derecho de Familia"*, dictado en el Curso Intensivo de Posgrado sobre *"Teoría y práctica del derecho de familia y los derechos del niño en el siglo XXI"*, desarrollado en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, julio de 2004.

(8) HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, t. I, Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 262.

(9) HERRERA, Marisa, *El derecho...*, cit., p. 265; *"Affaire Hasse v. Alemania"*, 8/4/2004.

(10) Secc. 130, Ley de Familia: *"La adopción no requiere del consentimiento del padre (...). 2. Privado de su capacidad para actuar..."*, y secc. 138: *"El padre cuyo consentimiento no es necesario para la adopción no es parte en el proceso de adopción"*.

(11) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, publ. en BO del 26/10/2005.

(12) El art. 37, ley 26.061, establece: *"Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; c) asistencia integral a la embarazada; d) inclusión de la niña, niño o adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; f) tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de algunos de sus padres, responsables*

legales o representantes; g) asistencia económica. La presente enunciación no es taxativa".

(13) El art. 41, ley 26.061, establece los siguientes criterios: 1) permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos, teniendo en cuenta la palabra del niño; 2) convivencia alternativa y excepcional con otro grupo familiar. En la provincia del Chubut, por ejemplo, se admite la institucionalización; si bien prevista como medida de último recurso (art. 59, ley 4347), suele ser la primera a la que echan mano tanto la autoridad de aplicación como algunos organismos judiciales.

(14) GARAY, Oscar, Derechos fundamentales de los pacientes, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, cap. IV, *"El derecho al consentimiento informado"*, ps. 370 y ss., citado por HERRERA, Marisa, *El derecho...*, cit., p. 350.

(15) HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra, La relación médico-paciente: el consentimiento informado, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 1.

(16) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/2/2001, caso *"Baena Ricardo y otros"*, excepciones preliminares (serie C, nro. 72, párr. 124), LL 2001-D-573, entre otros, citado en el consid. 4º por la Corte Sup., 27/12/2006, "T. R. A.", LL del 28/4/2006.

(17) HERRERA, Marisa, *El derecho...*, cit., p. 439.

(18) *"La regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel valor, como sujeto de derecho, de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto (del voto de los Sres. ministros Dres. Carlos S. Fayt, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay, en la referida sentencia de autos "S., C. s/ adopción")."*

(19) Art. 130.2 ya citado.

(20) Corte Sup., 19/2/2008, "R. M. J.", LL del 29/2/2008.

(21) Aída Kemelmajer de Carlucci destaca que el Tribunal Europeo con sede en Estrasburgo adhiere a una interpretación dinámica y agrega: *"...el Tribunal no se cansa de repetir que la Convención debe ser interpretada de modo evolutivo, teniendo en cuenta las costumbres y las necesidades*

sociales, preservándola de todo anacronismo" (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos", Revista de Derecho Comparado, Derecho de Familia, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 26).

Región patagónica (1/2011)

por Mariela A. González de Vicel y Martín Alesi

Publicado en: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia :
Derecho de familia (1/2011). p. 301-317.
[Consultado el: 29/09/2021]

Sumario:

I. Adopción: 1. Conservación o cambio de nombre del adoptado; 2. Juicio de adopción.- II. Alimentos: 1. Alimentos extraordinarios; 2. Alimentos a cargo de la madre no conviviente; 3. Cuota fijada por sentencia; 4. Alimentos para hijo mayor de edad; 5. Alimentos derivados de la patria potestad.- III. Medidas de protección de derechos: 1. Internación dispuesta administrativa y ratificada judicialmente; 2. Derecho a la vivienda.- IV. Patria potestad: 1. Privación.- V. Régimen de visitas: 1. Obstrucción materna del régimen paterno-filial; 2. Oposición de la hija al régimen de visitas con su progenitor; 3. Denuncia de abuso deshonesto.

I. ADOPCIÓN

1. Conservación o cambio de nombre del adoptado, identidad e identificación, Derechos conexos.

La sala 2° de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la 1° Circunscripción judicial de Neuquén, con fecha 10/04/2008 en los autos: “*V.M.J.S/adopción*” (expte. Nro. 27.823/6), provenientes del Juzgado de Familia nro. 3 de la ciudad, revocó parcialmente la sentencia que había concedido la adopción plena y denegado la anotación registral con el nombre impuesto por los padres adoptivos.

Se trata de una niña que había sido recibida por la pareja de adoptantes hacía tres años, y desde el primer momento la llamaron por un nombre de pila elegido por ellos.

Los miembros de la sala expusieron para modificar esa porción de la sentencia que *“El niño tiene derecho a que se lo conozca y defina en su verdad personal, con sus componentes estáticos y dinámicos que lo hacen ser él mismo y u otro”* y como respaldo probatorio de la decisión consideraron los testimonios recibidos que daban cuenta que la niña siempre fue llamada por el nombre elegido por los adoptantes; además de valorar también que por ese nombre la denominaron las profesionales que elaboraron los informes social y psicológico.

El fundamento legal tenido en cuenta consistió en lo dispuesto por el art. 15 de la Ley 18.248, que sólo autoriza el cambio de nombre si mediaren justos motivos, interpretado en orden a las circunstancias y situaciones específicas del régimen de adopción. Los jueces hallaron esos justos motivos en que: *“la menor siempre fue J’. y así se reconoce a sí misma por lo que se le causaría un grave daño si luego de tres años de vida se la comenzara a identificar con un nombre distinto”*: razonando que *“el adjudicado por sus adoptantes es un elemento más de naturaleza vinculativa, y por ello, lejos de apartarse del fin querido por el legislador, se confunde con el mismo”*.

Tuvo en cuenta el fallo que: *“En las sextas Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones de Morón, se resolvió acordar la dación del nombre basados en el interés del niño o adolescente conforme el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la existencia de ‘justos motivos’ (art. 15 de la Ley 18.248; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica; art. 9, inc. 1, dela Convención sobre los Derechos del Niño y art. 75, inc. 22, de la CN) (CC0102 Mp 112131 RSD-260-00S, 29/6/2000, LDT)”*.

Es interesante detenerse en el argumento de la Cámara vinculado con la identidad y la identificación, y su anudamiento, concentrado en la frase: *“Además los derechos de los padres adoptantes*

incluyen la elección del nombre del adoptado, y en este caso la inmutabilidad del mismo está dada paradójicamente en el cambio registral, siendo un presupuesto de estabilidad, fijeza y seguridad de los derechos", pues con ponderación del derecho a la identidad en su faz dinámica, la complementan autorizando la sustitución para expedir una identificación que la llene de sentido.

2. Juicio de adopción. Citación de la madre biológica menor de edad radicada en otra provincia. Facultades del juez. Derecho de defensa en juicio. Suficiencia de la comparecencia en la guarda preadoptiva.

La sala 2ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la 1ª Circunscripción Judicial de Neuquén, en fecha 8/2/2007, en los autos provenientes del Juzgado de Familia nro. 2 de esa ciudad caratulados "*C. M. A. y otros s/ adopción*" (expte. nro. 27.475/6), en fallo dividido, hizo lugar al recurso de los adoptantes y revocó la citación judicial de la madre biológica dispuesta en primera instancia por la jueza de la adopción.

El caso tuvo como antecedente una guarda de hecho otorgada por una progenitora menor de edad respecto de su hija nacida en Oberá, provincia de Misiones. Los pretensos dieron inicio a la guarda preadoptiva ante el juez de ese domicilio, quien ratificó la entrega por sentencia dictada el 14/7/2005, confiriéndosela al matrimonio. En ese contexto, transcurrido el plazo legal, se promovió el juicio de adopción en el domicilio de los guardadores, sito en la provincia de Neuquén, y la jueza patagónica dispuso que por intermedio del juez competente en la localidad de Oberá se citara a la madre de la niña a fin de que, además de remitir copia certificada de las actuaciones, ésta prestara su conformidad con el trámite, haciéndole saber que debería concurrir con representante legal y patrocinio letrado; requirió también que se realizara un informe social domiciliario y evaluación psicológica de la progenitora, también menor de edad. La disposición es atacada por reposición con apelación subsidiaria, y la Cámara la revoca, con voto disidente de la Dra. Osti de Esquivel.

Uno de los jueces del cuerpo colegiado revisor, el Dr. Federico Gigena Basombrio, anotó que la resolución no resultaba ajustada a derecho, afirmando: *"no se desconocen las amplias facultades que goza el Juez en casos como el presente y que le están conferidas tanto por la ley de adopción como por las normas procesales, pero de ello no se sigue que pueda adoptar decisiones o recaudos incompatibles con el trámite en cuestión ni que con ellas se vulneren derechos reconocidos por los tratados internacionales que establecen el interés superior del niño que no pueden mencionarse en forma abstracta y desprovistos de todo contenido, de manera tal que su sola mención justifiquen cualquier decisión"*. Luego de señalar que, atinadamente, la jueza dispone la citación no ante el juzgado de Neuquén, sino el de Oberá, hace notar que de las propias constancias de la causa y en especial de la lectura de las piezas certificadas obrantes en el trámite, cuya autenticidad no fuera cuestionada ni por la jueza ni por la defensora del niño, emergía que la madre de la menor ya había comparecido ante la autoridad judicial conjuntamente con su representante legal y con el debido asesoramiento. Indicó también que se habían realizado informes e intervenido los ministerios públicos, y puso de resalto que ni la juez de la adopción ni la defensora del niño plantearon la citación en calidad de parte de la progenitora.

En otra porción de su razonamiento, recordó el magistrado que: *"El artículo 321 incisos c y e, establece la facultad de oír personalmente al adoptado (cuestión que por su edad no se considera adecuado) y asimismo de aquellos que considere pertinente como asimismo la de producir las medidas probatorias que estime pertinentes, pero de ahí no se sigue que pueda convalidarse cualquier decisión, máxime cuando, como en el caso la madre de la menor, ya compareció en los términos del artículo 317 del Código Civil, modificado por la ley 24.779"*. Con cita de 1o resuelto por la Sup. Corte Bs. As. (1/11/1999, JA del 26/7/2000; ídem, 19/2/2002, AP 70004281), resaltó la incidencia del paso del tiempo transcurrido desde que la guarda principió, apelando al fallo que expresó que: *"[I]a postergación indefinida de su filiación ocasiona daños irreparables en la psiquis, desapareciendo lenta e inoperablemente sus inalienables prerrogativas entre los pliegues de una burocracia Judicial que en definitiva tiene el deber constitucional, legal y ético de brindarle adecuada tutela en tiempo propio (ver fallo completo en AP*

70004339)”. En lo sustancial, propuso la revocación de lo resuelto porque “[l]a citación de la madre de la menor y la realización de nuevos informes no pueden admitirse con la mera invocación de que resultan prudentes o que el Juez tiene facultades para ello, ya que en ambos supuestos las facultades deben ejercerse con arreglo a las disposiciones legales y en función de los elementos de la causa”.

El Dr. Fernando Ghisini abonó esta postura, mediante el siguiente argumento: *"El art. 317 del CCm., inc. a), establece que el consentimiento que se ha de requerir a los progenitores, es para el otorgamiento de la guarda confines de adopción, de ello infiero que resulta innecesaria una nueva citación a la madre biológica en estos obrados. Entiendo que en el caso, donde existe un proceso autónomo de guarda donde el juez que la otorga ya ha realizado un control de legalidad y de mérito sobre la situación de adoptabilidad de la menor así como de los guardadores y, fundamentalmente ha evaluado la voluntad y el consentimiento de la madre biológica, resulta innecesario en este proceso de adopción disponer la citación de la misma. También, y referido a la garantía de defensa, en juicio mencionada por la Dra. Osti, debo decir que, al haber asentido judicialmente la entrega de la menor en la guarda preadoptiva, ya está suficientemente satisfecha la garantía constitucional de la defensa en Juicio (art. 18, CN) y la finalidad de la ley de que el juez tome contacto directo con la progenitora"*.

La magistrada que quedó en disidencia proponía la confirmación de lo resuelto argumentando que si bien la madre biológica había sido oída en el expediente de otorgamiento de guarda preadoptiva, ello de manera alguna impedía que el juez de la causa ejerza la facultad de hacerla comparecer a los efectos de *"obtener una impresión de visu de la misma, siendo que se trata de un juez distinto del que actuara en la primera etapa del proceso de adopción. Las facultades no resultan de manera alguna arbitrarias y encuentran fundamento en lo establecido en el art 36 del CPCC y especialmente en los incisos 2º y 4º"*. Con cita de C. Nac. Civ., sala H, 4/2/2004, *"A., L. J. s/adopción"* (del voto de la mayoría), advirtiendo que no se habían acampanado originarles del DNI ni certificado de nacimiento de la progenitora de la niña sujeto de autos, afirmó que: *"Por otra parte, los efectos de la adopción plena son de una trascendencia tal y se encuentran en juego derechos tan personales, incluso de*

menores, como es el caso de la madre biológica, y el de identidad, que se hace necesario que sea el juez de la adopción quien deba oírlos, siendo que se encuentra en juego la garantía constitucional de la defensa en juicio, que de por sí es razón fundamental para citar a la progenitora”, proponiendo en definitiva la confirmación del despacho cuestionado.

II. ALIMENTOS

1. Alimentos extraordinarios. Práctica de deportes federados. Imposibilidad de su previsión. Derechos de los jóvenes al deporte.

La misma Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la 1° Circunscripción Judicial de Neuquén, esta vez revisando lo resuelto en el Juzgado de Primera Instancia nro. 4, con fecha 1/7/2010, en los autos “*C.A.P. y otro s/homologación de convenio*”, modificó parcialmente la sentencia que reconocía el pago de alimentos extraordinarios reclamados por la madre en representación de las hijas, a la vez que imponía las costas en el orden causado. El tribunal revisor amplió el monto de condena y revirtió la imposición de costas.

En este caso se hallaba involucrada una pareja de padres divorciados en la cual la madre detentaba la custodia de los cinco hijos, y reclamaba económicamente por las hijas de 15 y 17 años que practicaban vóley a niveles competitivos, negándose el progenitor a participar económicamente en los gastos derivados de esa actividad. Como antecedente judicial se contaba con un acuerdo de custodia, alimentos y régimen de comunicación homologado. En la primera instancia se entendió que esa disciplina configuraba para las jóvenes un esparcimiento, y no se había requerido al padre la autorización para la participación en torneos competitivos. La madre solicitó la fijación de una cuota extraordinaria determinada, y el reconocimiento de los gastos realizados en los años 2008 y 2009 por la inscripción a la Federación de Vóley y participación en los torneos, desembolsos que

afirmaba habían sido íntegramente cubiertos por ella, ante la negativa expresa del demandado de participar, colaborar o afrontar el gasto.

La sala, respecto del agravio basado en la calificación dada al derecho ejercido por las jóvenes (al deporte o a la recreación), expresó que: *“Es sabido que la actividad deportiva en los jóvenes no hace más que enriquecer la formación integral del individuo, hace a su salud, a la plenitud como persona, más aún cuando a través de la dedicación y el esfuerzo individual se llega a niveles de competición. Es así que yerra la a quo al incluir en este caso, esa actividad dentro del rubro esparcimiento. Las niñas representaron al Centro de Educación Física nro.1 dependiente del Consejo Provincial de Educación y es evidente que esa participación, complementaria de la labor educativa, reflejó un premio al esfuerzo y la dedicación puestas en la práctica del deporte y esa calificación de 'simple esparcimiento', en este caso, aparece como un castigo por no haber pedido permiso al progenitor”*.

El tribunal modificó también la forma de imposición de las costas, razonando que *“En lo relacionado a las costas, si bien se resuelve aquí una incidencia, ésta ha sido motivada por la conducta renuente del progenitor y teniendo en cuenta además que la pretensión de la actora ha sido admitida en su mayor extensión, a fin de no desvirtuar el objeto esencial de la prestación alimentaria, es que se imponen en su totalidad al alimentante”*, rechazando únicamente el agravio fundado en el no reconocimiento de actualización de las sumas abonadas por la madre.

2. Alimentos a cargo de la madre no conviviente. Existencia de otro hijo que padece enfermedad discapacitante. Principio de no discriminación

La Cámara de Apelaciones -Sala Civil, Comercial y del Trabajo- de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; con sede en Río Grande, emitió sentencia en fecha 9/8/2010, en los autos *“A. G., C. D. v. V., G. B. s/alimentos”*, expte. nro. 14.705/08, provenientes del Juzgado de Primera instancia de Familia y Minoridad nro.1, Secretaría Civil, del Distrito Judicial Sur, apelado por la parte demandada, que se expresó disconforme con el

porcentaje fijado por la sentenciante (15%), pretendiendo su reducción.

El trámite se inició con la demanda presentada por el progenitor en ejercicio de la representación de su hija menor Y. F., que redamó la fijación de una cuota alimentaria equivalente al treinta (30%) de los ingresos de la madre, quien había constituido otra familia y procreado un hijo. Si bien se redujo en el porcentual solicitado, la sentencia atacada ordenó a la demandada abonar el equivalente al quince (15%) de los ingresos netos, efectuados los descuentos de ley por mes anticipado y desde la fecha de interposición de la demanda, e impuso las costas a la alimentante.

Se encrespó la parte demandada e Invocó como motivación principal de los agravios que *“no se determinó concretamente el fundamento que hizo inclinar la balanza por dicho índice convirtiendo el pronunciamiento en una decisión mecánica, donde se hace hincapié, en conceptos generosos e integradores de las urgentes necesidades parentales, al afirmarse sobre la obligación alimentaria”*; enfatizando que *“se subraya la solidaridad parental y familiar, pero se ignora la misma al momento de pronunciarse en concreto, siendo que se alegó y probó, que la situación patrimonial de la alimentante, se encuentra seriamente comprometida en la atención integral impartida a mi hijo, J. P. A. nacido en Ushuaia el ... , con una discapacidad severa , fruto de mi unión con J. O. A. y hermano de la menor”*. Fundamentalmente cuestionó la sentencia invocando que el índice del 15% era muy alto, y afectaba la vida decorosa de un menor que atraviesa una discapacidad severa. Asimismo refirió que como mamá cumplía con sus obligaciones con la menor Y. F., en la medida de sus posibilidades, que lo mismo sucedía con los hijos mayores de edad que se encontraban fuera de la provincia, a quienes no estaba obligada a pasar cuota alimentaria, para finalmente pretender se fije un porcentaje del 6% de su remuneración mensual.

Puestos a analizar si los agravios esgrimidos lograban derrumbar los argumentos que motivaron el dictado de la sentencia cuestionada, los integrantes de la Cámara entendieron que eran

insuficientes, señalando que *"...carecen de crítica eficaz a los argumentos desarrollos por la señora juez a quo, debido a que sólo refiere una simple discrepancia subjetiva con la valoración sin alcanzar satisfacerlos requerimientos de una crítica concreta que establece la norma del art. 275.3 del CPCC",* y particularmente que *"Ello no cumple el requisito exigible a la consistencia de los agravios, que invariablemente no deben ser frases quejas, sino demostrar al menos prima facie, sobre el error en el derecho o en el procedimiento, incluyendo claro está, la defectuosa valoración probatoria a la luz de la pretensión, el marco legal y los hitos de la controversia"*.

No obstante arribar a la conclusión de que la apelación interpuesta carecía del presupuesto sustancial de crítica eficaz respecto de los argumentos del fallo, denotando solo una discrepancia subjetiva de la valoración que hizo la magistrada de la anterior instancia de grado, se introdujeron en el tema y se expidieron sobre el asunto, al advertir acerca de lo que denominaron la importancia y gravedad del planteo.

Reflexionan los jueces partiendo de los dichos de la mamá de Y. demandada en el Juicio de alimentos: *"que fruto de la unión,.... nació nuestro hijo J. P. A.... El menor padece un severo trastorno en su salud que fuera diagnosticado como TGD trastorno autista con múltiples derivaciones..."*. Este niño, hermano menor de Y. por parte de la madre, es el eje sobre el cual pivotea la presentación de la demandada, entendiendo que esa circunstancia puede variar la dedicación a su hija. Advirtieron que no desvalorizaban y comprendían que la situación que estaban atravesando no permitía mantener el vínculo en su óptima expresión, pero también anotaron que no es ello motivo suficiente para la desatención materna.

Con tiesura afirmaron: *"Pues ello no es otra cosa que una exclusión, en este caso a su hija del anterior matrimonio y por estar sana, lo que también se traduce en una discriminación contraria a la norma consagrada. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 2, última parte, establece que 'Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar Que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación...'. Por su parte la*

Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra en su art.17 inciso 5° el principio de no discriminación al establecer que se 'debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo'.

Recordaron en su razonamiento, que en el orden interno idéntico principio se encuentra definido en el art. 240, párr. 2, del Código Civil de la República Argentina, cuando expone: *“la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.*

Bajo ese haz de derechos consagrados, advirtieron que en el orden normativo de nuestra República se encuentran desechadas todas las razones posibles para diferenciar a los hijos, y ello alcanza al supuesto de caso donde una hija es relegada porque otro hijo padece una enfermedad.

Sugirieron, luego de señalar que la situación que vive la progenitora provoca mucha incertidumbre y desconcierto, así como también gran dedicación e incrementa los gastos, que debía brindar información al hijo sano y por sobre todo hacerle saber que se lo sigue queriendo, advirtiendo de antemano la dificultad de lograrlo con actitudes como las demostrada en el juicio, *“donde la madre entiende que ya se halla casi desobligada frente a su hija Y., y considera que la circunstancia de tener otro hijito enfermo, le confiere la posibilidad de dispensarse”.*

Indicaron que la situación debe ser motivo de larga maduración, de importantes adaptaciones de toda la familia ampliada, para lentamente ir encontrando nueva significación a lo sucedido y una adecuada adaptación, pero no sería alcanzado ese objetivo negando o retaceando la asistencia de alimentos, pues con ello sólo se sumaría una sensación de desamparo a la menor Y., con repercusión más allá de lo económico. Establecieron como un deber materno procurar que todas las necesidades de todos sus hijos sean atendidas en forma proporcional, tratando de 110 desplazar a su hija, por la atención de las dificultades que presenta su otro hijo.

En síntesis, resolvieron que la primer sentenciante determinó la suma establecida valorando razonablemente la condición económica de la demandada, y luego recordaron un precedente trelewense (con cita de la C. Apel. Trelew, sala B, 3/ 11/2004, "G., N. C. v. J., O. A. s/alimentos", SAIJ: Q0017445) en la porción que afirmó que en materia de alimentos de los hijos menores no se requiere probar la necesidad, pues *"la prestación alimentaria es uno de los deberes que se impone a los padres, contenido de la patria potestad, por lo que no se encuentra sujeta, como ocurre respecto a los otros parientes con derecho alimentario, a la prueba de su necesidad merced que cabe presumir que el hijo menor de edad no [se] puede proveer por sí mismo de lo necesario para subvenir a sus necesidades"*.

De este modo arribaron a la convicción de que la juzgadora no desbordó las posibilidades interpretativas, sino que, por el contrario, armonizó las disposiciones y las circunstancias probadas en la causa.

3. Cuota fijada por sentencia. Prescripción decenal

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, con fecha 15/4/2009, en los autos *"P., A. G. v. R., N. H. s/alimentos"*, rechazó el recurso de casación interpuesto por el alimentante contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la 3° Circunscripción Judicial, que había desestimado la excepción de prescripción opuesta en el trámite de ejecución de la cuota alimentaria.

La ejecutante reclamó al alimentante el pago de una suma de \$111.000, correspondiente a varios años de cuotas en concepto de alimentos de sus dos hijos menores. Corrido el pertinente traslado a la demandada, ésta opuso las excepciones de pago documentado y de prescripción de las cuotas devengadas y reclamadas entre los meses de diciembre de 1994 y julio de 2001. El Juez de primera instancia hizo lugar a la excepción de pago y, respecto de la prescripción opuesta, decidió que al cobro de alimentos atrasados (ya sea fijados por resolución Judicial o acuerdo homologado) debe aplicarse el plazo de

prescripción decenal del art. 4023, primera parte, del Código Civil, por tratarse de una ejecución de sentencia. Apelado dicho pronunciamiento, la Cámara de Apelaciones lo confirmó en lo sustancial.

Llegado el caso a conocimiento del Superior Tribunal de Justicia, se analizó que para los alimentos fijados mediante sentencia judicial rige la prescripción decenal que prevé el art. 4023 del Código Civil en relación a la actio iudicata. Siguiendo a Belluscio (Manual de derecho de familia, t. 2, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 411), expresó que si existe sentencia no es aplicable el término de prescripción, que prevé el art.4027, inc.1, sino el de diez años correspondiente a la actio iudicati, por aplicación del art 4023, en tanto que lo normado por el primer artículo rige sólo a las fijadas por convenio. Luego de recordar los arts. 374 y 3969 del CCiv., concluyó que *"el codificador ha querido generar un paraguas protector del alimentado que garantice de modo absoluto la efectividad de la prestación alimentaria, dotando al efecto de una normativa expresa que impide cualquier afectación convirtiendo a la prestación alimentaria en intocable y asignándole una coraza final en el carácter de orden público que se le atribuye y con ello un cerrojo infranqueable al acceso de cualquier limitación en derecho, puesto que los hechos de la realidad en muchos casos generan lo contrario"*.

En cuanto al plazo quinquenal, argumentó que *"el esfuerzo discursivo de la doctrina que propugna la aplicación del plazo quinquenal frente al tipo de casos como el que nos ocupa descansa sobre la tesis central de que el plazo de prescripción previsto en el art 4027, inc. 1, del Código Civil, debido a su especificidad, claridad y ausencia de distinción en cuanto a las pensiones atrasadas a las que alude, hace que queden comprendidas las que fueron fijadas por sentencia. Sin embargo, la declamada y discutida especificidad respecto de los casos en que la cuota alimentaria encuentra amparo en una sentencia o convenio homologado se diluye frente al régimen aplicable a la actio iudicata, y la falta de distinción no puede llevarnos a realizar una interpretación arbitraria que desnaturalice la hermenéutica del Código, pues la misma no puede ser valorada en forma aislada respecto del resto del universo de normas que integran el ordenamiento jurídico aplicable"*.

Por último, manifestó que dicha conclusión se vincula y sustenta además en la distinción efectuada entre el plazo de prescripción de dos años de la acción para petitionar la regulación de honorarios (art. 4032, inc. 1, del Código Civil), con el plazo de prescripción de diez años de la acción de cobro de honorarios regulados judicialmente y firmes (art. 4023). Desde tal perspectiva, los honorarios regulados superan el carácter de emolumentos devengados en virtud de una locación de servicios profesionales y han obtenido reconocimiento judicial, integrando la condena en costas, a través de una sentencia reguladora pasada en autoridad de cosa juzgada, con carácter, por ende, firme. Dicha circunstancia hace que los mismos integren la *actio iudicata*, convirtiéndose, por ello, en una obligación personal alcanzada por el plazo de prescripción ordinario de diez años. Por ello, sería ilógico y contrario a la seguridad jurídica que el Cuerpo sostuviera para los honorarios regulados judicialmente obligación también de carácter alimentario, el plazo de prescripción penal de la *actio iudicata*, y para los alimentos fijados por sentencia, un plazo distinto. Máxime, considerando que el Superior Tribunal de Justicia, como tribunal de casación, en ejercicio de la función nomofiláctica, debe inexorablemente propender a la unidad en los criterios de interpretación de la ley.

4. Alimentos para el hijo mayor de edad. Beneficiario que cursa estudios universitarios y se encuentra próximo a finalizarlos. Dificultad para acceder al mercado laboral en función de los horarios de clase.

La Cámara de Apelaciones de Trelew, sala B, con fecha 6/3/2009, en autos "*L. D. v. L., C. A s/alimentos*", confirmó el decisorio de primera instancia por el cual se dispuso hasta el 31/3/2010 la retención del 10% sobre los ingresos que percibe el progenitor demandado como empleado de la Administración Pública provincial, en concepto de alimentos para su hijo mayor de edad accionante.

Al inicio del proceso, el autor contaba con 21 años y cursaba la carrera "*Diseño Industrial*" de la Facultad de Bellas Artes de la Universidad Nacional de La Plata, cuyo plan de estudio insume una duración de cinco años, teniendo pendiente dos materias de cuarto año y todas las correspondientes al quinto año del cursado, con horarios variados de mañana y de tarde.

El progenitor demandado expuso en sustento del recurso de apelación que el fallo se basó, como único fundamento, en la "*falta de tiempo material*" del hijo para continuar sus estudios y proveerse del sustento económico necesario hasta su finalización. Se quejó también de que al prorrogar la asistencia alimentaria del mayor de edad hasta la culminación de sus estudios universitarios, deba comprobar únicamente la continuidad en la carrera para sostener la condena impuesta, e indicó que procede la cuota al mayor de edad siempre que se pruebe la imposibilidad de procurarse alimentos por discapacidad física o psíquica para la continuidad de su educación.

En el primer voto del Dr. Lucero se advirtió que, a tenor de la aplicación lineal y sin cortapisas de los arts. 367 y 370 del Código Civil, se arribaría sin mayor disculpa a la solución legal del caso, pero desatendiendo el sentido y convicciones más extendidas entre los juristas que revelan en forma inequívoca la quiebra del modelo al que respondían tales dogmas y que diera lugar a que se propiciara en encuentros científicos y en proyectos de reformas al Código Civil una necesaria adecuación de las mencionadas normas a estos tiempos. Y lo que es más importante, se desatenderían las circunstancias particulares que presenta el caso del actor, quien no cuenta con el tiempo que requiere cualquier trabajo al que pudiera acceder, aun a tiempo parcial, tornándose muy dificultoso que pudiera conseguir un empleo en tales condiciones, dado que sus horarios de concurrencia a clases son variados y rotativos entre mañana y tarde.

Tuvo en cuenta también que el actor adquirió la mayoría de edad mientras ya se hallaba cursando sus estudios universitarios y que se encuentra, al tiempo de decidir el litigio, a punto de culminarlos, poniendo de relieve que *"las prescripciones contenidas en el art. 265 del Código Civil no tienen frecuentemente vigencia en la realidad, pues la presunción de la ley de que el hijo que adquiere la mayoría de edad se encuentra a partir de ese momento en condiciones de bastarse a sí mismo no se compadece con el tiempo que demanda la prosecución de estudios superiores y el ingreso al mercado de trabajo de acuerdo con la formación profesional adquirida; y que, por ende, la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos subsiste hasta el fin de la educación de éstos, es decir, hasta el momento en que su formación le permita afrontar sus necesidades. Ello siempre que los estudios continúen normalmente, sin retardo imputable al hijo ya mayor de edad, de acuerdo con el plan de estudios previsto para la carrera que cursa"*.

Por otro lado, en el restante voto concurrente del Dr. De Cunto, se estimó que *"los padres tienen la obligación de asistir a sus hijos, a fin de que puedan lograr una autonomía tal que les permita en su oportunidad realizarse en la vida y enfrentar por sí solos la dura tarea de ser padres y llevar adelante una familia, la situación económica actual en el ámbito mundial exige una mayor y mejor capacitación y, si bien la obtención de un diploma no garantiza la inserción laboral, al menos aumenta considerablemente la probabilidad de conseguir empleo. Los padres no pueden negarles apoyo y asistencia a sus hijos mayores de edad cuando éstos están capacitándose normalmente para poder ingresar al mercado laboral (conf. HOLLWECK, Mariana - KANEFSCCK, Mariana - TELLO, María Alejandra, "Alimentos para los hijos mayores. Análisis del derecho francés, italiano y español", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Alimentos, 2001-1, Rubinzal-Culzoni, ps. 186/187). Lo expuesto resulta de especial aplicación en un caso tan especial, y sin pretensiones de efectuar generalizaciones para el futuro, como el presente, en el cual, el actor viene cumpliendo sus compromisos educativos sin dilaciones, está próximo a concluir su formación universitaria de grado y ha demostrado que por dichas obligaciones no puede proveerse el sustento necesario para completar esta etapa de su desarrollo intelectual y social"*.

5. Alimentos derivados de la patria potestad. Progenitor de caudal económico importante. Necesidades de los hijos. Límite de la prestación alimentaria

La Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, con fecha 2/10/2008, en autos “Y. C. v. N., O. A. s/alimentos”, confirmó la cuota alimentaria de \$5000 mensuales fijada en la sentencia de primera instancia a cargo del progenitor demandado -un campeón mundial de boxeo- y en beneficio de sus dos hijos menores.

Apelado el fallo por ambas partes, se analizó que la parte actora podía cuestionar la cuantía de la cuota fijada, pero para que ese ataque prosperara debía demostrar concretamente y en forma clara que aquélla no cubre las necesidades de los menores. Notó que, más allá de ciertas manifestaciones sobre que no se ha tomado en cuenta la declaración de tres testigos, lo cierto es que el recurso devenía insuficiente, ya que se quejó del criterio sentencial, pero no acertó a explicar por qué la cuota de \$ 5000 era insuficiente, qué gastos de los menores quedan insolutos con ella, etc. En este direccionamiento, precisó que *"calificar una cuota alimentaria de \$5000 de exigua implicaría poner en esa calidad a un enorme porcentaje de todas las cuotas alimentarias que se pagan en este país, pues es un hecho notorio que no es precisamente común el suministro de una cuota de esa entidad en nuestro país y en nuestra realidad. La exigüidad alegada, para ser tomada en cuenta, hubiera requerido algo más que declamaciones; y las pruebas concretas y los conceptos precisos que la abonen y pongan en crisis en este aspecto al fallo de grado no han sido suministradas por la parte actora"*.

Más allá de cuánto perciba mensualmente el demandado, lo importante en el caso es determinar si la cuota fijada es o no suficiente para costear dignamente la vida de los menores alimentados. No existiendo pautas en el recurso que indiquen lo contrario y en vista de que la suma fijada excede el sueldo normal de la enorme mayoría de los argentinos, entendió que en tanto la actora no demuestre la insuficiencia de dicha cuota -lo que puede intentar en un futuro-, por el momento dicha cuota es suficiente y así debe declararse, agregando

a continuación que *“para el único efecto que era necesario analizar la potencia económica del alimentante era para saber si estaba en condiciones de cubrir una cuota suficiente para atender las necesidades de los menores. Si el alimentante gana dos millones de pesos o doscientos mil es lo mismo, si su caudal de Ingresos le permite solventarlas necesidades de los menores, pues no se trata de una acción destinada a que el padre comparta su opulencias, si es que la tuviera, sino una destinada a que éste sufrague las necesidades de los menores”*

En otro interesante segmento de la sentencia reseñada, se aseveró que *“es dable dejar perfectamente sentado que, cuando lo que se cuestiona es una suma dineraria, un monto indemnizatorio o una cuota alimentaria, las declamaciones y los adjetivos deben quedar de lado y deben ceder espacio a las demostraciones matemáticas. Si se cuestiona que la cuota es insuficiente, debe fundarse el recurso en extremos de hecho concretos y tangibles, no quedando espacio para las generalizaciones o los tremendismos. Concretamente, en autos se requería, si lo que se buscaba era cuestionar una cuota alimentaria de \$5000, que se explicara qué gastos de los menores no eran cubiertos por ella, qué necesidades de ellos no están cubiertas actualmente, qué montos se requiere para ello y -todo lo reclamado- en un marco de razonabilidad, esto es, sin reclamar montos desmesurados o gastos superfluos”*. Finalmente, se advirtió a la actora que en caso de promover en un futuro ampliaciones de la cuota fijada, sería conveniente a sus intereses que documente con detalle y precisión las necesidades y gastos de sus hijos, pues éstas son las únicas que pueden lograr la elevación de la cuota, si se demuestra que unas y otra no se corresponden en un futuro.

III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

1. Internación dispuesta por autoridad administrativa y ratificada judicialmente. Procedimiento. Competencia. Residencia del menor de edad

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, en los autos caratulados *“P. J. M. s/medida de protección de derechos*

s/competencia" (expte. nro. 24627/10-STJ-) resolvió en fecha 10/8/2010, y coincidiendo con el dictamen de la Procuradora General de la provincia, el conflicto planteado entre los Juzgados de Familia nro. 16 de General Roca y el Juzgado de Familia nro. 5 de Cipolletti, atribuyendo la competencia al primero, en razón de hallarse en su territorio la institución de alojamiento temporario de la joven sujeto de los autos. Señaló, asimismo, como deficiencia de lo actuado, que el organismo administrativo omitió comunicar a la medida de internación al magistrado competente en el plazo legal.

El conflicto de competencia se suscitó luego de que la defensora se presentara en representación de la adolescente J. M. P., de 16 años de edad, por ante el Juzgado de Cipolletti, solicitando medidas de protección para su asistida, quien se había fugado de su vivienda en distintas oportunidades, y manifestado su deseo de vivir con su padre y hermano mayor, que residían en la localidad de Allen. Se sostuvo el incumplimiento de las responsabilidades derivadas de la patria potestad de los padres y la ausencia de familia extensa que motivaron la intervención del organismo administrativo, cuyos integrantes dispusieron el alojamiento en forma provisora en la Fundación "*Vivir y Servir*" de la localidad de Fernández Oro. Ratificada la medida adoptada por Promoción Familiar, se produjo el traslado de la joven a una institución ubicada en General Roca y se notificó que se desarrollaba un trabajo administrativo para promover la revinculación familiar con el padre y el consecuente egreso de la adolescente, ante lo cual la jueza interviniente se desprendió de la competencia a favor de su par de la ciudad nombrada. La juez de familia de General Roca rechazó la declinatoria planteada, sosteniendo que si bien la menor de edad se encontraba transitoriamente alojada en dicha ciudad, ello no resultaba argumento suficiente para determinar su competencia. Se destaca en esta sentencia la cita efectuada por la representante del Ministerio Público, del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitido el 20/8/2008 en autos "*F., M. A.*", en cuanto allí se dijo: "*La regla atributiva forum personae hace referencia al lugar en donde los menores viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la intermediación, y se*

profundiza y refina en la noción 'centro de vida', que hace suya el art 3º, inc. F), de la ley 26.061 -de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes-, como una derivación concreta del mejor interés del niño y al que recurre la comunidad jurídica internacional, cuando los asuntos de competencia afectan a la niñez..."

Para resolver como lo hizo, el tribunal tuvo en cuenta que la joven, de 16 años de edad, ingresó el 29/11/2009 en la institución CAINA Gabriela Mistral de la ciudad de General Roca y, en ejercicio de su derecho a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta, manifestó el deseo de vivir con su padre, residente en la localidad de Allen. Igualmente se consideró que desde su ingreso se sostuvo la necesidad del fortalecimiento de los lazos familiares y pronto egreso de la menor de edad, mostrándose su padre como comprometido con la situación.

Puso de resalto el fallo que "*....cabe al Ministerio Público de la defensa del menor la tarea de control de la legalidad de la toma de decisiones en protección del interés superior del niño y el adolescente, y es la magistratura quien debe darte Intervención y oír su opinión antes de validar y/o ratificar la internación o institucionalización de emergencia que le fuere notificada por la autoridad administrativa*", para apuntar posteriormente que la actividad protectora debe guardar inmediatez con los menores y su grupo familiar.

Tuvieron en cuenta los jueces que "*La medida de protección inicial de la adolescente en un alojamiento transitorio en la Fundación Vivir y Servir de Fernández Oro, como su posterior traslado al CAINA 'Gabriela Mistral' de General Roca, ambas dispuestas por Promoción Familiar han sido determinadas sin cumplir con el procedimiento impuesto por la ley 4109 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes de la provincia de Río Negro, que dispone que la autoridad de aplicación puede decidir el procedimiento a seguir, por acto jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas la medida adoptada, a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. Esto no ha ocurrido, puesto que las medidas han sido tomadas por Promoción Familiar sin que se evidencie la*

existencia de acto administrativo que justifique la intervención debidamente fundada, como así tampoco la inmediata comunicación al juez de familia competente".

2. Derechos económicos, sociales y culturales. Derecho a la vivienda. Derecho a la salud. Personas que padecen HIV. Medida cautelar coincidente con pretensión principal. Procedencia

Los miembros de la sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, en los autos “Z, S. G. v. Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano s/ medida cautelar”, expte. nro. 15.705/2006, llegados del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial nro.1 (expte. nro. 118/06) de esa ciudad, con fecha 4/5/2006, revocaron la sentencia primigenia, haciendo lugar a la medida requerida por el actor –provisión de una vivienda- en beneficio de él y su familia, compuesta por su esposa y dos hijos pequeños, uno de ellos con problemas de salud.

Los autos llegaron cuestionando la negativa a conceder la medida cautelar por coincidencia de contenido entre ella y el objeto del proceso de amparo -principal-, a más de la nulidad por falta de intervención del Ministerio Pupilar.

Sostuvieron los jueces de la Cámara, en voto impersonal, que *“debe considerarse la naturaleza de los derechos fundamentales cuyo ejercicio se reclama con la provisionalidad de una medida cautelar, verbigracia derecho a la vivienda, derecho a la salud, ampliamente reconocidos por la Constitución Nacional, Constitución de la Prov. del Chubut, Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (incorporado a la carta Magna en su art. 75, inc. 22), Convención Internacional de los Derechos del Niño, Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales y Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales Y Culturales, que define las condiciones y aspectos concretos del derecho a la vivienda, entre otros”.*

Analizaron en el fallo que la reserva y el otorgamiento previo de la vivienda que se reclamaba revestía apariencia de buen derecho. Entendieron oportuno señalar que en el supuesto en estudio se había acreditado la circunstancia del desamparo habitacional del grupo familiar conviviente, sin dejar de observar la vinculación indivisible entre el derecho a la vivienda y el derecho a la salud, no sólo del grupo familiar sino especialmente del recurrente y de la niña, dado que ambos padecían HIV, concomitante con la urgencia, dada por no contar con una residencia digna que reúna las condiciones indispensables de salubridad, comodidad y espacio suficiente para albergar a todos los miembros del grupo familiar. Consecuencia de esa argumentación, sostuvieron que el tratamiento de la salud de los miembros afectados, no podía descontextuarse de la vivienda solicitada en el contexto provisional de la cautelar.

Previo afirmar que *“Cabe recordar que los presupuestos objetivos que habilitan el dictado de las medidas cautelares no exigen la cognición precisa y certera a el juez acerca del hecho y derecho alegado, pues la certeza será oportunamente el producto de una secuencia de verificaciones y deducciones lógicas que se despliegan en un momento diferente del proceso. La cognición del a quo al momento de resolver la medida cautelar, puede verse limitada en distintos aspectos, siendo suficiente la apariencia fundada del derecho, es decir su verosimilitud”*, y sostener que el peligro en demora se apuntocaba no sólo en las carencias habitacionales sino en la situación de enfermedad y específicamente en el resguardo del delicado estado de salud de la accionante y el de una niña a su cuidado que padece HIV, aplicaron en concreto el principio liminar del interés superior del niño en los siguientes términos: *“En consonancia con lo dicho precedentemente, debe valorarse en su justa medida el interés superior de los niños involucrados en autos, de 12 y 4 años de edad respectivamente, conforme lo dispone el art. 3º de la CIDN, así como la protección del grupo familiar conviviente que presenta condiciones de vulnerabilidad social, tal como lo establece Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales en su artículo 9. Derecho a la seguridad social: 'Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los*

medios para llevar una vida digna y decorosa...". Art 10: "Derecho a la salud: 1. Toda persona tiene derecho a la salud... 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:...f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables".

Finalmente como adecuada solución al planteo recursivo, resolvieron haciendo lugar a la medida solicitada en su aspecto material, a fin de restablecer provisionalmente el derecho del apelante y de su grupo familiar conviviente a habitar una vivienda digna, señalando en este punto que *"Esto es con amplitud suficiente para una familia tipo, dos adultos responsables, un niño y una niña a su cargo, que se encuentre en condiciones de habitabilidad, con los servicios de luz y gas habilitados, con sistema de calefacción acorde a las condiciones climáticas de la zona, debiendo el Instituto Provincial de la Vivienda, proceder a su otorgamiento en forma inmediata y teniendo en cuenta la problemática de salud del grupo familiar"*.

Atento a lo resuelto sobre el punto, declararon abstracto el planteo nulidicente.

IV. PATRIA POTESTAD

1. Privación. Base constitucional del instituto. Evaluación de costos y beneficios para el niño. Obstrucción materna y desatención paterna. Armonización de intereses

La Cámara de Apelaciones -Sala Civil, Comercial y del Trabajo- de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur, con sede en la ciudad de Río Grande, con fecha 23/6/2010, en los autos "R. L. E. v. C. N. W. s/privación de patria potestad", expte. nro. 5364/09, Resolvió acerca de la pretensión de la actora, madre de una menor de edad, que requería se declare la privación de la responsabilidad parental del padre por señalarlo incurso en la causal de abandono. El tribunal confirmó parcialmente la sentencia, reformulando el fallo

en cuanto a la imposición de las costas, que se habían impuesto a la actora.

En la primera instancia la demanda fue rechazada. Para así decidirlo, la jueza apreció que no se acreditaron los requisitos exigidos por los incs. 2 y 3 del art. 307 del Código Civil, con especial consideración de las pericias psicológicas realizadas a la niña de manera individual y a los padres de ésta en formas conjuntas -y sociales- a las familias de ambos progenitores. Puntualizó que la evaluación psicológica resultó coincidente con la entrevista mantenida con la menor de edad en los términos del art. 12 CDN. Destacó que no advertía el beneficio que puede acarrear para la niña de 13 años de edad la privación de la patria potestad al padre, y atribuyó la falta de vínculo a los desencuentros de éste con su ex pareja. Para finalizar, la señora jueza ordenó a las partes acudir a una instancia de mediación y diálogo que dejó a cargo de la subdirectora del Cuerpo Pericial, a fin de propender al vínculo y plática de la niña con su padre. Con el mismo propósito, dejó sentado que sería responsabilidad del accionado el criterio a adoptar para lograr el acercamiento e integración de la hija a su nuevo núcleo familiar, mixto por la pareja y otra hija. La madre basó su pretensión, básicamente, en los incumplimientos a la obligación alimentaria, y la pérdida de contacto comunicacional con la hija desde el año 2000 hasta octubre de 2008, fecha del recurso de apelación, a pesar de las acciones incoadas de su parte a fin de discernir un régimen de visitas.

Los jueces consideraron los dictámenes periciales, donde se destacaban los reproches mutuos, intereses egoístas, miedos íntimos, recelos y rencores, sentimientos no resueltos, etc., que dejaban a la hija a merced de ambos en ese contexto beligerante. A la par se informó que la niña mantenía un buen vínculo con su progenitora, funcionando como referente afectivo, intelectual, social, etc.

Previo a puntualizar que la adolescente fue expuesta a una situación de desatención material y moral por parte del padre, que se sustrajo a contribuir regularmente en su deber alimentario y tampoco

se preocupó por establecer un vínculo afectivo estable, no se consideró suficiente para aplicar la sanción en atención a la conducta desplegada durante el pleito por ambos padres.

Se estableció que la pérdida de la patria potestad trasciende el cumplimiento irregular de los deberes derivados de ella. *"Exige, la inobservancia absoluta, manifiesta e injustificada de las obligaciones que impone este derecho-deber"*

La sentencia se hizo actitud hostil que mostró la actora, señalando que tampoco ella contribuyó a afianzar el vínculo del padre con la hija.

En el fallo, se puso de resalto la base constitucional del instituto, y así trajo a cuento lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza el 21/11/2007, en autos *"C., A. L. v. D., D."*, voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci (RDF 2008-11-159/180, LexisNexis), que sostuvo: *"Cuando se persigue la privación de la patria potestad la falta de certeza de la prueba impone la interpretación restrictiva, pues - como regla- el interés superior del niño impone que éste mantenga contacto y vínculos jurídicos con ambos progenitores, teniendo en cuenta que la autoridad parental, en tanto función, tiene base constitucional"*.

Con solvencia, los jueces dejaron sentido que *"En tales condiciones, no se puede predicar el abandono absoluto de la menor si el padre ha incoado acciones judiciales tendientes a regularizar un régimen de visitas y la madre ha evidenciado una actitud renuente y de enfrentamiento personal con el progenitor de su hija"* Y en virtud de esa afirmación señalaron *"que sólo el afianzamiento de vínculos familiares y afectivos con ambos progenitores le permitirá a la menor su pleno desarrollo emocional para consolidar su personalidad"*.

Se evaluó la incidencia de la privación de la patria potestad, arribando a la conclusión que conllevaría a provocar un perjuicio en ella a partir de acentuar el distanciamiento del progenitor y de su hermana C., afectando de este modo su desarrollo integral, en especial en el plano emotivo. Y de ese modo, en conformidad al

interés superior de la adolescente, concepto que comprende la máxima satisfacción, integral, simultánea de los derechos y garantías reconocidas por la ley 26.061 (también art. 75, inc. 22, CN; art. 18, Const. Prov. y arts. 5 y 6 de (a ley provincia 521), se decidió la confirmación sustancial del fallo.

V. RÉGIMEN DE VISITAS

1. Obstrucción materna del régimen paterno-filial. Armonización de intereses entre padre e hija. Revinculación supeditada al estado emocional de la niña

El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, con fecha 14/7/2007, en los autos "*A. L. E. v. C. L. A. s/tenencia*". Confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo CM. Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén, sala 1ª, que había dispuesto la fijación de un régimen de comunicación progresivo que posibilite la revinculación entre el padre y su hija.

El caso se inició a raíz de una pareja separada, con una hija en común, que en virtud de los trastornos de conducta psíquica y física que presentaba la niña ante el régimen de visitas, dio lugar a una causa penal en donde se investigó la posible comisión del delito de abuso agravado por el vínculo por parte del abuelo paterno, quien finalmente resultó absuelto. En ese marco, el juez de primera instancia suspendió las visitas a favor del padre, mientras que la Cámara revocó dicho decisorio y en su lugar se fijó un régimen de visitas pretendido por el progenitor demandado con respecto a su hija menor en forma paulatina y progresiva, indicando que el juez en la instancia de origen debía ir dando los pasos necesarios de manera prudencial para avanzar en el camino del restablecimiento de la vinculación entre la niña y su padre.

Al ingresar al análisis del recurso de casación interpuesto por la madre el voto del vocal ponente, Dr. Jorge O. Sommariva, y al que adhirió el pleno del tribunal, fue de recordar que el derecho de

visita es a la vez un deber detener trato con el hijo, ello es, un derecho que pertenece tanto al padre como a sus hijos, resaltó que *“en la obstrucción o impedimento de trato entre padres e hijos se genera una falta de contacto personal y deterioro progresivo de las relaciones paterno filiales que provoca lesiones psíquicas difíciles de superar”*. Agregó luego que el interés superior del niño *“debe buscarse en cada caso en particular, sin que existan fórmulas preestablecidas. La expresión sólo tiende a que queden asegurado del mejor modo posible el desarrollo afectivo y emocional del menor, cuando no pueda disfrutar del trato cotidiano de ambos padres”*.

Afirmó que a partir de los padecimientos de la hija debe generarse la solución del caso porque el tiempo de evolución psicológica en cuanto al trauma sufrido dependerá únicamente de la niña, debiéndose armonizar sus intereses y los del padre en la medida de lo posible. Acaró que *“frente a la colisión de intereses, se da prioridad al interés de la hija, toda vez que el contacto con su progenitor se establecerá recién a partir de que aquélla se encuentre en condiciones físicas y psicológicas, debidamente comprobadas para generar dicha situación. Con ello, se asegura la protección a la menor, que es la parte que más la necesita”*

Sentado lo anterior, entendió que *“es necesario discriminar las aptitudes de la madre y del padre, porque cuando se considera que el otro progenitor es 'prescindible' para el hijo, se desconoce el daño psicológico que se le provoca al intentar 'borrar' de su psiquismo a aquel cuya presencia es la garantía de una salida saludable hacia el medio extrafamiliar. La obstrucción al contacto con el demandado, fundada en los argumentos de proteger a la niña, no tiene en cuenta los efectos de deterioro que sobre la identidad de ella podría arrojar. La percepción de la imagen paterna es un proceso que normalmente el hijo va descubriendo a la par que descubre el mundo que lo circunda. Es necesario que la niña construya una imagen paterna, utilizando para ello los elementos de juicio que la realidad que la rodea le vaya presentando, pero, será distinta de acuerdo a la respuesta jurisdiccional, toda vez que e imponer una 'sanción' al impedirle el contacto con el progenitor, marcará la ausencia de un padre, que reclama por el vínculo. Y con ello, no se está indicando que las visitas tengan que acontecer en forma inmediata. Los tiempos de los sentimientos tienen su ritmo propio. Por eso, comparto lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en cuanto a que el*

restablecimiento del vínculo debe hacerse en forma paulatina y a lo que agrego: sujeto y supeditado al estado psicológico de la niña, de carácter prioritario».

Conforme a lo ante dicho, resaltó que la solución no importa desconocer el derecho del padre, sino tan sólo morigerar su ejercicio en aras del interés superior que se pretende alcanzar añadiendo que *“en la 'defensa' de la hija -desde la convicción que cada uno de los padres tiene- se acreditan en el proceso culpas propias por sus acciones erróneas y se advierte la imposibilidad de realizar una adecuada salvaguarda en pos de brindar a la niña las herramientas necesarias para su desarrollo. Por eso, en el ejercicio a cabalidad de la patria potestad, a actora no puede ejercitar esa facultad en forma absoluta, sin que sea compartida por el demandado, quien no tiene impedimento legal alguno para ser sancionado con la suspensión del régimen de visitas... no puede ni debe perderse de vista que el demandado no se encuentra invalidado legalmente para hacer efectivos sus derechos con respecto a su hija. Por eso, deben permitirse y facilitarse los mecanismos necesarios para restablecer la vinculación paterno filial”, agregando luego que “no se encuentra acreditado en autos la existencia de causas graves que descalifiquen al actor para ejercer la patria potestad. Ello, por supuesto, subordinado, acotado al estado psico-emocional de la menor; en que necesariamente habrá de marcar las pautas temporales de la relación”.*

Por último, destacó que ambos progenitores deberán, en el marco de su recorrido terapéutico, *“reflexionar y generar su propia crítica con relación a sus conductas en el ejercicio de la patria potestad, asumiendo comportamientos que sean conducentes para garantizar los vínculos con connotaciones menos conflictivas y poder construir la relación parental necesaria que favorezca la paz familiar. Asimismo, deberá apostarse a la creación de un espacio, de aprendizaje, en consideración al interés superior del niño, en el que puedan repararse los errores cometidos”.*

2. Oposición de la hija al régimen de visitas con su progenitor. Revinculación dentro de un contexto terapéutico y en forma paulatina

La Cámara de Apelaciones -sala Civil, Comercial y del Trabajo- de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, con sede en la ciudad de Río Grande con fecha 28/4/2009, en los autos "R. F. E. v. F. M. A. s/régimen de visitas", confirmó la sentencia de primera instancia por la que se fijó con carácter cautelar un régimen de visitas de la hija a favor del padre dentro del contexto terapéutico y con el monitoreo de una psicóloga integrante de la Dirección Pericial, e impuso el tratamiento psicoterapéutico para la citada niña y ambos progenitores, debiendo acreditarse inicio y continuidad cada quince días bajo apercibimiento del delito de desobediencia respecto de los adultos.

Cabe señalar que la jueza de primera instancia tuvo particularmente en cuenta que la resistencia ofrecida por la hija resultaba muy difícil de soslayar con un pronunciamiento jurisdiccional si no se efectuaba un tratamiento psicoterapéutico que involucre a la niña y ambos progenitores. De ahí que se haya dispuesto el restablecimiento inmediato con el padre *"dentro de un contexto terapéutico y en forma paulatina"*.

La progenitora se agravió de la resolución al entender que prescindió de la opinión de la niña, quien en reiteradas ocasiones manifestó el deseo de no contactarse con su padre no conviviente, añadiendo que, luego de iniciado el pertinente tratamiento por éste, debía ser analizado pericialmente para recién ahí intentar la revinculación ordenada en el veredicto impugnado.

El tribunal de alzada aseguró que el interés del menor aparece como un principio rector en toda la materia vinculada a la minoridad y derecho de Familia, conforme reza el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ese interés se tutela impidiendo que la niña se convierta en víctima de una reyerta entre sus progenitores, con

la consecuente privación de otras prerrogativas esenciales como el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, es decir, el derecho a vincularse adecuadamente y asiduamente los hijos con sus padres. Destacó asimismo que no hay que olvidar que la vinculación de un menor con su padre no conviviente constituye un derecho humano del que la niña no puede ser privada, pese a la implacable negativa de la madre y aun de la propia interesada. Eventualmente, como lo ordenara el juez de grado, se requerirá de un ámbito terapéutico que abarque a todos los involucrados -la menor y sus progenitores- para lograr la recuperación de la relación con el ascendiente no conviviente, sin que dichas prácticas puedan interrumpir de modo alguno el contacto progresivo que la niña deberá tener con su padre.

Realizó también el acierto que implicó la inclusión de una psicóloga integrante de la Dirección Pericial en el proceso cautelar, no sólo por la vasta experiencia que tiene en la materia, sino a partir de la importante tarea que ha de desarrollar en tomo a soslayar la conflictiva relación que mantienen los progenitores de la niña, para cumplir sin cortapisas con la delicada tarea que se le ha encomendado.

Observó que la situación de estrés y el deseo de la niña de no participar de encuentros con su papá serán superados en el marco de las medidas dispuestas a partir de las distintas terapias que inicien los progenitores y, desde luego, la propia hija, y que no era compatible lo afirmado por la recurrente al impugnar el veredicto de grado en tanto privilegia una relación sanguínea entre las partes. *A contrario sensu*, la señora jueza de grado, poniendo a resguardo el interés superior del menor, privilegió el desarrollo integral de la personalidad de la niña, que necesita de dos pilares: en principio, la convivencia armónica con su madre: conviviente y luego la presencia de la imagen paterna, que se configura a partir de la interrelación periódica y efectiva con aquél.

3. Denuncia de abuso deshonesto. Suspensión cautelar del contacto paterno-filial

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comerciar, Laboral y de Minería de Santa Rosa, provincia de La Pampa, sala 2º, con fecha 25/8/2010, en los autos *"T. L. C. v. B. G. R. s/ medida autosatisfactiva"* confirmó la resolución de la instancia anterior por la que se prohibió el acercamiento del recurrente a una distancia de 200 metros del domicilio de su cónyuge, del domicilio de los abuelos maternos y de la escuela que concurrían sus tres hijos menores, con motivo de una denuncia de abuso deshonesto por cual había sido indagado.

La causa tuvo como origen un proceso de separación entre los cónyuges, que comenzó en el mes de noviembre del año 2009 como consecuencia de los hechos de violencia denunciados por la esposa. Si bien las partes acordaron al mes un convenio provisorio sobre atribución del hogar conyugal, alimentos y régimen de visitas, a raíz: del abuso denunciado por la madre respecto a una de sus hijas, se dictó la medida cautelar apelada.

La Cámara consideró que el art. 9º, párr. 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, posterga el vínculo y contacto del niño con sus progenitores cuando sea contrario a sus intereses. Reparó que el informe del Servicio de Prevención y Asistencia de la Violencia Familiar agregado en la causa penal sugiere que continúen interrumpidas las visitas debido a que se han observado indicadores en la niña que dan cuenta de un diagnóstico de abuso sexual infantil por parte de éste, y que es la propia niña, de tan sólo 7 años, quien solicita la postergación del vínculo con su padre.

En este contexto, sostuvo que es incuestionable la existencia de una tensión entre los derechos controvertidos, cuates son los de un padre a un régimen de visitas de sus hijos y los del niño, víctima de un presunto abuso por parte de su padre, a suspender los contactos con dicho progenitor, remarcando además que *"en el balancing test que debe realizarse ante un conflicto de derechos, surge de manera clara la necesidad de*

privilegiar al niño en su protección integral, por las consecuencias disvaliosas que derivan para quien carece de la madurez biopsíquica -en hechos como el que analizamos-, frente a las que debe enfrentar un adulto en iguales circunstancias, máxime si son los protagonistas del conflicto". Con cita de Néstor E. Solari ("La causa penal por abuso sexual y su influencia en el régimen de visitas", inserto en la obra Revista de Derecho Penal, 2007-1. Eximente de Responsabilidad Pena III, Rubinzal-Culzoni, ps. 649 y ss.), remarcó que "existe una relación asimétrica entre el sospechoso y la niña. Toda víctima de delitos requiere protección; ahora bien, si la víctima es un niño esta protección debe intensificarse. Esta asimetría también se da en los efectos de un régimen de visitas entre el sospechado de abuso sexual y la menor. Si se 'forzara' a la menor a ver a su padre y luego se comprobara la existencia del delito, los efectos sobre la psiquis de la niña serían impredecibles. El adulto tiene mecanismos psicológicos de los cuales el niño carece. Es esa mínima posibilidad la que debe contemplarse en aras del primordial interés del menor".

¿El progenitor matrimonial puede constitucionalmente ser obligado a ser padre?... o de cómo la ley se vuelve injusta

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Revista de Derecho de Familia

Cita online: TR LALEY AR/DOC/7158/2012

[Consultado el: 26/08/2021]

I. Antecedentes del caso

El 29 de abril del año 2009 se dicta la sentencia de primera instancia, en la que se declara la inconstitucionalidad del párr. 2° del art. 259 del Código Civil en cuanto al plazo de caducidad impuesto al marido, rechazando la excepción de falta de legitimación interpuesta por el tutor ad litem de la niña sujeto de autos. Como consecuencia de ello, el fallo desplaza a la menor de edad de su estado de hija matrimonial del actor y ordena la modificación de la partida de nacimiento. Debe aclararse que durante el proceso se realizó un nuevo examen de ADN, que reiteró la exclusión de vínculo que había arrojado un estudio preliminar realizado por los cónyuges.

La Cámara de Apelaciones revoca el fallo en fecha 17/4/2010, previo dictamen de la defensora de Cámara que se expidió opinando que debía confirmarse el resolutorio, y del Ministerio Público Fiscal, que entendió que debía desestimarse la sentencia y revocar la inconstitucionalidad decretada.

La pareja de adultos contrajo matrimonio el 18/9/1992 y, debido a la imposibilidad de procrear, recurrieron a técnicas de fecundación asistida, con resultado negativo. El actor padre jurídico

con vínculo filiatorio matrimonial adujo que la esposa le comunicó el embarazo y en fecha 3/7/2002 nació la niña, que fue inscrita por ambos. Sostuvo también que algunas situaciones le generaron sospechas sobre la fidelidad de la esposa y, por ende, sobre la filiación, y debido a ello le solicitó la realización de un examen biológico. Negativa mediante de la progenitora, y por desavenencias derivadas de la situación, se produjo la separación de la pareja en agosto de 2002, que culminó con el dictado de la sentencia de divorcio en el mes de abril de 2004.

Durante la etapa post divorcio, en ocasión de transitar el proceso de mediación respecto de la liquidación de bienes sometidos al régimen patrimonial matrimonial, la progenitora acepta la realización de la prueba genética, que se lleva a cabo en fecha 15/12/2005.

La demanda se interpone en el mes de abril de 2006 y a ella se allana la progenitora, adhiriéndose subsidiariamente al planteo de inconstitucionalidad.

La demandada se presentó por sí y en representación de la niña, solicitando se designe tutor ad litem para la menor de edad, a fin de que peticione el desplazamiento, y dejando en claro que el actor se retiró del hogar a los veinte días de producido el nacimiento de la hija. Además, adujo que de no hacerse lugar a la demanda, se perjudicaría a la criatura al tener que mantener una identidad falsa (puesto que nunca tuvieron trato filial), privándola del reconocimiento del verdadero padre.

El tutor designado interpuso excepción de falta de legitimación del actor por caducidad de la acción, fundado en que de la demanda emergía que tenía dudas sobre la paternidad y no ejerció su derecho en plazo legal. Hizo referencia a que la niña es la única legitimada para impugnar el emplazamiento del actor y que al llegar a la mayoría de edad podrá o no ejercer la acción. Se inclinó por preservar el derecho a la estabilidad, a la paz familiar y a la identidad,

argumentando que el plazo de caducidad no es un capricho legislativo, pues el orden familiar requiere estabilidad en las diversas formas de emplazamiento. Finalmente, señaló que no se probó que el desplazamiento aporte más beneficios que el mantenimiento del estado de hija matrimonial. Por el contrario, afirmó que la solución pretendida por el actor haría que su representada quedara desamparada del derecho a la prestación alimentaria y goce de los derechos derivados de la patria potestad.

También repelió el planteo de inconstitucionalidad, sosteniendo que el demandante pretendió purgar su propia desidia con él, al interponer la acción más de tres años después del plazo legal, sosteniendo una conducta contraria a los actos propios.

A requerimiento del fiscal, durante el proceso se realizó un nuevo examen de ADN que arrojó idéntico resultado excluyente de vínculo, y la asesora de menores reivindicó la posibilidad de ejercer en forma autónoma, y aun sin los representantes necesarios, las acciones conducentes a la protección de los menores de edad.

II. Aclaración preliminar

Desde que se me encomendó el análisis de la sentencia de la Cámara, y sin perjuicio de que tendré en cuenta para la realización de tal tarea lo resuelto en la instancia anterior, debo señalar a los lectores que, en este caso, y por las circunstancias de hecho que fueron llevadas a decisión judicial, haré referencia a la pareja involucrada como "*los cónyuges*", o cuando deba referirme individualmente a cada uno de ellos, será bajo la denominación "*la*" o "*el*" cónyuge; mientras que al mencionarlos respecto de la niña, lo haré como "*el*" o "*la*" progenitor/a o "*el*" o "*la*" genitor/a.

Ello así, en virtud de considerar que tanto la maternidad como la paternidad son construcciones culturales apontocadas en el desarrollo de la crianza de los "*cachorros humanos*" y que, como tales,

pueden ser desempeñadas por ambos géneros indistinta y/o exclusivamente, mientras se garantice por uno o ambos de los adultos que las despliegan el cumplimiento de las funciones normativas y nutricias.

Por esta razón, transmutada al caso concreto (vinculado con la realidad biológica de una menor de edad), es que considero más adecuado al supuesto juzgado, y cuyo análisis efectuaré, el empleo de los términos señalados, sin implicar el ejercicio efectivo del rol materno o paterno, ni siquiera con el empleo en este comentario de otros vocablos más específicos y que la usanza tradicional y la prevención de reiteraciones aconsejarían, en desmedro de la postura que explicité.

Elijo, en fin, intentar dotar de neutralidad a algunas palabras en pos de un posicionamiento que nada tiene de neutral, conforme espero poner en evidencia.

III. De las acciones

El art. 259 (1) Código Civil de la República Argentina confiere acción de impugnación de emplazamiento de la filiación matrimonial tanto al marido de la madre como al hijo.

Dicha acción es producto de la presunción legal que emerge de los arts. 243 (2) y 246 (3) de ese compendio legal, aunque recordemos que se trata de una presunción que admite prueba en contrario, siendo la normativa amplia respecto de los medios de acreditación admitidos para desvirtuarla (art. 258 (4), párr. 2°).

Sin embargo, la legislación interna ha establecido que el desplazamiento de la filiación debe serlo dentro de un proceso judicial, y que la acción del cónyuge está sujeta a que se proponga antes de transcurrido el plazo de un año, contado desde el nacimiento. El precepto en cuestión admite que el esposo pueda demostrar que no tuvo conocimiento del alumbramiento, en cuyo caso el término se

computará no ya desde el momento del parto, sino desde el día en que conoció de él.

Para el hijo, en tanto, no contiene plazo alguno, y señalo, además, que el texto legal no previó entre los legitimados activos a la cónyuge (progenitora).

En rigor, en el supuesto resuelto por la Cámara, se trataba de una acción de desplazamiento de una filiación matrimonial atribuida por la ley, iniciada por un ex cónyuge contra su ex esposa y la menor de edad que fuera emplazada en ese estado.

Del contenido del fallo se extrae que, aun conociendo la jurisprudencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil (5), los jueces asumieron que el plazo responde a "*una secular directiva que tiende a la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia*" (la cursiva no está en el texto comentado).

Y avanzan en el desarrollo argumental diciendo que la acción del marido caduca porque la ley pretende que sólo quede abierta durante un tiempo acotado la posibilidad de cuestionar la responsabilidad procreacional (en el original, sin cursiva), mientras que para el hijo no existe ese plazo porque se asienta en un interés permanente: su identidad.

Si bien puedo compartir que, en efecto, esta norma involucra la responsabilidad procreacional, las razones expuestas en el fallo en comentario no resultan tan sólidas en punto a la diferencia que explicita respecto del hijo, puesto que es de toda evidencia que el emplazamiento en determinado estado de familia goza de carácter recíproco.

Recordemos que, conforme lo expuesto por el mismo Dr. Zannoni (aunque no en esta sentencia, sino en su extraordinaria obra sobre el derecho de familia), al abordar el instituto del "*estado de familia*" (6) como cualidad jurídica de la que derivan derechos y

obligaciones recíprocas, dijo que goza de los siguientes caracteres: universalidad, unidad, indivisibilidad, correlatividad, oponibilidad, estabilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, inherencia personal e intransmisibilidad sucesoria.

Me interesa remarcar aquí dos de esos caracteres: la indivisibilidad y la correlatividad.

En ese sentido, ha sostenido el mentado jurista que "*La atribución subjetiva de relaciones familiares es indivisible. Aquí se atiende al contenido de dichas relaciones... el cual no puede ser escindido o dividido según que la relación familiar interese a uno u otro sujeto*" (7). Luego agrega que "*La relación jurídica familiar es correlativa entre los sujetos a quienes vincula... en otros términos, diríamos que existe una correlación o reciprocidad en el estado de familia que emerge... respecto del padre y la madre y los hijos*" (8). El estado de familia, entonces, hace a la identidad de ambos sujetos de la relación, puesto que se es hijo, padre, madre, abuelo, tío, etc., siempre respecto de otro. La correlatividad equivale a alteridad, y ambos extremos implican reciprocidad, por lo cual la identidad del hijo que se invoca como fundamento involucra, ineludiblemente, la de su progenitor jurídico, emplazado como tal. Como veremos luego, considero que es otro el argumento de la diferencia entre uno y otro extremo de la relación en cuanto a la caducidad para unos e inexistencia de plazo para los otros.

Pero, además, se censura en el resolutorio la actitud "*facilista*" del progenitor de plantear la inconstitucionalidad, y privar a la niña de la filiación paterna, sosteniendo que en todo caso ésta podrá ceder en el futuro si ella ejerce la acción por sí, o a través de su representante promiscuo en la medida en que se admita la intervención autónoma de dicho Ministerio, sin hacer mención alguna a que ese mismo Ministerio Público sostuvo la inconstitucionalidad del art. 259, y postuló la confirmación de la sentencia ante la Cámara.

Anoto, por otra parte, que el juez votante en primer término hace incluso referencia a la ley dinamarquesa, y nos ilustra acerca de

que ella establece también un término: el cómputo del plazo de doce meses para impugnar "*desde que el marido tuvo conocimiento de las circunstancias que pudiesen justificar su desconocimiento*" y hasta un máximo de cinco años.

Los argumentos a los que hago referencia nos conducen, entonces, a indagar acerca de los tópicos invocados: la seguridad jurídica y el plazo, incluyendo en este último aspecto y por la trascendencia para el asunto el momento en que éste principia su transcurso. Igualmente, me detendré en lo expresado en el resolutorio respecto del alcance de la intervención del tutor ad litem y el Ministerio Público de Menores, atento a su incidencia en las acciones de filiación en que los niños, niñas y adolescentes no son representados por quienes titularizan la responsabilidad parental, sino por un funcionario estatal.

IV. La seguridad jurídica

Atendiendo a la trascendencia que en el caso ha tenido este concepto, corresponde señalar que la seguridad jurídica implica el ejercicio de la libertad sin riesgo, permitiendo que el ciudadano pueda organizar su vida sobre la creencia en el orden jurídico existente. En este concepto se involucra la previsión de las inseguridades futuras a que pueda dar lugar un acto jurídico determinado, y por eso puede sostenerse que en la medida en que sea posible pronosticar las consecuencias directas e indirectas de las relaciones jurídicas, existe "*seguridad jurídica*". Un papel fundamental en la previsibilidad a la que hacemos mención lo desempeña, obviamente, la ley.

Para un desarrollo social armónico y organizado es preciso entonces que: a) existan leyes claras y concretas; b) un cierto grado de certeza y tranquilidad al saber anticipadamente las consecuencias jurídicas de los actos propios y de los cumplidos por terceros; c) la garantía de que dichas normas serán cumplidas y aplicadas correctamente por las autoridades competentes y d) garantía de resarcimiento de las consecuencias dañosas.

Ahora bien, la seguridad jurídica es un valor que subyace en el ordenamiento jurídico para sostenerlo y, en cierto modo, darle organicidad. Como valor, entonces, resulta atravesado por los condicionamientos de la época en que tiene vigencia y desarrollo, y así podemos sostener que no es idéntico el ejercicio de la patria potestad en tiempo de sanción de la Ley de Matrimonio Civil, ni la seguridad jurídica nacida a partir de la celebración de las nupcias en esa época, que la que impone la realidad múltiple, cambiante y vertiginosa de la posmodernidad.

Señala Peyrano, previo aclarar que dentro de quienes sistematizaron la teoría de los valores sigue el esquema propuesto por Scheler, que los valores son una cualidad de las cosas, no son meras proyecciones del sujeto, ni se confunden con las cosas valoradas. Se perciben mediante una operación llamada estimación, y tienen varias propiedades, entre las que se destacan la polaridad (todo valor es positivo o negativo), es decir, valor o contravalor (disvalor) y la jerarquía, por cuya virtud existen valores altos y bajos, y generan la reacción de los sujetos que los estiman (9).

Existe un plexo axiológico con una pluralidad de valores jurídicos, y dentro de los posibles, podemos señalar: justicia, orden, seguridad, paz, cooperación, solidaridad. Ante esa diversidad, y la propiedad señalada en cuanto a que admiten jerarquías, es preciso apuntar que la seguridad jurídica a la que se apela en el fallo implica una selección axiológica dentro de los distintos valores disponibles.

Del mismo modo, aquellos fallos que admitieron la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil apelaron a un valor, aunque distinto al aquí estimado relevante (10).

Esta dicotomía jurisprudencial, que plasmo como dato de la realidad (constitucionalidad vs. inconstitucionalidad), por sí misma me resulta suficiente para advertir al lector acerca de la relatividad del concepto de seguridad jurídica como fundamento único o dirimente de la validez de la norma tachada de contraria al texto supremo.

El constitucionalista Linares Quintana reseña la historia y la evolución de la seguridad jurídica en una enumeración exhaustiva y para concluir que "*[...] Llámase seguridad jurídica al conjunto de las condiciones que posibilitan la inviolabilidad del ser humano y la que al decir de Sánchez Agesta presupone la eliminación de toda arbitrariedad y violación en la realización y cumplimiento del derecho por la definición y sanción eficaz de sus determinaciones, creando un ámbito de vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, y por consiguiente, con verdadera libertad y responsabilidad... Sin seguridad no puede haber libertad, del mismo modo que sin oxígeno es imposible la vida. Solamente la seguridad avienta del alma humana el temor, o sea, el recelo de un daño futuro, provenga éste de otros individuos o del Estado. La seguridad jurídica equivale, así, a la libertad del hombre frente al temor [...]*", para aclarar que no basta con que la seguridad jurídica esté enfáticamente proclamada en una Constitución, sino que "*es necesario que todos y cada uno de los habitantes tengan el goce efectivo y cabal de sus derechos*" (11).

Por otro lado, prestigiosa doctrina señala con acierto que en los primeros tiempos de la organización jurídica de una nación su fin primario no es realizar la justicia, sino la seguridad; es decir, en su origen organizacional, la aspiración de todo hombre reside en tener normas que todos respetarán, en saber cómo debe comportarse y cómo exigir que se comporten los otros hombres (12). De ello se deriva la importancia de establecer pautas que permitan asegurar regularidad y eficacia en los mecanismos de aplicación del derecho, y claridad y coherencia del sistema legal. Obtenidas esas normas, recién entonces resulta posible la realización de la justicia (como otro de los valores apetecibles como de posible realización), apelando, además de a la ley, al sistema de principios que subyace en el sistema legal, para sostenerlo y darle sentido.

Es de toda evidencia que la sociedad ha ido modificando las formas de organización patriarcal, en donde el interés del marido aparecía como el de todo el grupo familiar, por fórmulas más permeables, tendientes (sin que ello signifique logros completos) a una mayor igualdad y democratización de las relaciones interpersonales.

Téngase presente que se trataba de una época en que no sólo la constitución y la percepción de la "*familia*" como institución eran diferentes, sino que, además, la prueba de la paternidad biológica se presentaba como dificultosa y de dudosa certeza. Se privilegiaba, entonces, la estabilidad del grupo familiar y a la vez ella se sostenía con la presunción de paternidad del marido, protegiendo de esta manera al grupo familiar de la incursión de terceros que "*alteraban la paz familiar*", en función de que sus derechos resultaban de prueba difícil y poco fiable, además de que conceptos como la identidad no habían alcanzado el desarrollo actual.

En este siglo que transitamos somos testigos de una revolución científica sin precedentes en materia biológica y, particularmente, genética. La respuesta social no puede ser otra que la revisión de la identidad biológica y también de la "*seguridad jurídica*" de un sistema que se presume respetuoso de dicha identidad.

En los tiempos actuales, entonces, la seguridad jurídica viene signada por otros valores y normas externas a los sistemas jurídicos de cada Estado, que han producido un reacomodamiento en lo que ha dado en llamarse la internacionalización de los derechos fundamentales y la influencia de ellos en el ámbito jurídico universal.

Ante esta nueva realidad integrada por un sistema legal establecido, pero sometido a los cambios que produce la incorporación de los tratados de derechos humanos al plexo constitucional, tendremos que considerar que el sistema que contiene a la seguridad jurídica está compuesto por normas y principios que se organizan para la protección de los derechos o la restitución en la medida que ello resulte posible de los valores o prerrogativas vulnerados.

No se propone con este señalamiento una desjerarquización de la seguridad jurídica, sino únicamente hacer notar que la ubicación de los valores jurídicos en la escala axiológica resulta influenciada por distintos factores que pueden provocar oscilaciones y cambios en las

jerarquías según difieran las circunstancias, la cultura o aun el momento histórico. Ello nos conduce al concepto de "*mayor*" o "*menor*" fuerza que pueda tener un valor determinado, y a la comprobación de que hay algunos que revisten más dificultad de realización que otros.

Ahora bien, hago notar siguiendo a Peyrano que generalmente la realización de un valor favorece simultáneamente la materialización de otro, y que un disvalor puede concomitantemente dar lugar a otros. Pero interesa recalcar, porque nos conduce al entuerto del caso, que la acentuación sobre aspectos de ciertos valores puede redundar en la aparición de disvalores.

Veremos si en el fallo en comentario, el enaltecimiento de algunos aspectos que se vinculan a la seguridad jurídica no conduce a un contravalor.

Conforme los antecedentes, en el caso concreto juzgado en que dos exámenes genéticos arrojan un idéntico resultado determinante de la inexistencia de nexo biológico, emerge como nodal cuestionarse si hace a la seguridad jurídica el resultado del entuerto como fue juzgado en la segunda instancia. Y ello así en cuanto este fallo deja supeditada la acción negada al actor por transcurso del plazo para el momento en que la menor de edad (por sí, o por su representante promiscuo) demande, reabriendo el debate en otro juicio, con el mismo objeto procesal e idénticas partes, que en éste en que lo hizo el adulto a quien alcanzó, previamente, el plazo de caducidad.

La respuesta inmediata que surge ante el dilema es que en modo alguno este resultado satisface el goce efectivo y cabal de todos los derechos, puesto que si bien es cierto que el de la persona menor de edad permanecería en estado de latencia, el de los adultos, a ser desplazados de un emplazamiento apócrifo, ha sido cercenado. Y en especial, se obliga al marido de la madre a sostener un vínculo (y sus consecuencias) sin darle la posibilidad, existiendo otra respuesta legal

como luego veremos, de un ejercicio pleno de su derecho a repeler una filiación que le fue atribuida por el accionar de un tercero.

Considero que reconocer un derecho sin que en definitiva se efectivice en la vida real y concreta de las personas es contrario a la seguridad jurídica. Apelando a un valor (la seguridad jurídica), la sentencia arriba a su disvalor: la inseguridad, puesto que estando dadas todas las condiciones para declarar la inexistencia del vínculo, se lo sostiene, aunque reconociendo que tal decisión puede no ser definitiva, con el aditamento de que ninguno de los involucrados directos se oponía al progreso de la demanda, habiendo sostenido una postura apegada a texto legal, aunque se argumentara esgrimiendo la protección de derechos eventuales (alimentos y sucesorios) de los que se vería privados la niña. Todo ello, además, en desmedro del valor justicia.

V. El plazo legal. Su cómputo

En el caso en comentario, la magistrada de la primera instancia analizó si esa limitación temporal tiene incidencia justificada, racional y proporcional, y puede entonces ser considerada válida frente al texto constitucional, inclinándose por la negativa al entender que la norma conculcaba derechos fundamentales.

Amén de lo considerado por la Cámara al revocar dicho precedente, es preciso recordar que alguna doctrina sostiene que la imposición de plazos de caducidad en el ejercicio de acciones filiatorias responde a la ponderación efectuada por el legislador, que decidió otorgar preponderancia a la estabilidad de los vínculos filiatorios, aun cuando ellos sean contrarios a la realidad biológica, con la finalidad de brindar protección a los niños en cuanto a su emplazamiento, garantizando de ese modo la seguridad jurídica en las relaciones familiares (13).

Ya expuse los cuestionamientos que merece apelar únicamente a ese valor.

En ocasión de abordar el tema de la constitucionalidad de los plazos de caducidad de las acciones de filiación, he seguido la postura que sostiene que la existencia de aquéllos como el establecido en el art. 259 del Código Civil, no resulta un "*capricho*" legislativo (14), aunque agrego en esta ocasión que, como es conocido, es reiterada la visión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que en el ordenamiento jurídico no existen derechos absolutos, implicando esta afirmación que todos los derechos son susceptibles de una reglamentación prudente y adecuada (Fallos 258:269; 250:418; 262:205; 263:461; 311:1176).

Y en ese sentido, participo de la corriente que sostiene que ese plazo, o más bien el texto legal donde la norma que prohíbe investigar la filiación atribuida por la ley transcurrido un año desde el nacimiento o de tener conocimiento de él, traduce una reglamentación proporcionada y razonable del derecho a la identidad. En especial, porque si bien la base biológica en que se asienta el sistema filiatorio debe gozar de reconocimiento legal para la regulación de las relaciones nacidas a partir de la procreación, el tope temporal previsto por el legislador hace al respeto por la identidad como construcción (faz dinámica), y a la seguridad de los vínculos nacidos y sostenidos por los ciudadanos durante períodos más o menos extensos. No se vulnera, sino que, al contrario, se resguarda de manera más integral el derecho a la vida familiar si se determinan plazos más allá de los cuales se veda al adulto (sea como reconociente o por vía de presunción legal derivada del matrimonio) la posibilidad de ejercer la acción.

Ello sin perder de vista que el mismo Tribunal Supremo ampara, en principio, la vigencia de las normas infraconstitucionales dictadas conforme al sistema legal (art. 28 de la CN), que sólo podrían ser tachadas de contrarias al texto magno por poderosísimas razones, y siempre y cuando un acabado examen conduzca a la convicción cierta de que la aplicación del texto normativo implica conculcar el derecho o la garantía constitucional invocados.

Jorge Azpiri define de manera sencilla la filiación: el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que la engendró y con la mujer que la alumbró. Deja a salvo en su monografía lo relativo a la filiación adoptiva, por cuanto ella reposa en un vínculo legal que no coincide con la realidad biológica. Seguidamente aclara que para poder hablar de filiación esa realidad biológica tiene que ser trasladada al plano jurídico, generándose de ese modo los vínculos jurídicos familiares. Y agrega: *"Cuando se alude a la filiación de una persona se está haciendo referencia a que ésta es el centro de imputación de diversos derechos y deberes. El acento está puesto en el hijo de allí el nombre de filiación y no en los padres, ya que lo que está en juego es la ubicación de este hijo en su relación con aquéllos"* (15). Ese posicionamiento respeta el esquema constitucional (art. 75, inc. 22) en tanto y en cuanto considera al niño como sujeto de derechos autónomo y diferenciable de los adultos responsables, con intereses propios y derechos subjetivos también individuales, entre los que cabe señalar el de la identidad (arts. 7º, 8º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Aunque, a mi modo de ver, el autor omite considerar la porción dinámica que constituye también la identidad personal del ser humano, esa construcción vital que nos hace ser *"éste/ésta"* y no *"otro/otra"*, el ser único e irrepetible, y sutilmente otorga relevancia al vínculo biológico por sobre el social, que si bien es objeto de protección jurídica, no siempre puede ser ponderado como superior.

En esta temática se hallan involucrados tanto el derecho a la identidad (que forma parte explícita del bagaje de derechos humanos *"constitucionalizado"*, por su expresa referencia consagrada en el art. 75, inc. 22, y en particular, los arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 3º de la Convención Americana de Derechos Humanos), y con igual fuerza el derecho a la tutela judicial efectiva (que tiene reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8º; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 18; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2º.3; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8º).

Sin olvidar el compromiso de los Estados partes de "*prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*" que establece claramente la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 8º.2.

No resulta posible sustraerse a la cita de los derechos mencionados en los pactos, puesto que la Corte Suprema de Justicia (con mayoría integrada por los Dres. Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco), en el caso "*Maꞗꞗeo*" expresó: "*21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de `control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (...)*" (16).

En ese contexto supraconstitucional, aparece en el orden interno la caducidad como un instituto de carácter legal que provoca la pérdida del derecho al cual se refiere, ante el transcurso del tiempo fijado por la ley, funcionando automática y oficiosamente. Recordemos que se diferencia de la prescripción en que por ésta, ante la misma inactividad, lo que se produce es el decaimiento de la acción, y queda sujeta a la interposición de la parte interesada.

En los supuestos de plazos de caducidad establecidos para el ejercicio de las acciones de estado, se protegen las relaciones familiares desarrolladas al amparo de ciertas presunciones legales o actos calificados de irrevocables y, en cierto modo, también la identidad, al dar cabida a la faz dinámica en igualdad de condiciones

que la biológica, y luego de un lapso temporal prudencial, sin que se cuestione el origen biológico. Estas disposiciones legales representan la respuesta dada por el legislador nacional a las modificaciones producidas en la ciencia, ya que posibilitan conocer con alto grado de certeza la verdadera filiación por naturaleza; pero, se agrega que, además, representan el sentir de la comunidad que advierte como repugnante a la justicia mantener dentro de la familia y por imposiciones ajenas a los sujetos directamente involucrados la falsedad evidente de una filiación (17).

En ese contexto, y en términos constitucionales, es oportuno afirmar que la estipulación de un plazo determinado en el compendio que regula la cuestión relativa a las acciones de filiación debe reunir el recaudo de razonabilidad, en especial, en cuanto al modo de computar el término así fijado.

Sostengo (aun cuando no emane de los textos de los arts. 259 y 263 del CCiv., que son los que contienen los términos de uno y dos años, respectivamente, para iniciar las acciones) el siguiente argumento: confrontando el derecho del hijo que carece de plazo de caducidad con el del progenitor, no hallo una discriminación irracional sino una limitación en la equivalencia de condiciones, la que está dada porque la presunción legal derivada del vínculo matrimonial (o el reconocimiento, en su caso) constituyen actos propios del sujeto adulto que no requieren del consentimiento del niño, apareciendo objetivo y razonable que el otro sujeto de la relación mantenga incólume su derecho a impugnar un acto del que no pudo participar, siendo él mismo el principal interesado.

Por ende, no considero que la limitación temporal impuesta pueda ser tachada de inconstitucional, invocando como argumento el marido (o el reconociente) que la existencia del plazo legal le impida ejercer su derecho de acceso a la jurisdicción (puesto que únicamente lo acota temporalmente), ni afecta el principio de igualdad ante la ley (pues no está en la misma situación que el sujeto menor de edad, que no puede ejercer consentimiento alguno), ni tampoco sus derechos

patrimoniales desde que, en definitiva, éstos son una consecuencia del no ejercicio temporal de un derecho reconocido.

La limitación temporal de un año para que el marido de la madre ejerza la acción de desplazamiento de la filiación matrimonial en el contexto de la normativa legal no resulta arbitraria ni importa una restricción al derecho de acceso a la justicia.

Sin perjuicio de lo que apunto, se ha juzgado que: *"...El derecho a la verdadera filiación y el derecho a la identidad personal, demandan actualmente que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien 'biológicamente' es hijo".* Al decir de Germán Bidart Campos, *"...reciprocidad entre la realidad biológica y las normas. Las normas que obstruyen a emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. Dan vuelta la cara y miran para otro lado. Si de ese resultado deriva la negación de la legitimación procesal para emplazar la filiación a quien tiene derecho a que se la reconozca, lo son por la estrechez procesal"* (18).

VI. Interpretación armonizadora. Propuesta

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dictar sentencia en el caso *"Velázquez Rodríguez v. Honduras"* (19), fija el estándar de debida diligencia (20) como aquél conforme el cual el deber de garantizar implica organizar todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Es reiterada la visión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que en el ordenamiento jurídico no existen derechos absolutos, implicando esta afirmación que todos los derechos son susceptibles de una reglamentación prudente y adecuada (21). Reiteradamente, además, ha calificado como lo más delicado de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia y acto de suma gravedad que debe considerarse como ultima ratio del orden jurídico la declaración de inconstitucionalidad de una norma

(22), señalando *"Que dicho examen debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional"* (23).

¿Cómo conjugamos el principio de seguridad jurídica, el de justicia y las garantías en supuestos como el comentado, en función de la regla de reconocimiento constitucional?

Propongo, en primer lugar, recordar que la pauta en materia de normas jurídicas es su plena vigencia, y que *"La declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad, o ultima ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella, sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio a la que cabe acudir en primer lugar"* (24). Puesto que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa no resulta alcanzada por el control reservado a los jueces, ya que la conveniencia o no del criterio escogido por el Parlamento escapa a la revisión judicial (25).

Sostengo, en segundo lugar, que el modo de computar los plazos implica una restricción injustificada al acceso a la tutela judicial para los adultos a los que alcanza, respecto de la misma garantía que tiene el hijo, que puede ejercer el derecho a impugnar la filiación durante toda su vida (acceso permanente a la jurisdicción). Difícil es imaginar que una persona conozca que su realidad biológica es distinta a la que ostenta por título, y deje transcurrir plazos extensos desde que supo de esa falta de convergencia. Más bien es razonable pensar que conocida la falta de identidad entre el hecho biológico y el emplazamiento jurídico, sea a partir de ese hecho que se accione, o (por el contrario) que se decida sostener ese emplazamiento. Será siempre algún hecho lo que motive la decisión del hijo a ejercer la acción imprescriptible y no sujeta a caducidad alguna (anoticiarse de la

falta de concordancia, realizar las pruebas y su resultado excluyente, conocer al progenitor biológico, romper la relación afectiva con el progenitor legal, algún problema de salud que implique investigación genética, etc.). Del mismo modo, es el hecho de conocer la realidad biológica (merced a una prueba genética) lo que marca el inicio del plazo para ejercer la acción del progenitor jurídico, y no un acto que pudo tener base en un error de hecho no imputable al progenitor.

En tercer lugar, comparto la referencia que se hace en el fallo a la responsabilidad procreacional, no así que se apele a ella para atribuir una paternidad apócrifa, y sin que se haya acreditado que le sea atribuible al marido de la madre el error, por lo que seguidamente daré razones acerca de lo que considero la interpretación correcta para poder endilgar constitucionalmente una paternidad en función de la responsabilidad procreacional.

Como método de análisis del art. 259, corresponde valerse de las máximas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para evaluar si contiene un fin legítimo, y si así redactada la norma es objetivamente adecuada para realizarlo.

En el supuesto juzgado, si el fin legítimo es la concreción del derecho a la identidad para mantener la seguridad de la relación filial nacida a partir de ese acto jurídico que es el matrimonio, y la inscripción del hijo como nacido dentro de éste, tomar como inicio del cómputo del plazo de caducidad el mismo momento en que se realiza, excluye el logro de esos fines en el caso concreto. Y ello porque cuando existe un vicio en la voluntad no es sino a partir del acceso al conocimiento del yerro o la desviación que lo motivó, que quedaría expedita la voluntad para poder hablar de un verdadero consentimiento. Coartar esa posibilidad en tiempo anterior a que ello acontezca implica una restricción al acceso a la tutela judicial efectiva violatoria de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales, y una desigualdad jurídica entre los integrantes del binomio filial.

De allí que sostengo que la existencia de plazos de caducidad resulta constitucional, aunque no lo es el modo en que ellos deben ser computados, correspondiendo al intérprete aplicar la excepción e imponer la vigencia de la Constitución, pues sólo así se configura una igualdad de trato en el acceso a la justicia de ambos integrantes del binomio. Apelar al momento en que se produce el nacimiento o el reconocimiento como inicio del cómputo del plazo vulnera el derecho a acceder al conocimiento de la verdadera identidad de los involucrados, y el derecho interno se vuelve contrario a los arts. 2º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 1º, párrs. 1º y 2º, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

El principio de igualdad constitucional se integra con el concepto de igual tratamiento y con el de ser tratado como igual. En ese orden, el primero es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recurso o carga y el segundo el de ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera (26). Su contraluz es la discriminación, el trato diferencial de los individuos que se consideran pertenecientes a un grupo social determinado "*distinto*", "*los otros*". La Corte Interamericana de Derechos Humanos advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "*carece de justificación objetiva y razonable*" (27).

La Corte Interamericana interpretó el sentido y alcance del art. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el cual los Estados signatarios "*se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*" (28).

Y finalmente, en la opinión consultiva 17, la Corte Interamericana se encargó de explicitar en su párr. 44: "*En un sentido más específico, el art. 24 de la Convención consagra el principio de igualdad ante la ley*". Así, la prohibición general de discriminación establecida en el art. 1º.1 "*se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que*

es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley" (29).

Es de señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en que los principios que rigen el plazo de caducidad para la impugnación de la paternidad rigurosa (el mencionado art. 259 del CCiv.) también caben para los supuestos de desconocimiento simple (art. 260). Conflicto similar se plantea en el derecho español. Su Tribunal Constitucional en un precedente de fecha 26/5/2005 (STC 138/2005) estimó que el párr. 1º del art. 136 del Código Civil español, que prevé un plazo de caducidad como nuestro art. 259, es inconstitucional por cercenar el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, limitación al derecho a la tutela judicial efectiva que no guardaría proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial.

Otro argumento está dado por el precepto de necesidad o indispensabilidad que implica que toda intervención legislativa debe ser la más benigna entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Supone, entonces, la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir con dos exigencias: a) si reviste el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última y b) si afecta negativamente al sistema de derechos y a la organización institucional en un grado menor (30).

Se trata, en definitiva, de revisar si el medio elegido es, entre varios posibles, el que en menor proporción limita el derecho personal comprometido, con la consecuencia de que si el legislador ha optado por uno más gravoso, hay irrazonabilidad constitucional en la medida, por la limitación mayor innecesaria del derecho afectado (31).

También es evidente que si el art. 259 del Código Civil incluyera la posibilidad de impugnar la filiación a partir de tomar conocimiento de la realidad biológica y por el plazo que el legislador estime, mantendría incólume la seguridad jurídica que el fallo realza como valor, con mayor protección de la identidad de los extremos involucrados, y sin menoscabo de la igualdad de derechos que asisten a ambos.

Por último, y respecto de la proporcionalidad en sentido estricto, el intérprete debería considerar que se requiere que las ventajas obtenidas mediante la intervención legislativa al derecho fundamental compensen los sacrificios que ésta implica para los titulares de derechos y para la sociedad en general (32). O sea, establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo justifica la intensidad con que se menoscaban aquéllos. Las distintas soluciones jurisprudenciales nos dicen que no se respeta tampoco este subprincipio, y la vulneración del valor justicia lo reafirma.

VII. Representación procesal. Alcances de la sentencia

La apelación del fallo de primera instancia estuvo a cargo del tutor ad litem designado ante los intereses contrapuestos entre los sujetos que ostentaban la calidad de partes y la niña, también parte demandada. Este funcionario se limitó a cumplir su cometido: interponer la excepción pertinente con el objetivo de mantener a su representada en el estado de familia asignado.

Llama la atención de que en la sentencia los magistrados se apartaran de la opinión del Ministerio Pupilar, y que en la primera instancia ese mismo Ministerio (a cargo de otro funcionario, pese a la unidad de actuación que debiera caracterizarlo) no se expidiera sino para dictaminar que reivindicaba la posibilidad de representar a los menores de edad en las acciones de filiación. Y señalo esto para evidenciar cómo los operadores jurídicos solemos anteponer las opiniones personales, cuando no ciertas prácticas, que no coadyuvan

al ejercicio efectivo de los derechos, en desmedro de los ciudadanos que se ven constreñidos a recurrir al sistema judicial.

El estado de familia genera pertenencia, y otorga al sujeto una posición dentro del grupo primario (su familia) y de la sociedad en la que transcurre su vida. Este sentido de pertenencia contribuye a su construcción como individuo y de allí deriva la importancia del respeto y la protección de la identidad de las personas, englobando la faz estática y la dinámica de éste. La identidad personal encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano, y como tal tiene raigambre constitucional y sustento normativo en nuestro orden jurídico constitucional y legal. Señala Zavala de González que *"la identidad es lo que hace que cada cual sea uno mismo y no otro, interés merecedor de tutela y atribución de facultades de actuar para satisfacerlo"* (33), y agrega: *"Este poder implica la facultad del sujeto de exigir que se admita y se respete lo suyo, y que no se le atribuyan hechos o calidades ajenas, incompatibles con las propias. Pero ante todo, presupone la posibilidad de forjar su identidad y de obrar acorde con ella"* (34).

En la averiguación de la realidad biológica no sólo están en juego intereses privados, sino también uno público: el estado de las personas. Existe una responsabilidad social de garantizar al niño su derecho a conocer su origen (35). Esto no implica desconocer que dentro de esas posiciones se ha abierto un camino que puede resumirse diciendo que siempre el resultado dependerá de la situación de hecho en que se encuentre el hijo (36). La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849, ha establecido el alcance de ese reconocimiento legal al disponer que *"el niño... tendrá derecho desde que nace... en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"* y que *"los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esa esfera..."* (art. 7°); así como también que ellos *"...se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley"* (art. 8°); prerrogativa, por otra parte, reconocida de manera expresa por la Corte nacional en su sentencia

de fecha 4/12/1995, en que se indicó el derecho a la identidad personal como uno de los derechos fundamentales comprendidos en el marco tutelar del art. 33 de la Constitución, agregando que *"...el normal desarrollo psicofísico exige que no se trabé la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica verdad personal, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por un proyecto de vida, elegido desde la libertad"* (37).

En los autos *"Recurso de hecho deducido por Elsa G. Arias, defensor público por la representación de S. M. M. en la causa 'M., S. M. v. M., M. A. y otros"*, la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había confirmado el rechazo in limine de la demanda de impugnación de paternidad y de reclamación de filiación interpuesta por el asesor de menores de la Cámara Nacional de Apelaciones en representación de un incapaz, sosteniendo que la acción sólo podría ser promovida por la menor, cuando adquiriera discernimiento. En ellos, el procurador general, reiterando su opinión en *"O., S. A. v. O., C. H."*, consideró que mediante las acciones de impugnación de paternidad matrimonial y reclamación de filiación extramatrimonial por parte de quien ejerce la representación promiscua de un menor, se busca salvaguardar un derecho personalísimo que se encuentra no solamente en la base de lo que denominamos acciones de estado, sino en la personalidad misma del individuo; esto es, el derecho a la identidad. En ese sentido, señaló que la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849, ha establecido el alcance de esa prerrogativa al disponer que *"el niño... tendrá derecho desde que nace... en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"* y que *"los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esa esfera..."* (art. 7°); así como también que ellos *"...se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley"* (art. 8°); prerrogativa reconocida por la Corte Suprema de manera expresa en antecedentes que cita. Así, opinó, que procede revocar la sentencia

apelada, en cuanto desestimó la legitimación del asesor de menores para deducir la demanda.

El 13/2/2001, la Corte Suprema dicta sentencia coincidente con la solución propiciada por el procurador general. De ella resalta la mención de que en el caso, tanto el marido de la madre de la menor como el supuesto padre, con la conformidad de la progenitora, habían requerido que el Ministerio Público de Menores e Incapaces promoviera la acción.

Cabe preguntarse entonces, nuevamente, por qué se apartó la Cámara de la opinión de la representante promiscua de la niña, sin apelar a otras posibilidades que brinda el sistema jurídico, como por ejemplo: confirmar la sentencia apelada y disponer se dé intervención en los términos del art. 255 del CCiv. para el emplazamiento filial (38). En cuanto al argumento sostenido por Belluscio, y que el fallo recepta respecto a que *"La discordancia entre la filiación legal y la realidad biológica no desaparecerá por mandato legal pues resulta evidente que siempre habrá casos en que la segunda no sea impugnada o simplemente sea desconocida sin que nadie la haya indagado, y a falta de acción de los interesados no cabría que el Estado la impusiese sin incurrir en un autocrático totalitarismo violatorio de la intimidad familiar. Por otra parte, la filiación adoptiva es por definición contraria a la verdad biológica y nadie podría sostener que ella debiera desaparecer por no ajustarse a tal realidad. Y la Convención no contiene ninguna disposición que haga prevalecer la realidad biológica por sobre las normas legales nacionales que en ciertos casos impiden consagrarla"* (39), considero importante realizar algunas apreciaciones para aventar argumentaciones basadas en fundamentos que, a mi modo de ver, son sólo aparentes.

En primer lugar, los casos de discordancia entre los vínculos legales y jurídicos no interesan al mundo jurídico en tanto y en cuanto no sean llevados al campo de la contienda judicial. Por lo tanto, no me parece una premisa válida sostener que existen supuestos de no coincidencia entre emplazamiento y biología, y con ello pretender negar la posibilidad de acceso a la justicia a un ciudadano que cuestiona una presunción legal. En segundo lugar, el autor del

comentario no ha tenido en cuenta al argumentar respecto de la falta de nexo biológico en la adopción que el mismísimo Código Civil establece dos tipos de filiación: la que tiene lugar por naturaleza y la adoptiva (art. 240), lo cual deja sin sustento su razonamiento.

Tampoco puedo dejar de señalar que el tutor ad litem cita en apoyo de su postura el derecho a la estabilidad, a la paz familiar y a la identidad, siendo que termina no preservando ninguno de ellos, puesto que la niña conocía su realidad, sabía que no era hija del marido de su madre, no había tenido con él vínculo alguno, los genitores estaban separados primero y divorciados luego desde poco tiempo después de su nacimiento y ninguna paz "*familiar*" había para proteger, desde que ellos no funcionaban como una familia, y la única estabilidad anhelable era la de desentrañar la verdadera identidad, que luego posibilitaría el emplazamiento (voluntario o compulsivo) del progenitor biológico.

Finalmente, requerir el mantenimiento de un derecho que no fue reclamado por quien resultaría la única responsable financiera de la nena (la progenitora, conforme art. 27 de la CDN) no parece un argumento tan valioso como el vinculado con la verdad. Además, la Cámara, al dictaminar siguiendo la propuesta del tutor procesal, no tuvo en cuenta que de producirse el deceso de la madre, esta niña quedaría bajo la responsabilidad parental exclusiva de quien no es su progenitor, que se convertiría en administrador de sus bienes, sin perder de vista que, de fallecer ella, el padre jurídico, que ningún vínculo mantiene ni mantuvo con ella, sería su heredero universal.

Antes de concluir este apartado, señalo que según surge de los antecedentes, se permitió (por parte del tutor ad litem y del Ministerio Pupilar) la realización de un nuevo examen genético en un trámite donde la cuestión (conforme sus posturas procesales) revestía carácter de pleno derecho, cuestión que no parece haberse advertido, ni haber sido salvada por los funcionarios actuantes.

VIII. Conclusiones

En este punto, creo oportuno poner de resalto que en nuestro sistema la declaración de inconstitucionalidad no es más que la inaplicación de la ley en un caso concreto en que se visualiza la notoria injusticia que acarrearía el apego irrestricto al texto legal basado, justamente, en la imposibilidad de dirimir la tensión entre derechos aplicando la armonización de ellos. Como expresara el constitucionalista Germán Bidart Campos al comentar un caso juzgado por el Tribunal de Familia de Quilmes, *"Una norma general puede no ser inconstitucional en sí misma, pero ser inconstitucional el resultado aplicativo injusto que es capaz de originar para una situación determinada y concreta"* (40).

Del análisis del fallo y sus antecedentes queda claro que luego de producida prueba genética (en dos ocasiones, además) descartando la paternidad asignada, y con conocimiento de la niña del resultado y de su realidad (no había existido entre ellos trato paterno-filial), no resulta proporcional a la protección que su identidad jurídica merece mantener un emplazamiento apócrifo. Tampoco que se compadezca con el derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva que se rechace la acción por el transcurso del plazo de caducidad, teniendo en consideración que de las normas que regulan la materia imponen la presunción (sujeta a prueba en contrario) de la paternidad del marido de la madre, si el hijo nace dentro del plazo de vigencia del matrimonio, y sólo con primer análisis de ADN pudo el actor tener certeza de la no paternidad de la criatura a la que emplazó como su hija.

En todo caso, pudo el tribunal, de considerar que la existencia de plazos de caducidad para el ejercicio de las acciones de filiación no viola garantías ni normas constitucionales, dejar a salvo esa porción de la norma y desechar, por contraria al texto constitucional, la forma de cómputo de dicho plazo. Así, sostengo, se armonizaría la tensión entre la seguridad jurídica, la justicia del caso y el acceso a la tutela judicial efectiva en igualdad de condiciones.

Si se afirma que la niña puede (ahora que se conoce la verdad) accionar mediante el auxilio del Ministerio Púpilar (ante el resultado de sendos exámenes génicos llevados a cabo en ese proceso), pareciera confundirse la legitimación para el ejercicio de un derecho personalísimo con la representación procesal, olvidando los distinguidos magistrados que emitieron la sentencia que ante ellos sostuvo la sentencia de la primera instancia la defensora de menores e incapaces de Cámara (representante promiscua), amén de que ambos progenitores fueron contestes en el desplazamiento del estado de hija matrimonial. Los argumentos brindados no alcanzan para explicar la razón jurídica de apartarse de lo propiciado por la representante promiscua, cuyo rol procesal es llenar las omisiones en que pueda incurrir el representante del menor de edad que debe litigar por su propio derecho.

En realidad, a mi ver, al admitir la postura sostenida por el tutor ad litem y revocar el fallo de la instancia anterior, la Cámara asumió una postura rígida, y no pudo dirimir adecuadamente la tensión entre derechos, al paso que ponderó bajo el rótulo "*seguridad jurídica*", y en desmedro de la justicia, derechos como el alimentario, el de comunicación o los hereditarios, que, en el caso, no superaban la categoría de meras expectativas, puesto que el tribunal omitió considerar que una realidad se imponía: en la construcción identitaria de la niña, ese hombre no era ni su progenitor, ni tampoco su padre.

Computar la caducidad del derecho que asiste al marido de la madre, que no es el padre biológico antes de transcurrido el plazo anual contado desde que tomó cabal conocimiento de esa circunstancia, violenta el derecho de acceso a la justicia consagrado en los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 8º, ap. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en cuanto establecen el derecho de toda persona "*a concurrir a la justicia para hacer valer sus derechos*", en condiciones de plena igualdad, por ante un tribunal independiente e imparcial, a la vez que pospone

irrazonadamente el derecho a la obtención de la verdadera identidad del adulto y la niña, afectando, además, el derecho de igualdad, consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, y en los tratados de derechos humanos que lo receptan como uno de los más fundamentales derechos del hombre (arts. 1º, 2º, 7º, y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en tanto no fija idéntico punto de partida para todos los sujetos involucrados. Lo inconstitucional resulta, entonces, el párrafo de la norma que reza: *"La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo"*.

Cabe preguntarse si la sentencia no colisiona con los postulados constitucionales que tratan al menor de edad como sujeto activo de sus derechos y no como objeto de protección (arts. 3º, 8º y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al art. 75, inc. 22, CN), desde que, esgrimiendo derechos de los que resulta titular un hijo, termina vulnerando la posibilidad actual de dos individuos de acceder a la realidad jurídica coincidente con la verdad biológica, impidiéndoles un ejercicio pleno de su identidad, tanto en su faz estática como dinámica. El formalismo es injustificado porque existía una forma adecuada de resolver la tensión, sin por ello frustrar los derechos fundamentales.

Nuestro Alto Tribunal ha elaborado la doctrina por la cual se sostiene que la aplicación de la ley debe efectuarse equitativamente de acuerdo con la valoración y la apreciación de los hechos específicos traídos a conocimiento de los magistrados. Hacer justicia no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo *"en concreto"*, lo que se logra con la realización del derecho de acuerdo con las situaciones reales que se presentan. Así, se torna exigible conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, para que la decisión jurisdiccional resulte jurídicamente valiosa (41), cuidando especialmente que la inteligencia que se les asigne a las normas no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor de los

razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (42).

Se ha procurado desde los fallos emanados de la Corte Suprema, en especial los de la última década, un especial cuidado en salvaguardar el derecho a la identidad, que se encuentra no solamente en la base de lo que denominamos acciones de estado, sino en la personalidad misma del individuo (43), el que, dada su naturaleza constitucional, ha merecido que se juzgara como tal *"...el derecho a ser uno mismo y no otro, a encontrarse sustentado sobre las raíces que dan razón al presente, a la luz del pasado, que permite vivir una historia única e irrepetible, lo que resulta esencial y de inestimable valor en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura y que, precisamente, por su carácter sustancial, determina como daños cualquier restricción que impida su ejercicio"* (44).

Sostengo que el fallo en comentario ha perdido la valiosa oportunidad de honrar tan inestimable indicación.

Referencias bibliográficas:

(1) *"Art. 259. La acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido"* (artículo sustituido por art. 2º de la ley 23.264, BO del 23/10/1985).

(2) *"Art. 243. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del*

matrimonio, salvo prueba en contrario" (artículo sustituido por art. 2° de la ley 23.515, BO del 12/6/1987).

(3) "*Art. 246. La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: 1° Por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio de los padres, de conformidad con las disposiciones legales respectivas...*".

(4) "*Art. 258. El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre. Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada*".

"En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda" (artículo sustituido por art. 2° de la ley 23.264, BO del 23/10/1985).

(5) "*Se afirma que si sobreviene la necesidad de conocer la verdad biológica con posterioridad a su vencimiento, el principio de igualdad ante la ley no tolera un trato discriminatorio al marido, a quien se veda la posibilidad de deducir la acción mientras al hijo se la concede en todo tiempo, amén de ser incoherente con el sistema legal que privilegia la verdad biológica y ha eliminado las presunciones iure et de iure (ver, por ejemplo el fallo del Trib. Fam. 1ª Nom. Córdoba, 23/10/2002, LL 2003-C-299; Juzg. Civ. y Com. Paraná n. 4, 15/9/2003, voto del Dr. Zannoni, RDF 2004-87, con nota de GRAMARI, Cintia E. - GODOY, Norberto F., 'Legitimación de un padre biológico para impugnar la paternidad de un hijo matrimonial')*" (del voto del Rd. Zannoni).

(6) ZANNONI, Eduardo, Derecho civil. Derecho de familia, t. 1, 2ª ed. actual. y ampl., 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, ps. 44 y ss.

(7) ZANNONI, Eduardo, Derecho civil..., cit., t. 7, p. 44, parág. 20.

(8) ZANNONI, Eduardo, Derecho civil..., cit., t. 7, p. 45.

(9) PEYRANO, Jorge W., "La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil", Revista de Derecho, nro. 57, ps. 398 y ss.

(10) C. Apel. Civ. y Com. Salta, sala 3ª, 10/2/2010, "*M., R. S. v. S. S., G. y otro*", LLNOA, 2010-376; LL del 19/5/2010, p. 11, con nota de Carlos José Laplacette, online: AR/JUR/1328/2010; C. Fam. 1ª Nom. Córdoba, 23/10/2002, "*T. D., J. E. v. R. D. Q.*", LL 2003-C-299, LLC-2003-649; C. Nac. Civ., sala J, 3/5/2005, "*M., C. A. v. M., C. y otro*", comentado por Augusto Belluscio; C. Fam. 2ª Nom. Córdoba, 6/10/2009, "*T., J. A. v. J. G. T. y otros*", LLC-324, cita online AR/JUR/49836/2009, entre otros.

(11) LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional, vol. VI, Pus Ultra, Buenos Aires, 1977, ps. 15 y ss. Extraído de www.foresjusticia.org.ar/investigaciones/JusticiaCEA/Capitulo2.PDF

(12) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "*Seguridad y justicia*", JA 1993-I-813.

(13) MÉNDEZ COSTA, María J., "*La filiación después de la reforma constitucional*", LL 1995-E-1034, cit. por PELLEGRINI, María Victoria, "*Caducidad de las acciones de filiación: implicancias constitucionales*", RDF, nro. 36, LexisNexis - Abeledo-Perrot, ps. 141 y ss.

(14) Así tuve ocasión de resolverlo en los autos: "*A., R. A. v. A. F. G. B. y otra s/impugnación de paternidad*", expte. 102, folio 175, año: 2008, letra "A", no firme, Juzg. Fam. Esquel n. 1, Chubut.

(15) AZPIRI, Jorge, voz "*Filiación*", Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 361.

(16) Cfr. consid. 21 del voto de la mayoría en Corte Sup., M.2333.XLII, "*Mazzzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad*" (2007).

(17) FERREYRA DE DE LA RA, Angelina, "*Un fallo que declara la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil y que efectúa una interesante interpretación del derecho a la identidad*", LL 2003-C-299; LLC 2003-649, comentario fallo de C. Fam. 1ª Nom. Córdoba, 23/10/2002, "*T. D., J. E. v. R., D. Q.*".

(18) Juzg. 1ª Inst. Civ., Com., Lab. y Min. Río Gallegos n. 2, 12/3/2009, "*F., V. H. v. M., C. A. y A., C. B., LL*" del 22/4/2009, con nota de Néstor E. Solari.

(19) 29/7/1988.

- (20) GROSMAN, Cecilia, "*Responsabilidad civil y violencia en la familia*", RDF 2002-20-136; y tal el fundamento del voto de la Dra. Zavala de González en sentencia de fecha 21/12/2000, C. 8ª Apel. Civ. y Com. Córdoba, "*R. L. del V. y otra v. Superior Gobierno*", véase comentario en RDF 2002-22-181.
- (21) Fallos 258:269; 250:418; 262:205; 263:461; 311:1176.
- (22) Fallos 312:72; 322:842; 328:1416; "*Defensoría Pública de Menores n. 4 v. Molinari, Pedro Carlos*", 1/4/2008.
- (23) conf. Fallos 256:602; 258:255; 302:166; 316:188, 1718 y 2624; 319:3148; 321:441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920; 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros; M.913.XXXIX, 20/4/2010, "*Recurso de hecho Massolo, Alberto José v. Transporte del Tejar SA*".
- (24) 13/5/2008, "*Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica v. Marini, Carlos Alberto s/ejecución*", C.2705.XLI, mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, abstención: Argibay.
- (25) Fallos 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre muchos otros; Corte Sup., M.913.XXXIX, "*Recurso de hecho Massolo, Alberto José v. Transporte del Tejar SA*", del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.
- (26) DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, 2002, p. 332, cit. por FAMA, María Victoria, *La filiación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 21.
- (27) Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) "*Willis v. The United Kingdom*", 11/6/2002, párr. 39; CEDH, "*Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*", 4/6/2002, párr. 42; CEDH, "*Petrovic v. Austria*", 27/3/1998, Reports 1998-II, párr. 30; CEDH, "*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*", 23/7/1968, series A 1968, párr. 34., citados en la OC nro. 17, párr. 46.
- (28) CIDH, 29/7/1988, in re, "*Velázquez Rodríguez v. Honduras*".
- (29) Sobre el valor que debe asignarse a estas citas, recordemos que la Corte Sup. Sostuvo que "*tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la*

Convención Americana sobre Derechos Humanos"; Fallos 326:2805, 17/6/2005, "*Simón, Julio Héctor y otros*", LL 2005-D-510.

(30) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "*Prueba compulsiva de sangre y derechos fundamentales*", LLBA 2004-1185; "*¿Es constitucional la 'ley seca' de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?*", LL del 18/1/2004, p. 1.

(31) BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, p. 353.

(32) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "*Prueba compulsiva...*", cit., p. 1185.

(33) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. II-C, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, ps. 224 y ss.

(34) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento...*, cit.

(35) C. Nac. Civ., sala D, 2/4/1996, JA 1996-IV-329; SC Mendoza, sala 1ª, 29/8/1995, LL 1996-B-546.

(36) AZPIRI, Jorge, *Juicios de filiación y patria potestad*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 24.

(37) Corte Sup., "H. G. S. y otro s/apelación de medidas probatorias - causa 197/90", SC H.91XXIV, RH.

(38) En la Argentina, el art. 255 del CCiv. (texto ley 23.264, de 1985 ADLA XLV-D-3581) establece que cuando un menor es registrado como hijo de padre desconocido, el Ministerio Público "*deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre; en su defecto, podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo*".

(39) BELLUSCIO, Augusto C., "*Desconocimiento del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad*", LL, comentario al fallo de la C. Nac. Civ., sala J, 3/5/2005, "M., C. A. v. M., C. y otro".

(40) BIDART CAMPOS, Germán, "*El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales (la adopción de un menor por cónyuges divorciados)*", LL 1999-F-623.

(41) Fallos 302:1281, 1611.

(42) Fallos 303:578; 308:1978; y Corte Sup., 16/4/1998, "G., M. N. s/adopción", SC G.1612.XXXII, consid. 5º, cit. en Corte Sup., 15/2/2000, "T., A. D.", LL 2000-C-423, online: AR/JUR/4494/2000.

(43) Dictamen de la Procuración de fecha 24/11/1997, en SC O.28.XXXII, "*Oks, Sebastián Andrés v. Oks, Carlos Hugo*".

(44) Fallos 313:1113 (voto en disidencia del doctor Petracchi).

De perspectivas y opciones. Otra mirada para analizar las prestaciones compensatorias

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Revista de Derecho de Familia 2012-I. Abeledo Perrot, 2012. p. 266-284.

[Consultado el: 27/08/2021]

I. Introducción

El fallo que comentamos ha sido dictado por el Tribunal Supremo de España y aborda, como temática principal, la temporalidad de las prestaciones compensatorias atribuidas como efecto del divorcio en favor de un cónyuge.

Tal pronunciamiento resulta propicio para realizar algunas reflexiones que parecen estrechamente vinculadas con la cuestión debatida. Así, nos proponemos indagar respecto de las prestaciones compensatorias y las dificultades que el instituto plantea; el enfoque de género como categoría de análisis en el discurso judicial, la perspectiva tribunalicia y la realidad como aspectos que no siempre coinciden a efectos de conocer el alcance que el análisis de la temporalidad de las prestaciones compensatorias fijada por efecto del divorcio podrían tener desde una perspectiva de género.

Igualmente, y ante la inminencia de su inclusión en el derecho privado argentino, invitamos a los lectores a analizar la prestación compensatoria como una institución que debe ser aplicada considerándola un mecanismo de corrección para morigerar los efectos del divorcio, en función de un desequilibrio preexistente a su concesión.

II. Las prestaciones compensatorias en favor del cónyuge por efecto del divorcio

El art. 97. CCiv. Español (1) —regula la pensión (prestación) compensatoria, en adelante PC—y prevé que *"El cónyuge al que la separación o el divorcio le produzca un desequilibrio en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador de la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1ª los acuerdos a los que hubiesen llegado los cónyuges; 2ª la edad y el estado de salud; 3ª la cualificación profesional y las probabilidades de acceso al empleo; 4ª la dedicación pasada y futura a la familia; 5ª la colaboración con su trabajo a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, 6ª la duración del matrimonio y la convivencia familiar; 7ª la pérdida eventual de un derecho de pensión; 8ª el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; y 9ª cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad"*.

La PC ha sido definida como *"el derecho de crédito de régimen peculiar que la ley confiere a uno de los cónyuges (frente al otro) cuando la separación o el divorcio produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto, ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas"*; es una *"prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradas durante la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, con la cesación de la vida conyugal"*(2).

La ley intenta compensar el desequilibrio, procurando mediante la prestación mantener una posición socioeconómica similar de los divorciados durante un tiempo prudencial, a fin de permitir al

más desprotegido una reinserción normal en el respectivo ámbito generador de recursos existenciales (situación objetiva). Como la atribución no puede hallarse en un factor subjetivo (porque no hay determinación de culpabilidades), la adjudicación se funda en un principio objetivo de equidad o solidaridad compulsiva que impone la carga de compensar la disparidad al sujeto que está en mejores condiciones para soportarla (3); también la informan los principios objetivos de desigualdad táctica entre los ex cónyuges y el enriquecimiento ilícito (4).

La pensión por desequilibrio que organiza el art. 97. CCiv. español, se inspira en el derecho francés e inglés. Para algunos autores, la prestación no tiene naturaleza indemnizatoria ni alimentaria (5), para otros reconoce naturaleza resarcitoria del daño objetivo sufrido a consecuencia del divorcio al margen de toda idea de culpa o responsabilidad (6).

“Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el art. 97, CCiv., no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la necesidad en que se encontraba el cónyuge perceptor, lo que hace que esta sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria”(7).

A diferencia del derecho alimentario previsto en el art. 207, CCiv. Argentino, el régimen español se basa en un sistema netamente objetivo que tiende a la protección de los derechos del cónyuge que luego de la ruptura ha quedado en situación económica desventajosa o desequilibrada en relación con el otro (8).

Caracteres: no se trata de una norma de derecho imperativo por tanto es disponible, admitiéndose su renuncia —expresa o tácita— en las capitulaciones matrimoniales o en el convenio regulador; su cuantía en principio es variable salvo que existan *"alteraciones sustanciales de la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100, CCiv.); es*

un derecho que puede ser restringido temporalmente hasta tanto se supere la situación de desequilibrio que le diera origen o bien acordarse en forma vitalicia si existen circunstancias tácticas que impiden prever que el beneficiario va a superar el desequilibrio en un período de tiempo determinado(9); así la existencia del desequilibrio depende del reconocimiento del derecho, con independencia de su duración(10).

Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una PC son numerosos y de imposible enumeración —pese a la determinación del art. 97. CCiv. español—, mas *"resulta preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión ex ante de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad que es ajena a lo que se ha denominado futurismo o adivinación. El plazo estará en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio". (11)*

Son recaudos para su procedencia la existencia de desequilibrio económico en perjuicio del solicitante y que aquél resulte de la ruptura matrimonial. Resulta claro que no puede ser asimilada al derecho alimentario por cuanto no es necesario probar estado de necesidad, pues *"el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de una PC aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo" (12)*

Persigue *"corregir la descompensación económica en los patrimonios de los cónyuges hasta que el que perciba menos ingresos, se rebaga y pueda vivir en forma independiente" (13)*, colocando al cónyuge perjudicado en una situación de potencial igualdad.

Su finalidad no es igualar los patrimonios de los cónyuges tras la ruptura, ni garantizar el reparto igualitario de los ingresos que los cónyuges puedan percibir por sus respectivos trabajos; no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios.(14) Supone ayudar

al beneficiario a alcanzar, si ello fuera viable, aquel grado de autonomía económica de que hubiere podido disfrutar por su propio esfuerzo, de no haber mediado el matrimonio, en cuanto éste, y la consiguiente dedicación a la familia, haya supuesto un impedimento u obstáculo, en su desarrollo laboral o, en general, económico(15). La PC *“tiene una función re-equilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia del divorcio”* (16).

III. La cuestión en el derecho argentino (17)

En la actualidad no existe en nuestro derecho positivo una norma que contemple la restauración del desequilibrio económico que pudiese generar el divorcio respecto de uno de los miembros de la pareja conyugal. Sabido es que mientras la comunidad de vida existe, es bastante probable que ese desequilibrio —preexistente o no a la constitución del matrimonio— fuese tolerado o consentido.

El resultado de la falta de previsión legal suele traducirse en marcadas desigualdades en términos reales, desde que probablemente se produzca en el mejor de los casos el consumo de los bienes que se adjudicaron en la distribución de los que componían el régimen patrimonial matrimonial o bien en los supuestos de divorcio con atribución de culpa, la cuota alimentaria que puede fijarse quizás no colabore de manera suficiente a la autonomía económica del cónyuge beneficiario, siendo muy probable que la posibilidad de reinsertarse o acceder al mercado laboral luego de muchos años de dedicarse al cuidado de la familia o a colaborar con el restante miembro en su actividad profesional o económica se vea reducida a su mínima expresión.

Sin embargo subsiste en nuestro derecho la posibilidad de que los cónyuges formulen acuerdos vinculados con las prestaciones alimentarias, pudiendo los convenios ser temporales, sujetos a condición o sin plazo ni reserva de ninguna especie. Pero tal posibilidad no guarda identidad con las PC del derecho español, pues

jurídicamente podrían ser analizarlas a la luz de las normas del derecho alimentario del cual aquéllas se desvinculan.

Cabría, no obstante, preguntarse si podrían los miembros de la pareja formular un acuerdo durante la etapa de liquidación del régimen, que contemple el reconocimiento de una PC basados en los principios de reserva (art. 19. CN) y de la autonomía de la voluntad. Nada indica que un convenio de esa naturaleza no sea exigible, e incluso pasible de homologación judicial.

IV. Reforma proyectada al Código Civil Argentino

Importa dar cuenta de que la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación designada a partir del dec. 191/2011(18) (23/2/2011) ha previsto la inclusión de la PC tomando como fuente el art. 97, CCiv. (19)

Los autores del Proyecto han justificado la inclusión de tales normas sobre la base de los siguientes argumentos: *“La idea central es que de este modo se compense al cónyuge que el divorcio le provoca un empeoramiento patrimonial y dicha compensación se efectúa en una prestación única, aunque se admita como modalidad de pago una prestación mensual (...) se trata de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, surge del análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al momento de producirse el divorcio (...). Propicia la superación de la pérdida económica que el divorcio puede provocar en alguno de los cónyuges cuando el matrimonio haya producido una desigualdad entre las capacidades de ambos de obtener ingresos; cuestión que en la mayoría de las oportunidades, el régimen económico matrimonial resulta incapaz de solucionar. Esta figura (...) Aunque comparte algunos elementos del esquema alimentario (se fija según las necesidades del beneficiario y los recursos del otro), no debe ser confundida con la cuota alimentaria (...). El fundamento esencial es la solidaridad familiar debida entre esposos, aun ante el divorcio (...) esta figura no resulta una consecuencia necesaria del divorcio, sino que procede sólo si se dan ciertos requisitos que deben estar previstos por la ley, como por ejemplo, la colaboración en la actividad lucrativa del*

otro, la situación patrimonial, la edad, el estado de salud, la labor de educación y crianza de los hijos menores, las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, la cualificación profesional, etc.." (20) Esta institución tiene fundamento en el principio solidario y en la proyección de la tutela al miembro más necesitado. Sólo así se garantizará la igualdad real de oportunidades luego de la ruptura matrimonial, postulado indispensable para que cada uno de los esposos pueda diseñar un nuevo camino y editar o reeditar su propio proyecto de vida.

V. La perspectiva de género como categoría de análisis en los fallos judiciales

“Adoptar una perspectiva de género significa (...) adoptar las relaciones de género como categoría de análisis importante, valiosa, indispensable y fundamental para un análisis más objetivo y científico de la realidad. Implica reconocer que nadie mira la realidad 'desde ninguna parte' y 'sin perspectiva', es decir, que nunca se mira e interpreta la realidad de manera neutral”(21).

El concepto de género hace referencia a todas, aquellas prácticas, valores, costumbres y tareas que la sociedad —no la naturaleza— le ha asignado de forma distinta a cada uno de los sexos. El valor político de esta distinción es enorme, en la medida en que las tareas y responsabilidades asignadas a cada uno de los sexos son obra de la sociedad, de la cultura y de la costumbre y no de fuerzas inextricables, por lo que pueden y deben ser transformadas.

De otra parte no puede perderse de vista que las violaciones de los derechos de las mujeres no se derivan únicamente del texto de la ley, sino también de la interpretación, los contenidos y las valoraciones que les atribuyen las personas que aplican el derecho. Ello pues en la medida en que la realidad se nos ha presentado como *"neutral"* en términos de género, varones y mujeres tenemos dificultades para identificar y comprender cuándo la violación de un derecho ocurre porque la persona es mujer.

Y es que el problema es que muchas normas, aun cuando no hacen distingos de sexo en su redacción —se consideran neutras en su origen, aplicación e interpretación—, sí lo hacen en sus efectos; porque además son patriarcales todo el aparato socio-cultural, la administración de justicia y las personas que aplican los instrumentos jurídicos.

Asimismo, pese a las declamaciones acerca de la universalidad de los derechos humanos que titularizan las personas —en consuno con la indivisibilidad e integralidad—, es claro que el respeto de los de las mujeres ha fallado en ese sentido. Los factores que coadyuvaron a ese resultado son diversos, pero cabe señalar que se los ha garantizado desde la doctrina de la igualdad, llevando a los intérpretes a posicionarse en un punto de vista formal, neutro, que imposibilita ver las distintas situaciones de las mujeres y sus demandas concretas.

La igualdad, considerada como igualdad de oportunidades y de resultados, necesariamente debe ser vista ponderando que la primera supone "*las oportunidades de poder, derechos y adquisiciones*", poniendo de resalto que en algunas ocasiones la igualdad de medios —oportunidades— para arribar al resultado deseado coincide, pero no en otras, y es en esas situaciones donde la igualdad de medios conduce a resultados desiguales. La perspectiva de género sugiere entonces advertir que el punto de partida es asimétrico y la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales.(22)

Por ello resulta vital acudir a la perspectiva de género que Implica, por un lado, una crítica a la visión del mundo en clave masculina y, por otro, una relectura y resignificación de la aplicación de las normativas e instrumentos internacionales de derechos humanos que permitan un análisis diferenciado de la realidad para poder actuar sobre ella y transformarla mediante la práctica de relaciones igualitarias y no discriminatorias.

La perspectiva de género, con excesiva frecuencia, se ha entendido como una "*variable*" y no como una enfoque de análisis

tendiente a corregir asimetrías históricas, lo que ha conducido a “agregar” simplemente a la mujer como variable, sin que se produzcan efectivas revisiones de la realidad.

Importa señalar que la doctrina Jurídica mayoritaria no reconoce las relaciones de género como una categoría de análisis fundamental y no contempla las diferencias de poder entre mujeres y varones y cómo éstas se manifiestan hacia el interior del sistema jurídico. Resulta esencial considerar tales diferencias *“ya que es precisamente en este campo —el jurídico—, en donde se regulan las relaciones de poder”*.(23)

De allí que la incorporación de la perspectiva de género enriquezca la manera de mirar la realidad y actuar sobre ella, permitiendo visualizar inequidades construidas de manera artificial, socio-culturalmente, y ofreciendo grandes ventajas y posibilidades para la efectiva tutela de las personas, concretamente de las mujeres (24), contribuye a mejorar la protección y la vigencia de los derechos del colectivo humano.

A pesar de que España cuenta con leyes que tratan la problemática de género, como en varias partes del orbe, este logro aparece insuficiente pues el cambio genuino sobrevendrá recién cuando los estereotipos —actualmente en crisis— hayan sido superados por las prácticas sociales. Ello no implica ni más ni menos que un cambio cultural que demanda un tiempo, que sólo se abreviará a partir de la sensibilización y la ruptura de los moldes ya vetustos, para que otros sean construidos.

Sancionada el 28/12/2004, la ley orgánica 1/2004, *“Medidas de protección integral contra la violencia de género”*, pese a su nomenclatura sólo se ocupa de medidas de protección respecto a situaciones de violencia contra las mujeres perpetradas por *“parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*. (25)

De modo que no puede pregonarse respecto de aquélla que sea una ley de "*protección integral contra todas las formas de violencia contra la mujer*", al reducir el ámbito de protección a los supuestos de violencia doméstica o intrafamiliar, quedando excluidos la violencia económica, patrimonial o simbólica perpetrada en ámbitos diversos del familiar, tales como la institucional, laboral, obstétrica y mediática amparadas por los arts. 5º y 6º de la ley nacional argentina que expresamente legisla sobre las modalidades de violencia contra la mujer perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Esta norma se complementa con la ley 27/2003(26), reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica; con el protocolo de actuación de las fuerzas y los cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género(27); con el protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y con el real decreto 355/2004(28) por el que se regula el registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

La situación es diversa en nuestro país, atento al dictado de la ley 26.485(29), que parte del supuesto de considerar a las mujeres como sujetos especialmente vulnerables (30), de modo que la pertenencia al género femenino es considerada por el legislador local como un factor de riesgo relevante en las relaciones de pareja y en los diversos ámbitos donde la mujer desarrolla su vida. Esta norma ha sido dictada como el instrumento rector de las políticas públicas que el Estado debe diseñar para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y responde —en términos generales— a las directrices que la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer ha producido(31) en relación con las previsiones que debe contener la legislación en la materia —arts. 7º, 9º y 11—. De modo que puede afirmarse que la LPI se diseña sobre la base de los requerimientos del sistema Internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres.

Pero, reiteramos, en España no existe normativa similar, sin perjuicio de la plena aplicabilidad que tiene la CEDAW en tal jurisdicción.

Sancionada el 22/3/2007, la ley orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres se dicta como una *“acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones, aún subsistentes de discriminación directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos o estereotipos sociales que impiden alcanzarla (...) la mayor novedad de esta ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social y cultural (...) con el fin de alcanzar esa igualdad efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en ese sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de las situaciones de constatable desigualdad táctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídico o formal (32)”*.

En forma expresa el art. 4º consagra el principio de igualdad como rector en la interpretación y aplicación de normas siendo tal disposición vital.

VI. Análisis del fallo

1. Los hechos

En sentencia de divorcio se determina prestación compensatoria a favor de la ex esposa en € 600 por dos años.

La AP modifica tal decisorio —el 21/7/2003— ampliando la cuantía a € 900 y el plazo a cinco años para que, transcurrido aquél, pudieran revisarse las circunstancias.

Pasados cinco años, el ex esposo solicita la extinción de la prestación o, subsidiariamente que se reduzca la cuantía de la pensión y se limite su percepción a un año.

El 19/12/2008 el inferior resuelve estimar en parte el planteo, extendiéndola por tres años más, con lo cual la prestación compensatoria decidida a favor de la ex esposa quedará extinguida el 1/1/2012.

Apelada por ambas partes y sólo respecto de la valoración que el inferior efectuó acerca del interés y el empeño de la esposa para acceder al mercado laboral, la AP resuelve confirmar el decisorio. Para así resolver, consideró que el Interés y el empeño en la búsqueda de trabajo por parte de la esposa habrá de valorarse a la hora de limitar su percepción, a fin de incentivar la actitud de la beneficiaria en la búsqueda efectiva de un empleo, y que la enfermedad alegada por la esposa no fue suficientemente probada.

Recurrió ante el TS la ex esposa alegando que debió ponderarse que no hubo superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho a su favor por causas no imputables a ella. También se quejó porque la AP no tomó en cuenta la enfermedad oncológica sobrevenida. Alegó que la fijación de temporalidad exige una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio que haga desaconsejable su prolongación más allá de un plazo determinado, para lo que debe hacerse una previsión anticipada basada en la certidumbre y alejada de toda adivinación. Que la situación de desequilibrio ha aumentado luego del divorcio y que la AP desconoce esto penalizándola por no haber encontrado trabajo.

El TS rechaza el recurso de casación. Para así decidir reseñó doctrina relativa a la impropiedad de revisar vía casación *"temas relativos al juicio de hecho efectuado por los inferiores, toda vez que no se trata de una tercera instancia"*, resaltando que sólo resulta posible por tal vía enjuiciar la incorrecta aplicación de normativa sustantiva.

Reflexionó que *"las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, sea en el sentido de fijar un límite temporal o en el sentido de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquéllas sean consecuencia de (a libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el art. 97, CCiv., y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio pronóstico sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional"* —doctrina de violación de la doctrina legal y/o arbitrariedad—.

Destacó que es doctrina pacífica del Tribunal —ratificada por reforma legislativa 15/2005 al art. 97, CCiv. — que puede fijarse duración temporal a la prestación compensatoria, o establecerse por tiempo definido o en prestación única. Que el establecimiento de un límite temporal depende de que con ello no se resienta la función de restaurar el desequilibrio que le es consustancial, siendo ésta una condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente aquellas de entre las comprendidas en el art. 97, CCiv., que permiten valorar la idoneidad o la aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en tiempo concreto.

Se expresó que los criterios expuestos por el inferior y la AP lucen como el resultado de *"un juicio prospectivo y razonable, construido con criterios de prudencia y ponderación, sobre la posibilidad real que tenía entonces la actora de superar en tal espacio de tiempo (extensión a cinco años y luego a tres más) la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquélla le generó la ruptura, y sustentado en los factores concurrentes previstos en el art. 97, CCiv.. que previamente le sirvieron para justificar su procedencia, todo lo cual impide su revisión en casación"*.

Consideró acertada la decisión al respecto de la AR que para su fijación temporal comenzó valorando y reputando subsistentes las circunstancias o factores que determinaron que se tuviera por existente el desequilibrio en el anterior juicio de divorcio, valorando la

pasividad como el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica.

Cabe recordar que la AP consideró que el empeño e interés de la esposa en eliminar el desequilibrio no tuvo la intensidad que se requería para justificar que el mantenimiento de aquél no podía imputarse a su conducta, y confirmó las apreciaciones del juzgado que en esta línea, a la par que valoró negativamente que se limitara a estar inscrita en el instituto de empleo, renunciando a tomar una actitud activa, que en buena lógica podía ser más efectiva en orden a la obtención de un puesto de trabajo, por ejemplo, mediante el envío de currículums a empresas demandantes de empleo.

El fallo definitivo compartió la decisión de sendos órganos judiciales de limitar a tres años la pensión, pues en la tesitura en que se encontraba la beneficiarla, tal plazo resultaba *"más que suficiente para conseguir un trabajo, no siendo jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso al mismo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención"*.

Por último y respecto a la enfermedad sobrevenida a la esposa, refirió que los tribunales inferiores ponderaron la ausencia de prueba concluyente en orden a ilustrar sobre el tratamiento, posibles secuelas, consecuencias en la vida diaria y/o la incidencia de la alegada enfermedad sobre las posibilidades reales de acceder a empleo por parte de la ex esposa.

2. Impacto de la crisis económica en el mercado laboral respecto de las mujeres. Aspectos relevantes no considerados en el fallo

Diversos informes sobre la crisis económica que sufre España desde hace unos años dan cuenta de que los efectos de la recesión han tenido un impacto menor sobre la mujer, pero tal interpretación es

errónea atento a que el impacto de la crisis ya se está desplazando hacia sectores en los que existe una fuerte presencia de mujeres(33).

Esta aseveración no considera que las mujeres en España se hallan inmersas en una doble crisis: la estructural y la coyuntural, es decir, que al desequilibrio económico sin precedentes de la época se le suma otra condición, cual es la posición mucho más vulnerable y precaria de las mujeres en el mercado de trabajo.(34)

Las cifras dan cuenta de que la tasa de actividad entre mujeres y hombres sigue siendo sustancial a favor de los varones, conservando 15,2 puntos de diferencia mujeres 52,60% y hombres 67,72%(35) —, ello pese a que se reconoce una tendencia continua, aunque lenta, en el crecimiento de la tasa de actividad femenina.(36)

Resulta igualmente diversa la tasa de desocupados — parados— aunque la brecha es inferior a un punto —tasa de paro femenina 20,5%, tasa de paro masculina 21,2%— sobre una tasa de paro general de 20,89% (37), que es la más amplia registrada por España en lo que va del siglo.

Entre los aspectos que pueden estar incidiendo en la relación de la población femenina en el mercado de trabajo se ha destacado que: a) antigüedad en el desempleo: La cantidad de tiempo que una persona permanece en situación de desempleo afecta significativamente su actitud frente a la búsqueda, así como a su propia autoestima y motivación personal; b) actitud de la población desempleada femenina ante la búsqueda de empleo: la antigüedad en el desempleo, el análisis del entorno económico en el que nos movemos, la tolerancia a la frustración, la situación socioeconómica personal, la sensación de no efectividad de las estrategias seguidas para lograr la inserción laboral, entre otros, son elementos que influyen en la actitud de la población desempleada femenina ante la búsqueda activa de empleo; c) edad: la influencia de la edad en el proceso de entrada, mantenimiento o (re)ingreso al

mercado laboral no tiene un carácter neutro, generando dificultades y obstáculos específicos a los diferentes grupos, a la vez que condiciona en parte la posición final que se adoptará en el sistema productivo (38).

Un dato que no resulta menor es que el informe también da cuenta de que la tasa de paro más elevada se ha dado en Andalucía (comunidad a la que pertenece Córdoba, domicilio de las partes involucradas en el fallo en comentario) con el 27,7% con valor superior a la media nacional —que es de 20,8—.

VII. La cuestión de la interpretación jurídica

“El discurso judicial es un espacio fundamental para el desarrollo del proceso de internalización del derecho internacional de los derechos humanos que conduce, en última instancia, a que los Estados, sus individuos e instituciones cumplan con los TDH y demás normas del DIDH”(39).

La elección y el apego a un sistema exegético de análisis de los hechos llegados a juzgamiento y la subsunción en las normas vigentes distan de ser objetivos y neutrales, lo que no supera la mera expectativa. Quien asevere lo contrario, ciertamente se engaña. Además, tal sistema no aparece como el único ni el más adecuado método de decisión jurisdiccional.

Señala el Dr. Lorenzetti, con suma perspicacia y luego de detallar los pasos que integran el razonamiento judicial, que pueden surgir conflictos entre los distintos momentos en que divide éste. Que ha de otorgarse prioridad argumentativa al método deductivo, esto es aplicar una regla válida al supuesto de hecho que ella describe. Dicha regla debe confrontarse con los precedentes y si ellos son disímiles de la regla deberá justificarse el apartamiento; a ello deberá sumarse la coherencia con el resto del ordenamiento jurídico analizando las consecuencias jurídicas o económico-sociales que puede producir la aplicación de la solución jurídica.

Finalmente, resalta que si un caso presenta dificultades en el elemento normativo —determinación de la norma aplicable, interpretación— o en el fáctico, o en la deducción —calificación—, estamos ante un caso “*difícil*” y el método deductivo resulta insuficiente.

En tales supuestos postula una interpretación basada en principios, justificando la decisión en fórmula de corrección, para lo cual señala que la exigencia en términos de prevención de arbitrariedad es que esa forma de razonamiento judicial pueda ser explicable en términos razonables. (40)

En otras palabras, las teorías de la interpretación permiten aplicar métodos de análisis que se apartan —razonablemente— de la exégesis o las reglas, en función de pautas correctivas que atienden a principios, los que, a su vez, requieren tener base constitucional.

Si bien la adhesión irrestricta a la ley implica arribar a la solución del caso a la luz de lo dispuesto por textos legales o precedentes judiciales dotando de una “*neutralidad*” a la cuestión y desentendiéndose de la realidad circundante, entendemos que ello no es suficiente en función de otras cuestiones que necesariamente deben ser ponderadas sin por eso apartarse de los límites impuestos por los textos. Apreciamos que en supuestos como el que convoca este comentario, donde se plantean invisibilizados desequilibrios estructurales, el sentido de justicia que debe imperar en toda decisión judicial halla su respuesta exacta en una correcta interpretación del sistema jurídico que en modo alguno se satisface con la sola letra de la ley.

Para efectuar esta afirmación, recordaremos al lector que el sistema de fuentes del derecho se ha complejizado, pues no resulta suficiente abreviar en el derecho privado, sino que las normas que integran el sistema internacional de los Derechos Humanos están ya inmersas en el torrente jurídico de cada Estado suscriptor de tratados internacionales, sea que ellos se hayan constitucionalizado o no. De

ello se sigue que normas internacionales como las contenidas en la Convención contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW— resultan plenamente operativas no sólo en sus reglas dispositivas concretas, sino también en los mandatos de optimización —principios— que ella describe.

Así por ejemplo, las reglas contenidas en los arts. 2o, 4o y 5o, en cuanto propenden a la desaparición de los estereotipos como causas de desigualdad estructural y asunción de acciones concretas que se traduzcan en igualdad real de oportunidades, restableciendo el desequilibrio histórico (41).

No podemos dejar de destacar que en definitiva, y sin haber otorgado a la beneficiaria de la PC una directriz clara acerca de la cesación del ingreso que obtenía por tal concepto, se la sorprende con una decisión que la priva de aquélla, sin considerar una realidad persistente a la vigente a la época en que ella fuera concedida, y agravada por condiciones externas, recriminándole —en desmedro— acciones que nunca le fueron siquiera sugeridas.

Sin lugar a dudas, esa solución dista de ser equitativa, aun cuando se ajustó a textos legales y obedeció a una toma de posición respecto de ciertos precedentes.

No obstante, se impone resaltar que, en idénticas condiciones, la AP extendió la PC dispuesta originariamente en monto y plazo — de € 600 a € 900 y de dos a cinco años— y sin considerar circunstancias sobrevenidas ajenas a las partes y lo suficientemente notorias y autosuficientes —la mayor edad, la enfermedad y la crisis económica europea, y particularmente española— cercenó el acceso al beneficio de una mujer que, por esa condición, reviste calidad de persona en condición desfavorecida.

Por otro lado, si bien es cierto que del fallo del Tribunal Supremo no se desprende —ni mucho menos— el condicionamiento de los juzgadores en función de los estereotipos, tampoco del cuerpo

mismo puede extraerse que los sentenciantes hayan buceado en la realidad sociológica condicionante de toda práctica social.

En tal sentido, y sin que con ello se pierda de vista que no podría válidamente sorprenderse al varón proveedor con elementos no introducidos en la puja judicial, la ponderación de la crisis económica como hecho notorio no reclamaba la producción de prueba alguna, más allá de los datos estadísticos acerca de la desocupación, que sólo contribuyen a reforzar un hecho no discutible.

Si junto con ello se ponderaba la situación objetivamente desigual de la mujer, por su condición de tal, pareciera que la brecha entre lo justo y lo injusto del caso se abreviaba.

En tal contexto, luce claro que el Tribunal Supremo español juzgó sobre la base de reglas antinómicas —las establecidas por las partes, la ley y los precedentes: PC limitada a un período de tiempo frente a la vitalicia pretendida— escogiendo una de ellas, y despreció la ocasión de juzgar a tenor de principios.

En el supuesto analizado era posible apelar a los principios de derechos humanos de *"no regresividad"* y pro homine en función de que la PC pretendida debía servir como elemento de recomposición de una situación no igualitaria que a la fecha del resolutorio se mantenía y se había incluso agravado por circunstancias ajenas a la beneficiaria.

Estos principios, a más del enfoque de género que sugerimos, son herramientas adecuadas para una mirada diferente y resultan argumentos posibles para justificar un fallo distinto de modo razonable y sin incurrir en arbitrariedad.

Recordemos las palabras de un maestro: *"Los jueces no pueden sustraerse a la influencia de las nuevas coordenadas jurídicas, diferentes a las que tradicionalmente constituían su arsenal formativo y, en no pocas decisiones, especialmente en el delicado tema de los derechos humanos han debido renovar el derecho judicial"*(42)

En nuestra opinión la perspectiva de género constituye un paradigma novel pero exigible y que debe atravesar cualquier resolución judicial que se adopte.

La solución del caso en comentario pudo ser el otorgamiento de un plazo determinado durante el cual la actora debía cumplir determinadas tareas como, por ejemplo, concluir la preparación para el acceso efectivo al campo laboral —lo cual la colocaría en una situación cierta y objetivamente más igualitaria— o exigirle en ese período la presentación de comprobantes de solicitud de empleo o incluso facilitar su inclusión en términos de efectividad mediante la comunicación judicial del caso a los organismos estatales.

Del contenido del fallo puede extraerse con claridad que al llegar a resolución del Supremo la situación de desequilibrio al menos se mantenía y se agravó porque: a) se omitió considerar la edad de la beneficiaria de la PC respecto de la posibilidad efectiva de un acceso al empleo; b) la dolencia que aquélla padecía reportaba un obstáculo adicional para ese fin, pues ante un empleo formal en el que se requiere test preocupación al probablemente su padecimiento representara una barrera extra; c) la crisis económica instalada en España resultaba un hecho notorio no susceptible de ser acreditado por la beneficiada. Justamente por ello la preparación laboral de aquélla —vinculada con el turismo— no tenía la misma oportunidad de desarrollo que en otras épocas.

Al omitirse estas consideraciones el fallo trasunta una inaceptable lenidad respecto de la mujer.

Pero independientemente de que las autoras puedan considerar objetable el apartamiento de la necesaria perspectiva de género, el caso es que, además, se soslaya como consecuencia de esa omisión un aspecto fundamental: las circunstancias externas que condicionan —agravándola— la precaria situación de una persona que durante la vigencia del matrimonio estuvo al amparo de determinadas condiciones y que, finalizado éste, no se mantuvieron.

Aunque en referencia al régimen patrimonial actual se ha expuesto que *"El asunto de la protección de la mujer tiene menos que ver con el matrimonio que con su fragilidad o ruptura. En realidad, estudios recientes en el derecho comparado exponen la situación de vulnerabilidad de la mujer ocasionada por la ruptura del matrimonio. La mujer encuentra un resguardo económico en el matrimonio, y su ruptura —querida o no querida por ella— la sitúa en un contexto de exposición"*(43). La persona autora del texto citado señala como imprescindible el hallazgo de paliativos útiles para las etapas post divorcios, que deben consistir en instrumentos jurídicos aptos para la protección de la parte débil en dichos procesos.

VIII. Conclusiones

"Dejo a Sísifo al pie de la montaña. Se vuelve a encontrar siempre su carga. Pero Sísifo enseña la fidelidad superior que niega a los dioses y levanta las rocas. Él también juzga que todo está bien. Este universo en adelante sin amo no le pare estéril ni fútil. Cada uno de los grano de esta piedra, cada trozo mineral de esta montaña llena de oscuridad forma por si solo un mundo. El esfuerzo mismo para llegar a las cimas basta para llenar un corazón de hombre. Hay que imaginarse a Sísifo dichoso"(44)

El derecho de los tiempos actuales reclama una preparación distinta en cuanto a los contenidos tradicionales, en tanto es insuficiente el mero conocimiento de las normas jurídicas.

Ampliado el sistema de fuentes y el catálogo de derechos de los ciudadanos, por esa sola condición ha de garantizarse la tutela judicial efectiva, que no se satisface con la determinación *"neutral"* de la norma aplicable, sino que es imperioso que la función jurisdiccional se integre con contenidos interdisciplinarios con permeabilidad suficiente para revisar los modelos perimidos o los implícitos históricos que poco y nada aportaron en términos de superación de desigualdades reales.

Son tiempos en que los paradigmas han cambiado y esa modificación derrama sus efectos en los sistemas preestablecidos, generando las resistencias propias.

Siendo el ser humano el principal centro de atención del derecho, inclusive —y especialmente— en sus relaciones familiares coincidimos en que *"Donde no es posible la obtención de verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación de un método científico, de intuiciones valorativas o de la pura emotividad, se impone partir de la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso de intercambio de razones y justificaciones, de argumentación, de modo que se abra la posibilidad de que las valoraciones se legitimen por su sintonía con un racionalidad práctica"*(45)

En ese sentido, la regla de reconocimiento constitucional — CEDAW incluida— constituye un conjunto de principios de derecho fundamental que delimita el marco de validez de las normas, las reglas y los precedentes, y su permanencia en el ordenamiento jurídico. El contenido constitucional es el piso para los derechos ciudadanos, por lo tanto, los jueces deben siempre aplicar la ley de conformidad con esos principios fundamentales, universales e inalienables.

Entendemos que una mirada axiológica —no excluida del mundo jurídico— hubiese permitido válidamente una solución distinta. Y no por ello se propone una resolución desajustada al derecho vigente, sino que lo que planteamos es la posibilidad de pensar en clave de interpretación jurídica, en función de la realidad desajustada que debe ser necesariamente reformada, pues de haberse considerado la cuestión desde el enfoque de género, los baremos detallados en apartados precedentes —realidad socioeconómica imperante, desigualdad estructural por pertenencia a determinado colectivo y por vulnerabilidad propia y focalizada en la época de crisis—resultarían lo suficientemente solventes como para arribar a un resultado diferente. Tal vez más igualitario.

Referencias Bibliográficas

- (1) T.o. por ley 15/2005 del 8/7/2005. Importa señalar que tal reforma legislativa recogió la interpretación realizada por la sala Civil del Tribunal Supremo —en fecha 10/2/2005— respecto a la temporalidad como característica de la PC.
- (2) CAMPUSANO – PEREDA – VEGA SALA, cit. por ZARRALUQUI SÁNCHEZ –EZNARRIAGA, Luis, “*La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución*”, www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf cit. por HERRERA, Marisa. “*Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada crítica desde afuera para una revisión crítica hacia adentro*”. RDF 44-100.
- (3) FANZOLATO. Eduardo I., “*Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges*”, RDPyC 2001-1-30.
- (4) HERRERA, Marisa. “*Perspectivas...*”. cit., nota 52 *in fine*, p. 101.
- (5) LACRUZ BEROEJO. José - SÁNCHEZ Rraututu. Francisco. Derecho do tamiha. Bosc, Barcelona. 1984, p. 260, cit. por FANZOLATO. Eduardo I., “*Prestaciones...*”, CK.. p. 54.
- (6) Sentencia de la AP do Bilbao. 24/1/1992. Revista General de Derecho. 1993. p. 6151. ctt. por “*Prestaciones...*”, cit., p. 54.
- (7) Tribunal Supremo, sent. 562/2009. del 17/7/2009. voto magistrada Encarna Roca Trías, cit. por FAMÁ. Victoria. “*El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Español*”. RDF 45-276.
- (8) FAMA. Victoria. “*Jurisprudencia española. Actualidad en materia de prestaciones alimentaria*”, RDF 38-272.
- (9) Tribunal Supremo, sala 1ª. 3/10/2008, voto del Dr. Auger Liñán, disponible en <http://poderjudicial.es/search/index.jsp> ingresando datos.
- (10) Tribunal Supremo, 10/2/2005. expte. 43/2005, <http://poderjudicial.es/search/index.jsp>.
- (11) Tribunal Supremo. 10/2/2005. expte. 43/2005. cit.
- (12) Tribunal Supremo. 10/2/2005. expte. 43/2005, cit.
- (13) Tribunal Supremo. 10/2/2005. expte. 43/2005, cit.

(14) Tribunal Supremo. 10/2/2005. expte. 43/2005. cit.; doctrina reiterada en sentencias del 5/11/2008, 10/3/2009 y sents. 562/2009. del 17/7/2009, y 252/2010, del 28/4/2010, en <http://poderjudicial.es/search/index.jsp>.

(15) PÉREZ MARTÍN, Antonio J., “*Enfoque actual de la pensión compensatoria*”, www.elderecho.com./civil/Enfoque-actual-pension-compensatoria_ll_310555003.html, publ. en el Boletín de Derecho de Familia del 1/9/2011.

(16) Tribunal Supremo, sala Civil, 10/2/2008. sent. 43/2005.

(17) Para la elaboración de este tema se trabajó con material de Molina, Mariel F., “*Tesis doctoral dirigida por Aída Kemelmajer-: El derecho patrimonial familiar. Una mirada desde la perspectiva de los derechos humanos*”. Universidad Nacional de Cuyo, 2011 (inérita).

(18) Integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Aída Kemelmajer y Elena Highton.

(19) Texto proyectado. Compensación económica. “*El cónyuge al que el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una prestación única, una pensión temporal o, excepcionalmente por tiempo indefinido, según lo acuerden los cónyuges al presentar su propuesta de convenio o, a falta del mismo, en la sentencia que se dicte en el procedimiento respectivo de fijación de la compensación económica*”: Fijación judicial de la compensación económica. Eficacia: “A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez determinará la procedencia y el monto de la compensación económica, que se fijará teniendo en cuenta el desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, en los términos del artículo anterior. A tales efectos, evaluará entre otras, las siguientes circunstancias: 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 uno de los esposos brindó a la familia y a la educación de los hijos durante la convivencia, c. La dedicación que frente al divorcio uno de ellos va a prestar a la crianza y educación de los hijos, así como la edad de éstos, d. La edad y el estado de salud de los cónyuges, e. La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica, f. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, g. La atribución del hogar conyugal,

y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio exclusivo de uno de ellos, o sobre un inmueble locado. En este último caso, quien abona el canon locativo. En la resolución judicial se fijarán las garantías para su eficacia.

(20)VELOSO VALENZUELA, Paulina, "*Algunas reflexiones sobre la compensación económica*", en GROSAN, Cecilia - HERRERA, Marisa, *Hacia la armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 167.

(21)Campillo, Fabiola - Lara, Silvia, "*Lineamientos para la Integración de la perspectiva de género en los organismos de la federación Iberoamericana de Ombudsman*", IIDH, Red de las Defensoras de las Mujeres, San José de Costa Rica, IIDH, 1998, p. 2, cit. en "*Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos*", San José de Costa Rica. IIDH, junio 2008, p.15.

(22)RODRIGUEZ, Marcela, "*Tomando los derechos de las mujeres en serio*", en ABREGÚ, Martín - COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1ª reimpr.. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 579.

(23)Facio, Alda. cit. por Campillo, Fabiola - Lara, Silvia, "*Lineamientos...*", cit, p. 5.

(24)BADILLA, Ana E. - TORRES, Isabel, "*La protección de los derechos humanos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*", en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, San José, Costa Rica, IIDH, 2004.

(25)Art. 1º

(26)Sanc. el 3/8/2003.

(27)Aprobado en la reunión del 10/6/2004 por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.

(28)De fecha 5/3/2004.

(29)Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales. sane.

11/3/2009. prom. 1/4/2009.

(30) Satisface así la manda constitucional contenida en el inc. 23 del art. 75 que reza *“Corresponde al Congreso Nacional:” 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”*. Ahora bien aludir —como lo hace el inc. 23 del art. 75 de la CN— a este grupo de personas respecto de las que *“en particular”* hay que promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el goce pleno y efectivo de sus derechos *“no supone buscar minusvalías que pudieran camuflar o significar prejuicios o infravaloraciones respecto de estos cuatro sectores en relación al resto de la sociedad. Se trata de asumir el dato de que por diversas causas los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados reclaman que en cada una de sus peculiares situaciones familiares se tome en cuenta lo que por su identidad y sus diferencias personales, les es necesario en orden a sus derechos igualitarios en las oportunidades y en el trato, tanto dentro de su familia como en las proyecciones extrafamiliares (...). Son cuatro grupos humanos muy propensos y sensibles a no ser debidamente priorizados y diferenciados en y por las políticas públicas y la legislación, así como en las relaciones inter privados”*.

(31) Especialmente los de fecha 22/2/1996. que refiere a los propósitos que debía cumplir la legislación sobre violencia contra la mujer para resultar eficaz, E/CN.4/1996/53/ Add.2, de fecha 26/1/2003, *“Hacia una aplicación efectiva de las normas internacionales para poner fin a la violencia contra la mujer”*, E/CN.4/2004/66, y con el Informe de fecha 20/1/2006. *“La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer”*; E/CN.4/2006/61; disponibles todos en www.un.org/Depts/hdl/spanish, ingresando el nombre del documento.

(32) Exposición de motivos, párrs. II.2, III.6, IV.10, disponible en www.derecho.com/1/boe/ley-organica-3-2007-igualdad-efectiva-mujeres-hombres.

(33) Situación laboral de las mujeres, informe del 8/3/2011, elaborado por la Unión General de Trabajadores (UGT), disponible en

www.ugt.es/actualidad/2011/mar20/INFORME%20COMPLETO_8_de_marzo%20_2011_UGT.pdf

(34) Expresada a través de los desequilibrios existentes entre mujeres y hombres relacionados con las retribuciones, el tiempo de trabajo, la presencia de mujeres en los puestos de responsabilidad, la proporción de cuidados y tareas del hogar de cada uno (conciliación) y el riesgo de pobreza, además de ser las mujeres las principales víctimas de violencia sexista y más vulnerables al tráfico de personas. Diferencias todas éstas que han dado lugar a la conceptualización de feminización o precarización del empleo, haciendo referencia al hecho que a medida que las mujeres se insertan en el mercado, y en determinados sectores, éstos tienden a precarizarse y a empeorar sus condiciones económicas y laborales.

(35) Informe de UGT cit.

(36) Conferencia SINDICAL De Comisiones Obreras, *"Mujeres y mercado de trabajo"*, CC.OO., ps. 10 y 21, disponible en www.ccoocontactate.es/ccoonectalk/nuevaweb/doc/Informe%20%0mujeres%20y%20mercdao%20de20%0trabajo.pdf.

(37) www.ine.es, EPA tasa de paro (11/10/2011).

(38) Informe de la CC.OO., cit., ps. 19-20.

(39) BERGALLO, Paola. *"Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial"*, en ABRAMOVICH, Víctor – BOVINO, Alberto - COURTIS, Christian (comp.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto, Buenos Aires. 2007, p. 641.

(40) LORENZETTI, Ricardo L, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal -Culzoni, Buenos Aires, 2006, ps. 191-193.

(41) CEDAW. Art. 2º.- *"Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones. Una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohiban toda*

discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación".

Art. 4.1.- *"La adopción por los Estados parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".*

Art. 5.- *"Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".*

(42) MORELLO, Augusto M., *"La tutela anticipatoria ¿Cautela material o condena? Notas para acotar su perfil"*, Microjuris, MJD0C-2049-AR.

(43) BASSET, Úrsula, *"La calificación de los bienes en la sociedad conyugal. Principios, reglas, criterios y supuestos"*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

(44) CAMUS, Albert, *"El mito de Sísifo, Ensayo sobre el absurdo,"* Losada, Buenos Ares, 2006.p. 146.

(45)SUMMERS, Robert S., *"Two types of substantive reasons : the core of a theory of common law justification"*, Cornell Law Review, n. 63, 1978, cit ATIENZA, Manuel, *"Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,"* México, Universidad Autónoma de México, 1978, p. 223.

Crónica : Ateneo de jueces de familia de la Provincia del Chubut

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://bit.ly/3GCA45I>

Publicado en: Revista “El Reporte” N°26 (abril 2012) p. 91-94.

[Consultado el: 23/08/2021]

Ingresando a la página oficial del Poder Judicial los lectores curiosos podrán observar imágenes que dan cuenta de la actividad que se llevó a cabo en la Escuela de Capacitación judicial, denominada “*Ateneo de jueces de familia de la provincia de Chubut*” (1)

Luego de las entusiastas palabras de bienvenida del director, Dr. Fernando S.L. Royer, quien se congratuló por el éxito de la convocatoria a propios y ajenos, y por la superación de los objetivos trazados(2) comenzó la primera jornada de trabajo que culminaría con la conferencia de una disertante foránea.

En particular en esta ocasión, el fuero de familia contó con la casi plena participación de quienes integran la judicatura, cuestión que fue resaltada por varios de los presentes.

Comenzado el encuentro anual, se designó a una de las personas asistentes para el manejo de la agenda de temas que jueces y secretarios habían elaborado en días previos, y a solicitud del grupo conformado por los funcionarios, que se expresaron a través de la Dra. Giunta, se dispuso una primera fase de trabajo separado.

El corro integrado por la magistratura revisó el avance de las propuestas elaboradas en el Ateneo 2011, y el de las secretarías lo atinente a carga de datos, preocupación fundamental que los convocó desagregadamente.

Nuevamente en pleno, quienes desarrollamos la competencia en derecho familiar intercambiamos opiniones y experiencias de buenas prácticas en temas como violencia de género y violencia doméstica, determinación de la capacidad jurídica y modalidades de desarrollo de esos procesos, advirtiendo sobre distintas jurisprudencias de los órganos de revisión de las sentencias de la primera instancia.

El Dr. Alesi hizo saber que desde el mes de diciembre, la ciudad de Rawson ya no contaba con la Unidad de Atención de Víctimas de Violencia Familiar Domiciliaria, mientras que la Dra Beatove y yo, mencionamos que funcionarias del Poder Ejecutivo relataron en Esquel, el éxito que dicha herramienta representaba en casos de violencia. En particular, se resaltó el trabajo sistémico que ese equipo desarrollaba con los grupos afectados. Hubo consenso respecto de lo imprescindible de ese recurso en cada circunscripción.

Un interesante debate se produjo en torno a las distintas formas de intervención en casos de violencia de género o violencia familiar, y algunas participantes informamos avances para la elaboración de un protocolo mínimo para todas las agencias del Poder Judicial, o la creación de la O.V.D. a nivel provincial, que, juzgamos, colaborarán a mejorar el acceso a la justicia de las víctimas.

Una especial consideración tuvo la cuestión del derecho penal juvenil, siendo la preocupación de las juezas de Puerto Madryn y Comodoro Rivadavia, el manejo de información de trámites vinculados con personas menores de edad sindicadas como autoras de hechos delictivos graves, de cara a los requerimientos de los medios de prensa. Este tema, por su actualidad, fue desarrollado la mañana del día viernes, contando con la presencia del periodista Sergio Pravaz (director de Prensa del Superior Tribunal de Justicia), quien hizo entrega de material apropiado, y ofreció lineamientos precisos a ser profundizados en ulteriores encuentros.

En un clima distendido y cordial, no exento de mate y café, se formularon compromisos de divulgación de sentencias de importancia para el fuero, se dieron a conocer avances sobre capacitaciones inminentes, generándose agenda de otras futuras como la vinculada con la reforma integral del Código Civil, que en particular conmocionará al derecho familiar vigente, por su intensidad e integralidad.

El grupo participante elaboró dos documentos para ser entregados a los ministros de la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia: uno puntual vinculado a los lugares de institucionalización y el restante, el que vuelca el producido de las jornadas.

En el final de la reunión, cuando sus participantes formulamos las apreciaciones subjetivas del encuentro, hicieron su ingreso los Dres. Fernando S.L. Royer y José Luis Pasutti, quienes durante un breve tiempo observaron y escucharon a los jueces Palma, Rodríguez, Antoun, Alesi y a mí, en esta oportunidad, los más locuaces de las dos jornadas que duró el encuentro.

Los ministros del Superior Tribunales de Justicia hicieron uso de la palabra dando noticias de alentadores comentarios sobre fallos puntuales de la justicia de familia de esta provincia, generando la satisfacción y el agradecimiento de la audiencia.

Los ateneos constituyen un punto de encuentro inevitable entre las distintas instancias y los ministros permiten el acercamiento y la confianza que generan los intercambios académicos entre pares. Se vuelcan en esos espacios las mejores experiencias y los más estrepitosos desaciertos, permitiendo a quienes a ellos concurren la reflexión sobre sus habilidades, la réplica de las buenas prácticas o el surgimiento de necesidades específicas de capacitación. En definitiva, son una excelente forma de contribuir a un mejor servicio de justicia.

Referencias Bibliográficas

- (1) <http://temisnet.juschubut.gov.ar/2012/03/convenciones-prematrimoniales-y-acuerdos-de-liquidacion-de-bienes.html>, Rawson, 22 y 23 de Marzo de 2012.
- (2) en el marco de la actividad, se llevó a cabo una conferencia a cargo de la abogada mendocina Dra. Mariel Molina de Juan, sobre el tema “*Convenciones prematrimoniales y acuerdos de liquidación de bienes*”, cursándose la invitación al Colegio de Abogados, cuyo resultado fue más de cuarenta profesionales inscriptos.

Los abogados y la niñez: claroscuros en clave de derechos

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://bit.ly/3GCA45I>

Publicado en: Revista "El Reporte" N°27 (septiembre 2012) p. 45-61.
[Consultado el: 23/08/2021]

"Si se violenta el conocimiento tal como está dado y respetado, si se genera temor y desequilibrio en la confianza de lo concentrado, no es para provocar. Es por repulsa a la anestesia y a la inexorable carrera descendente hacia el coma teórico".

-El banquete de Platón: el eros, el vino y los discursos-

-E. Marí-

La jurisprudencia y la ley: ¿o viceversa?

Normativamente el "*Abogado del Niño*" aparece a nivel nacional con la sanción de la Ley 26.061, consagrado en la regla 27.c de ese texto, al disponer que entre las garantías de los niños, niñas y adolescentes, está la de "[...] *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...*"

Dos fallos de la C.S.J.N. vinculados con la designación de abogado del niño han disparado esta reflexión ya que, en principio, el tribunal cimero ha adoptado posturas dispares en sendos expedientes, frente a idéntica cuestión (2) y aprecio la ocasión como propicia por ser un tema que sigue suscitando controversias.

En la primera de las resoluciones, del 26/10/2010 la C.S.J.N. expresó: *"A los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa -tendiente a obtener el cese del régimen de contacto que mantienen con su padre- sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el Defensor Oficial ante la Corte Suprema y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine."* (3)

En la sentencia del 26/06/2012 se cuestiona la decisión que confirmó el rechazo del pedido formulado por una menor de edad en el sentido de ser tenida por parte, por derecho propio y con el patrocinio de un abogado de su confianza en el juicio de tenencia entablado entre sus progenitores. Allí la Corte anotó: *"Las prescripciones de la Ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; en consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (inc. 2, art. 54, Código Civil) como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte...El caso de autos difiere de la causa 'G, M. S. vs. J., V L. s. Divorcio vincular', en la cual la CSJN resolvió que se designase a los menores involucrados un letrado especialista en la materia para su patrocinio y a fin de que fueran escuchados con todas las garantías y pudieran hacer efectivos sus derechos; pues no fueron los menores sino el magistrado interviniente quien procedió a nombrar el patrocinio letrado requerido por el Ministerio Público de la Defensa"*.

En el primer caso el Defensor Oficial ante la Corte(4), había asumido la representación de las menores de edad(5), y en ese carácter señaló a los jueces que *"...en la incidencia no se ha dado participación alguna a las nombradas, quienes como sujetos de derecho tienen derecho a opinar y a ser escuchadas (cf art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño- art. 75 inc. 22 C.N.- y arts.19, 24 y 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26. 061"* Luego

de analiza los pormenores del caso, y efectuar sugerencias sobre las falencias advertidas, dijo textualmente -y a ello presta conformidad expresa la Procuración, en dictamen que la C.S.J.N. hace suyo "*Asimismo, estimo prudente que se le haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine , a fin de garantizar en lo sucesivo (ante posibles modificaciones del régimen de visitas vigente o planteaos que se susciten), su derecho a partici par en el proceso; de tal manera que puedan ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar (cf art. 18 C.N, 75, inc. 22, art.. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 27 incs. c), d), y e) de la Ley N° 26.061). E llo, sin dudas asegurará su participación en calidad de parte, y bajo la atenta mirada del Juez a sus pretensiones, toda vez que no puede desconocerse, en el marco del acceso a una tutela judicial efectiva, que las niñas también tienen derecho a peticionar; máxime, cuando pueden existir intereses contrapuestos con sus progenitores ."*

Los casos transitan por vías diferentes en cuanto a que uno se vincula con la investigación de un delito y el restante con la disolución de un vínculo conyugal conflictivo, aunque en ambos lo que motivó la apertura del recurso ante la Corte es el acceso a la justicia, al esgrimirse la violación del derecho de defensa de las personas menores de edad involucradas como víctimas(6), en el contexto procesal de regimenes de comunicación. Es decir, se trataba de trámites de competencia de tribunales de familia.

El fallo reciente de la c.s.j.n. un retroceso.

A partir de lo juzgado en la sentencia dictada en los autos "*M., G. vs. P., C.A.*", el 26/06/12 pareciera surgir una doctrina judicial por la cual la única posibilidad para las personas menores de 14 años de edad de contar con "*Abogado del Niño*" sería la de tener intereses contrapuestos con sus progenitores, aunque no se establece tampoco la distinción con la figura de la tutela, prevista para esas ocasiones por el derecho de fondo.

Se resolvió vedar a la jovencita (a la fecha del decisorio de 13 años de edad) la posibilidad de contar con su propio abogado, señalando que el sistema de representación legal del Código Civil de la República Argentina no fue derogado por la Ley 26.061. En los argumentos se sugiere la ausencia de intereses encontrados de la niña respecto de su progenitora, sin reparar en que la disputa entre los adultos era la custodia, y ambos titularizan la responsabilidad parental y tienen derecho a representar a la hija. Nada se dijo tampoco del respecto del derecho a ser oída de esa niña, cuyo ejercicio efectivizó directamente, tal lo previsto en la Convención. Se omitió considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia reciente, se expresó categóricamente sobre el punto diciendo: *"Los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (...) en su primera infancia actuarían en este sentido por conducto de sus familiares (...) En el presente caso el derecho de las niñas de ser oídas puede ser ejercido directamente por ellas, sin necesidad de un representante legal, a menos de que ellas así lo manifiesten (...) Por tanto al llevarse a cabo la diligencia se debe tener en cuenta que las niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad (...) Teniendo en cuenta la controversia entre la madre y el padre, y el alcance el derecho de las niñas a participar y ser oídas, la Corte considera útil, en el marco específico del presente caso, ordenar que las niñas M., V. y R. sean informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implica con el objetivo de que las tres niñas manifiesten lo que desean al respecto"*(7)

En el primer fallo que sobre la materia emitió el tribunal cívico, reconociendo la figura del "*Abogado del Niño*" las menores de edad involucradas no habían ejercido nunca la prerrogativa plasmada en la regla 12 CDN, de modo que no podía conocerse si contaban con desarrollo y madurez suficiente, a pesar de lo cual la Corte ordenó la designación de un letrado especializado para actuar como "*Abogado del Niño*".

El inexplicable "*cambio de rumbo*" motiva la necesidad de reflexiones acerca de la garantía consagrada en el artículo 27 de la Ley 26.061, su contenido, extensión, exigibilidad y vigencia.

Las personas menores de edad tienen Derecho Humanos (8)

A poco de hacer historia de la infancia en términos de derecho, se advierte que ha sido arduo el camino para que reconozcamos que los individuos, en nuestra primera etapa de crecimiento y formación social, titularizamos idénticos derechos que en la adultez, con la diferencia de que en aquel tiempo de vulnerabilidad, vemos constreñido el ejercicio de algunos de ellos. Desde la teoría de los derechos humano de la niñez, aparecen los conceptos de sujeto de derecho, interés superior del niño, autonomía progresiva y competencia, como pautas o principios a considerar frente a las tensiones que puedan producirse en el campo de su efectivización.

Los principios son mandatos que orientan, ubican, encauzan, para optimizar la interpretación de las reglas normativas, en función de determinado contexto cultural e histórico. En lo que atañe, el de autonomía progresiva tiene soporte constitucional a partir de las reglas 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, OC N° 17 sobre la Condición Jurídica del Niño de la Corte Interamericana de Derechos del Niño(9) y Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niños, elencos normativos de aplicación obligada por los intérpretes jurídicos(10) y que reposa en pautas movibles a valorar prudentemente en cada caso (conf. reglas 5 y 18 CDN, 19.a, 24. b ley 26.061)(11)

Corno acertadamente lo señala Fernández: *“La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos, traslada el eje de la mirada desde el concepto legal – rígido - de capacidad, hacia la noción más empírica – de origen bioético – de competencia. El parámetro de competencia, independizado de la capacidad de ejercicio, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando éste no ostente plena capacidad civil y en tanto se evalúe que, a pesar de ello, la persona puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra”* (12)

Las diferentes etapas por las que atraviesa el ser humano en su evolución psicofísica, determina una gradación en el nivel de decisión al que puede ir accediendo. De tal modo la autonomía progresiva se empareja con la noción de competencia, requiriendo del desarrollo de una conciencia reflexiva, libre, independiente, y diferenciada del concepto de capacidad civil determinado rígidamente en función de edades prefijadas (13)

El desarrollo intelectual se adquiere progresivamente, conforme la evolución personal de cada individuo, signado sin dudas por su contexto histórico y cultural, contorneando así su autonomía progresiva para el ejercicio de derechos (14), la cual ha de ser desentrañada por el organismo donde se pretenda su reconocimiento y exigibilidad.

Esa perspectiva -de autonomía progresiva en función de la competencia- independiza la determinación de la persona menor de edad de la voluntad y decisión de sus representantes legales; preserva u otorga un ámbito personalísimo de titularidad del individuo, cuyo ejercicio no cabe ejercer su representante legal.

El sistema de capacidad y representación previsto por el Código Civil de la República Argentina para las personas menores de edad no ha sido reformado por la ley 26061: sus representantes legales son los padres (artículos 57, 2 y 274), y requieren autorización de aquéllos para estar en juicio (artículo 264 quáter 5), aunque esas normas deben ser releídas a la luz del enfoque de derechos brindado por la vigencia del principio de autonomía progresiva, también vigente.

En una familia funcional, la dirección y la orientación en la vida familiar es ejercida por ambos padres en cumplimiento de los deberes derechos derivados de la responsabilidad parental (artículo 264 Código Civil de la República Argentina y regla 18.2 de la CDN); por lo que serán éstos quienes frente a terceros ejercerán la representación de sus hijos en juicio, contratando abogado(a) e

interponiendo las acciones y defensas. En estos casos, al no existir conflicto alguno con la persona menor de edad, oposición de intereses, disputa entre los padres, ni requerimiento expreso del niño, niña o adolescente, no se advierte necesidad de que actúe por sí sólo con un abogado patrocinante.

La designación del "*abogado del niño*", entonces, no es obligatoria en todos los casos. No obstante, debe asegurarse a la persona que no alcanzó la edad cronológica fijada, la posibilidad de ejercicio de esa autonomía en función de su madurez y consideración del tipo de conflicto de que se trate.

En ese camino, el anteproyecto elaborado por la Comisión de Reforma del Código Civil de la República Argentina(15) prevé dos categorías etáreas: niños y adolescentes, trayendo una modificación respecto de la actual distinción entre menores adultos e impúberes, y estableciendo una edad determinada para el ejercicio de derechos personalísimos(16). Claramente además, se establece la distinción entre defensa de los derechos por medio de sus representantes, directamente en supuestos en que la ley lo permite tiene edad y grado de madurez suficiente (lo que remite a la progresividad en la adquisición de autonomía para ser protagonista de "*su*" caso) y posibilidad de asistencia letrada diferencial, en caso de conflicto de intereses con quienes la representan.

Destaco que los derechos de la niñez reconocidos en la normativa interna e internacional revisten los caracteres de indivisibles, inalienables y universales, y en nuestro ordenamiento provincial, esos atributos se plasman en el decreto reglamentario de la Ley III- N° 21 (antes 4347/97) de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, que además señala otros (protección integral, sujeto de derechos, prioridad absoluta, interés superior, persona en condición peculiar de desarrollo)(17). Como tales, son las pautas que orientan las interpretaciones normativas. Es por esas directrices que la evolución de las facultades reconocida en la CDN, y plasmada en la Ley 26.061 resulta el sostén fáctico que permite admitir

la actuación de los niños, niñas y adolescentes con autonomía de sus representantes legales, en supuestos en los que no cabe J a estricta aplicación de las reglas de la representación.

Interpretaciones del artículo 12 de la convención de los derechos del niño

La regla convencional que da lugar a la figura del "*Abogado del Niño*" obliga a garantizar a la persona menor de 18 años de edad que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que la afectan, y tener debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez. Establece que se le dará oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional (artículo 12 CDN).

Niñas, niños y jóvenes tienen sus propios intereses, son sujetos autónomos de derechos diferenciados de los que gozan las personas mayores de edad que tienen responsabilidades a su respecto (artículos 3 y 5 CDN, O.C. 17 Corte IDH). Cabe preguntarse si esos intereses están suficientemente a cobijo con el sistema de representación tradicional, en sus dos vertientes: los progenitores o tutores y el Ministerio Público.

En general, quienes sostienen su insuficiencia razonan afirmando que ceñir el derecho a ser oídos a ese esquema representativo, implica una errónea interpretación del derecho de defensa, en sus facetas material y técnica. Arguyen que la CDN reconoce al niño como sujeto activo de derechos, a partir de la noción de capacidad y desarrollo de la autonomía para su pleno ejercicio, y que la ficción establecida por el Código Civil en relación con la capacidad, está en crisis a partir del texto convencional que no fija una pauta rígida, sino la obligación de apreciar en cada caso las

condiciones subjetivas necesarias para la construcción de un juicio propio.

A su vez, otros esgrimen una distinción en la interpretación de la CD, en lo tocante a un supuesto tratamiento diferencial para los menores de edad privados de libertad o en conflicto con la ley penal – donde se ahondaría el requerimiento de asistencia técnica-, señalando un requisito dual para los otros supuestos: la autonomía progresiva y la regulación interna de los países signatarios.

Respecto de las personas menores de 18 años, les asisten idénticos derechos que a las mayores de esa edad, y en el plano de las garantías constitucionales, son exigibles la igualdad ante la ley, defensa en juicio, el derecho de propiedad (cf. arts. 16, 17, 18 de nuestra Carta Magna, arts. 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, O.C N° 17, y C.D.N., reglas, 1, 2, y 3), y un plus conferido dada su condición de ser humano en especial estado de desarrollo.

Permanecer en la categorización simplista de "*capaces e incapaces*" del Código Civil, pareciera ser insuficiente en clave de derecho de la infancia(18), pues es evidente que se deja fuera del conjunto a quienes no han alcanzado la edad de 14 años, cuando puede suceder que cuenten con discernimiento suficiente, y sin dudas, pueden válidamente tener una opinión sobre el asunto que les compete. Como se ha dicho: "*se trata de construir para reconstruir en base a los estudios actuales sobre psicología evolutiva como así también en atención a los avances y desarrollo del concepto de ciudadanía, lo cual significa el reconocimiento de una participación social más activa por parte de los niños y adolescentes en la vida actual*" (19)

La regla 3 CDN no define el interés superior del niño. En cambio, la ley 26.061 en su artículo 3 brinda algunas pautas de integración: el grado de madurez, la capacidad de discernimiento y

demás condiciones personales de niños o adolescentes (20). Estas han de ser mensuras, especialmente, cuando el conflicto verse no sobre derechos de contenido patrimonial, sino esté vinculado con los restantes que titularizan los menores de edad, donde la ficción de la representación legal, es insuficiente por sustituir la voluntad del titular del derecho. Por ejemplo: la impugnación de una paternidad matrimonial o la custodia disputada por sendos progenitores. Recordemos también que se distingue en el campo doctrinal el derecho de defensa en sentido material como sinónimo de ser oído, generalmente plasmado en el derecho a audiencia ante el juez ; el derecho de defensa técnica, esto es, la designación de un abogado patrocinante o apoderado por sí e independientemente de los representantes legales.

La ley 26.061 en su artículo 24 dispone acerca del derecho de la persona menor de edad a ser oída(21) , cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los espacios participativo de la infancia, y la regla 27.a reglamenta el derecho convencional diciendo: "*a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite ...*" y 27.b "*a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte*", en un contexto específico de procedimientos administrativos o judiciales .

A la vez, la Ley III N° 21 garantiza la escucha en cualquier procedimiento que la afecte (22).

Respecto de la regla 12.1 CDN (23), estrictamente considerada, esto es, como el ejercicio de un derecho de expresión y el deber de la familia, la comunidad y el Estado de escuchar a la persona con la autonomía suficiente para contar con juicio personal sobre el asunto que la involucre, debo señalar que en muchas ocasiones, resulta costoso poder determinar cuál es su verdadero deseo pues es prácticamente improbable que no esté teñido por la influencia de la persona adulta.

Es entonces cuando se hace indispensable conocer cuáles son los soportes de la preferencia para determinar hasta qué punto ésta palabra revela una necesidad o inclinación verdadera, desprovista de la influencia de otros intereses que los propios del niño, niña o adolescente (24)

Lo cierto es que del texto convencional emerge un derecho exigible y tres posibilidades de ejercicio: el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que sea de su incumbencia (regla 12.1) que se plasmará en la oportunidad de ser oído directamente, por sus representantes o por un órgano apropiado en los procedimientos (regla 12.2), lo que a mi juicio habilita a sostener que, en supuestos determinados por la competencia del sujeto, se admita que actúe administrativa o judicialmente, con su propio “*Abogado del niño*”.

Redefinir la participación y representación legal prevista para las personas menores de edad en el Código Civil de la República Argentina desde el enfoque de derechos fijados por la CDN y receptado por la Ley 26.061 nos conduce a reconocer en la figura de la asistencia (25) un medio para hacer efectiva la autonomía progresiva. De tal modo, representación y asistencia se erigen en figuras graduales que acompañan el desarrollo alcanzado por quien se trate.

La representación quedará reservada para quienes cuentan con una capacidad mínima de autodeterminación. La **asistencia** supone la actuación del sujeto sin que se lo reemplace o sustituya, y se traduce en una proporcionalidad inversa de mayor participación de la persona menor de edad y restringida de quien es legalmente sustituyente, por lo que esta figura debe contar con la conformidad o asentimiento de los progenitores, o la disposición judicial que disponga la intervención.

Aquí y así, es cuando la figura del "*Abogado del Niño*" aparece en escena, como garantía consagrada legalmente, y plenamente exigible.

El párrafo de la norma convencional (regla 12 CDN) que dice: "*en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional*", suscitó que la Procuradora ante la CSJN en el fallo dictado en autos "*M., G. vs. P., C.A.*", del 26/06/12, sostuviese que la prerrogativa que importa el ejercicio del derecho a ser oído no importa asumir automáticamente y en cualquier circunstancia, la calidad de parte en sentido técnico procesal. Igualmente, que el patrocinio letrado no se erige en un recaudo ineludible (26), lo cual resultó, a la postre, compartido por el máximo tribunal.

Esta postura guarda simetría con nuestro sistema provincial, por cuanto la asistencia letrada de los niños, niñas o adolescentes en Chubut, está prevista sólo para aquellos involucrados en procesos penales, juntamente con el derecho a audiencia personal(27) Ley III N° 21, artículo 19.- El Estado garantizará a los niños y a los adolescentes en el proceso penal y contravencional, los siguientes derechos y garantías: a)...b)...c) A la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrá producir todas las pruebas que estimare conveniente para su defensa; d) A la asistencia técnica un abogado de su elección o proporcionado gratuitamente por el Estado; e) A ser escuchado personalmente por la autoridad competente . . .

Aparece entonces, en clave de interrogante, la compatibilidad entre las disposiciones del Código Civil de la República Argentina y las normas introducidas por la Ley 26.061, en lo que hace a la representación procesal y específicamente a la posibilidad de designar "*Abogado del Niño*" en el contexto local.

Aquí voy a detenerme para considerar el texto reglamentario en la porción restante, esto es, artículo 27.c, d y e. de la Ley 26.061, que consagran la asistencia letrada desde el inicio del procedimiento, la participación activa en él y el recurso de la decisión dictada, respectivamente.

El derecho constitucional a ser oído (artículo 12 CDN, 75 inc. 22 CN) una prerrogativa que es piedra angular del debido proceso, tanto que es obligatoria la fundamentación de las decisiones que se aparten de la opinión vertida por el sujeto titular. Por otro lado, es cierto que la Convención no exige que se ejerza con patrocinio jurídico autónomo y diferenciado de sus padres, quedando esta modalidad a cargo de la reglamentación interna.

En la actualidad, el Código Civil de la República Argentina establece una incapacidad absoluta para ejercer actos jurídicos a las personas menores de 14 años, dotándolas con capacidad para los actos que la ley autoriza, y presumiéndose realizados con discernimiento los actos lícitos (reglas 54, 55 y 921), con adquisición de la plena capacidad a los 18 años (arts. 126 y 128) estableciéndose en el artículo 127 la distinción entre menores adultos e impúberes a través de un criterio "*rígido*" dado por los 14 años.

Desde este punto de vista procesal, este sistema impondría que sean representados por sus padres o tutores (artículos 57 y 274) o litiguen con autorización expresa de ellos -ambos- o supletoria judicial (artículo 264 quater), previéndose también la posibilidad de actuar procesalmente con tutor (o tutora) especial designado y controlado por la judicatura (artículo 282). En definitiva, la persona que ha cumplido la edad de 14 años, puede válidamente estar en juicio sin necesidad de ser representada por sus progenitores, para lo cual, ciertamente, deberá contar con patrocinio letrado.

Pero, y esto es fundamental, la norma reglamentaria del tratado, de orden público y vigencia nacional (Ley 26061) establece que todos los niños, niñas y adolescentes gozan del derecho a contar con abogado/a, pues no realiza ningún tipo de excepción en la regla 27.c, ni tampoco al disponer la participación activa en los procedimientos (27.d) —que no pueden pensarse sino mediante la intervención personal y no mediatizada por terceros—, ni la hace cuando se refiere al derecho [del menor de edad] a recurrir la decisión (27.e). Si justo a lo anotado, nos remitimos a las proposiciones de las

100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, elaboradas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (28) la posibilidad de designación de un letrado no puede ser válidamente coartada por no haberse alcanzado la edad de 14 años, pues la ley posterior, que se alinea con las disposiciones convencionales, resulta más protectora de los derechos de la infancia, que la que los restringe para una franja etárea sin fundamento alguno.

Además de estas razones, que a mi entender son suficientes y abarcan al colectivo niñez -pues no podrían establecerse discriminaciones basadas en el domicilio del sujeto menor de edad en una u otra provincia-, en el ámbito chubutense son de absoluta vigencia las normas constitucionales(29) y legales(30) que imponen, en virtud del principio "*pro homine*", que se admita en supuestos determinados por las condiciones evolutivas del sujeto menor de edad, la designación del "*Abogado del Niño*" previsto en el artículo 27.c de la Ley 26.061, aunque quien lo requiera no sea un menor adulto.

Como vimos, la posibilidad de ejercicio del derecho a ser oído que trajo la CDN es tripartita: a) Directamente: cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, con patrocinio letrado si tiene madurez suficiente para discernir lo que eso significa y dar instrucciones al letrado, para lo cual deberá el juzgador ponerle a disposición su derecho, si sus representantes necesarios o promiscuos no lo solicitan. b) Por sus representantes: cuando revistan calidad de parte en función de las normas vigentes y no se adviertan intereses contrapuestos con sus sustitutos legales o necesarios y c) A través de un órgano apropiado: cuando por su edad -escasa- o alguna imposibilidad por deterioro cognitivo, se ve impedido de expresarse por sí o sus representantes, esta fórmula habilitaría recurrir a técnicas apropiadas que permitan la expresión de voluntad o la opinión sobre el tema jurídico a resolver, o la designación de un tutor especial.

Finalmente, cabría preguntarse acerca del alcance del significado de la manda de "*oír*" a la persona menor de edad. Oír a un niño, niña o adolescente significa empanizar, observar, escuchar,

preguntar, relacionar, contrastar, analizar. De este modo el intérprete podrá efectuar distinciones medulares y finalmente integrar y comprender todo lo oído en el marco de interrelaciones que conforman la dinámica organización de una familia y su medio.

El "cómo" oímos a los niños no se satisface sólo con registrar sus deseos, debemos decodificar otros elementos que contribuyen a que la escucha sea integral, para lo cual puede resultar necesario lo interdisciplinar o el aporte de otros operadores(32).

Lo esencial en ese proceso es la prudencia, el silencio del adulto para generar la comunicación, la escucha atenta, esto importará darle ocasión al niño o niña de ser co-constructor de la salida más adecuada a su interés superior, lo convertirá en verdadero protagonista de su caso.

Las figuras complementarias: ministerio pupilar, tutor y abogado de niños, niñas y adolescentes.

Brevemente, podemos señalar en función de la regla 59 del Código Civil, que el Ministerio Pupilar (en las figuras del Defensor de Menores o Asesor de Familia, o de Incapaces) integra la garantía de defensa como "*...parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados...*". En el ámbito provincial la ley orgánica de la Defensa Pública contempla similar cobertura (33)

La ley V - N° 139, promulgada por Decreto N° 854/ 12 del 8 de junio del corriente y publicada en B.O. LIV N° 11495 establece en el Artículo 21 las funciones de los cargos de Asesores de Familia(34). Llamativamente allí se consigna que este funcionario "*asesora*" a niños, niñas y adolescentes, a personas con padecimiento mental, a sus representantes necesarios, parientes, y en general a quienes sean responsables por los actos de aquellas, sin perjuicio de contemplar, en el artículo siguiente, la figura del abogado del niño(35) .

A mi ver, el verbo utilizado se presta a confusión, pues el Ministerio Pupilar tiene una función informativa y orientadora estando reservado el asesoramiento -en sentido técnico-, al letrado que patrocine o se constituya en apoderado. Sin perjuicio que, en los supuestos en que ejerce su ministerio de manera autónoma y por inacción de los representantes necesarios o legales, sí podría llegar a asesorar en sentido jurídico, a quien también representa promiscuamente.

Es importante señalar, para evitar confusiones muy usuales, que el Ministerio Pupilar actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales. En tal sentido, su opinión puede o no coincidir con la de la persona menor de edad a quien representa, y de ningún modo está atado a ella, como sí ocurre con el "*Abogado del Niño*" que sujeta su actuación a las instrucciones que la niña, el niño o el adolescente le imparten, procurando una sentencia favorable.

El diseño legal devenido luego del cambio de paradigma, que implica dejar de lado el sistema tutelar que compartían judicatura y Ministerio Pupilar, impone el fortalecimiento de funciones de la Asesoría en el ámbito extrajudicial, llamando a velar por el debido proceso constitucional con carácter previo al dictado de las medidas de protección, maximizando su participación para hacer efectivos los derechos de la infancia. Este es el verdadero desafío para el Ministerio Pupilar.

En el ámbito judicial, la función primordial es procurar la legalidad de los procedimientos, el respeto, la protección y la satisfacción de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, coadyuvando a sus representantes legales o necesarios. El impacto de las leyes de infancia supuso limitar la intervención judicial en tanto el Poder Ejecutivo -ámbito administrativo extrajudicial- es el efector primario de los derechos, de modo que la principal tarea que le compete a la Asesoría en términos procesales, es

procurar el ejercicio del derecho del niño a ser oído y a participar activamente en el proceso.

La ley reglamentaria de la Convención de los Derechos del Niño (N° 26.061 27.c) y el Decreto N° 415, establecen que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser asistidos por un abogado preferentemente Especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya, que represente sus intereses personales e individuales, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. La distinción entre ambas figuras tiene, entonces, fuerte legal.

Como vimos, la norma local que regula la actividad de la Defensa Pública sólo hace una mención tangencial al tema en el artículo 22, aunque del texto emerge sin cortapisas que la actuación de ambos letrados es distinta y excluyente. Si bien en nuestra provincia el Ministerio Pupilar tiene la determinación de "*Asesoría*", parece importante señalar que su rol es sugerir, recomendar, advertir, proponer, orientar, respecto de derechos indisponibles, y en tal sentido ha de interpretarse la norma que regula su actuación cuando dice que "*asesora*", lo cual difiere de plantear estrategias procesales determinadas tendientes a obtener una sentencia de mérito sobre un interés concreto planteado por un menor de edad.

Tanto es así que se ha juzgado inviable que un funcionario de la Asesoría sea designado para desempeñarse como letrado patrocinante de la persona menor de edad, justamente por resultar incompatibles los roles en función del cometido diferente que las leyes asignan a cada uno(36). De ello parece dar cuenta la Resolución N° 62/12 de la Defensoría General de la Provincia de Chubut, del 12/03/12 por la cual se dispone lo necesario para dar cobertura al derecho a la asistencia letrada de los infantes de la provincia (17)

Tampoco daría plena satisfacción al derecho convencional como está plasmado en el artículo 12 CDN y reglamentado en la ley 26.061 la designación de un tutor especial o "*ad litem*"(38), puesto que

este funcionario -que es designado judicialmente y controlado por quien lo nombra-, al representar *sustituye* a la persona sin satisfacer entonces la cobertura de los intereses propios del niño, niña o adolescente.

El texto legal elaborado por la Comisión de Reforma del Código Civil de la República Argentina, prevé el imperativo de "*facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables. . .*", entre las que corresponde incluir a niños y adolescentes (39). "*Los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, y las personas mayores con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso.*". Específicamente el artículo 26 aborda el derecho a asistencia letrada -en caso de conflicto de intereses con los representantes legales- cuando cuenten con madurez, sin aludir a pauta etárea. El artículo 109 contempla que si el representado es un adolescente (mayor de 13 años) puede actuar por sí, con asistencia letrada pues se presume su capacidad, en función de la autonomía progresiva que sobrevuela todo el articulado en esta materia. Así, se reconoce autodeterminación del niño a partir de los 13 años en los tratamientos no invasivos, que no comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física; mientras que respecto de tratamientos invasivos deben ser consentidos por el niño con la asistencia de sus padres y a partir de los 16 es considerado capaz pleno para las decisiones atinentes a su propio cuerpo.

Específicamente el artículo 109 regula la tutela especial cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; disponiendo que si se trata de 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.

A modo de cierre

El principio de la autonomía progresiva implica la posibilidad para la niñez *de ejercer por sí* los derechos de acuerdo "*con la evolución de sus facultades*".

Este principio se expresa a través de la garantía de participar activamente en el proceso, y no es un deber, sino que es facultativa de la persona menor de edad. Es el niño, niña o joven quien decide en función de su madurez, ser partícipe directo de su caso.

Esa facultad se diferencia del derecho a ser oído que es un derecho universal que titulariza toda la infancia, y un deber para el interlocutor, cualquiera sea la edad de quien lo ejerza y con independencia del resultado de esa expresión.

El derecho ha ser oído, reconocido en la regla 12 CDN, implica: a) expresar opinión libremente, y que ésta sea debidamente tenida en cuenta en todos los asuntos que involucran sus derechos y b) a ejercerlo en todo procedimiento judicial o administrativo.

La ley 26.061 no establece ninguna restricción para que la persona sea oída en el proceso, mucho menos lo hace la Convención. La mención a la "*madurez y desarrollo*" a la que se refiere el artículo 24.b de la ley es para graduar el alcance de la opinión, o la modalidad de ejercicio, pero de ninguna manera es un requisito para restringir el derecho.

La participación activa en el proceso o el derecho a revestir el carácter de parte -con las consecuencias procesales que acarrea- resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de desarrollo y madurez que será evaluado con prudencia por quien deba resolver la contienda en función de la autonomía del sujeto. Las pautas etáreas contempladas por la legislación deben operar como indicativas.

El reconocimiento del carácter de parte de la persona menor de edad será reservado para aquellos casos en que se discutan de manera directa e inmediata cuestiones atinentes a su persona y existan intereses contrapuestos entre ella y sus representantes legales (custodia, régimen de comunicación, violencia familiar cuando sea víctima, medidas de protección), no en el caso en que se debatan cuestiones que puedan afectarla indirectamente (divorcio) o cuando sus derechos se encuentren adecuadamente representados por alguno de su progenitores o demás representantes legales (reclamación de filiación donde resulta evidente que existen intereses coincidentes entre la persona menor de edad y su representante, alimento, etc.)(40)

Mientras el niño, niña o adolescente no esté en condiciones de formarse un juicio propio, la mirada del adulto deberá ser la pauta a considerar.

En materia penal la defensa técnica está asegurada a través de los artículos 37. d y 40. 2. de la CDN, nada indica que exista un motivo razonable para discriminar en el ámbito civil, por lo que no es tolerable constitucionalmente hacerlo.

Cuando la CSJN señala que la nueva normativa debe ser interpretada en conjunción con la ya existente, una debida hermenéutica nos lleva a concluir que en determinado supuestos, la escasa edad de la persona impide que pueda considerarse su actuación como parte legítima cuando se presenta con un letrado patrocinante que pudo no ser elegido por ella. Es válido presumir la imposibilidad de hallarse en condiciones de comprender la trascendencia de dicha actuación, en virtud de las reglas de capacidad imperantes, pero sólo siendo oída se podrá corroborar la madurez y desarrollo de la persona respecto del tema.

El patrocinio se ejercerá en función de las instrucciones que otorgue el niño, niña o adolescente sin reemplazar su voluntad. De lo contrario la figura se confunde con el tutor *ad litem*, cuya designación opera sobre la base de entender que no tiene suficiente

madurez para ejercer el derecho a contar con asistencia letrada propia, y entonces el adulto sustituye su voluntad.

La representación podrá operar a pedido de la persona menor de edad y/o de la Asesoría o por decisión de la autoridad administrativa o de la judicatura, evitándose que la persona designada pertenezca a la esfera de influencia de alguno de sus progenitores.

No existe motivo legal para no admitir la participación "*Abogado del niño*" también en el ámbito extrajudicial.

En función de lo dispuesto en el 265 del CC, la condena en costas recaerá sobre ambos padres siendo el único modo de mantener su actuación fuera de la esfera de control de ellos. En caso de falta de recursos, serán soportados por el Estado.

La intervención de un "*Abogado del Niño*" ha de ser necesaria en el caso, a riesgo de violar otro principio también troncal en materia de infancia, como lo es el de prohibición de injerencias arbitrarias (regla 16 CDN, y artículo 10 ley 26.061) y la intervención supletoria del Estado. Y entendida como satisfactoria del superior interés, en cuanto "*máxima satisfacción integral y simultánea*" de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de este país.

Referencias Bibliográficas

1) Artículo 27 Ley 26061: "*GARANTÍAS MÍNIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. 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."* Decreto Reglamentario 415/2006: "*Art. 27. El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley N° 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades."*

2) Me refiero a los autos caratulados: "*G., M. S. c. J. V., L.*", Fallos: 333:2017 Y el recientemente dictado en autos "*M., G. vs. P., C. A.*", publicado en RC J 5357/12.

3) Conforme lo resuelto por el Tribunal Superior de Santiago del Estero, se mantuvo lo decidido en cuanto a la reanudación del contacto de las hijas menores de las partes con su progenitor -acusado de abuso sexual en perjuicio de una de ellas-, aunque restringiendo el régimen amplio dispuesto en las anteriores instancias, a uno acotado y asistido, frente a lo cual la madre y actora en autos, interpuso recurso extraordinario federal que fue concedido.

(4) Invocando los arts. 59 del Código Civil y 54, incisos "a", "b", "c", "d", "e", "f" e "i" de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946.

(5) El dictamen, datado el 6 de Noviembre de 2007 da noticia de que a esa fecha, las nenas contaban con 10 y 7 años de edad, respectivamente.

(6) "... *la intervención de V.E. resulta viable cuando -como, pienso, ocurre en el sub lite- ha tenido lugar una manifiesta arbitrariedad o una restricción indebida del*

derecho de defensa (arg. Fallos: 315:2364; 317: 116; 323:629; 324:2509 Y 3805; 327:608, 328:3922, 4769 y 4801, 329:4659, entre muchos otros)." [del dictamen de la Procuradora General, G. 2125 . XLII. y G. 1961. XLII. Recurso de hecho en autos: "G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular."] y "La apelación también resulta formalmente procedente, puesto que - más allá de su índole, en principio , procesal- el debate planteado conduce a la interpretación del art 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, suscitando cuestión federal de suficiente trascendencia a los efectos de la habilitación de esta vía (arg. art. 14 inc. 30 de la ley 48 y art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; doct. de Fallos :315:1848; 318:2639, entre otros)" [dictamen de la Procuradora ante la C.S.J.N. en autos "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. M. en la causa M., G. el P., C. A.H."].

(7) Corte IDH, 29/ 1 J /201 1, Atala Riffo vs. Chile, fondo, reparaciones y costas.

(8) A lo largo de este trabajo apelaré indistintamente a los términos "personas menores de edad", "la niñez" e "infancia", por considerarlos colectivos inclusivos de los niños y niñas menores de 18 años (artículo 1, CDN), y con la clara intención de contribuir con la sutileza del lenguaje a superar la discriminación en función de edad, raza, sexo, color, idioma, religión, origen, posición económica , impedimento físico o mental de ellos o de sus padres (artículo 2, CDN). Asimismo, desearé la utilización de la palabra "niño" para evitar remisiones androcéntricas que la cultura sostiene.

(9) En la OC-17 la Corte IDH dijo: "no existe discriminación por razón de la edad en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes por ser menores... no están en condiciones de ejercerla sin riesgo... la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior".

(10) En función del artículo 75.22 de la Constitución Nacional, armonizado con lo resuelto el 13/03/2012 por la CSJN, en autos "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", [Llonline AR/JUR/1682/2012), donde interpretando el artículo 86. 2 del Código Penal relativo a los supuestos de aborto no punible destacó: "esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquellos desde una construcción argumental que permita

armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a / a luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a troves de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional' .

(11) Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa. Ley de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Ediar, p.453 y ss. La OC-17 de la CIDH ha establecido que se *"...deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de su derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible... "*

(12) Fernández, Silvia, Consideraciones en tomo al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el anteproyecto de reforma de Código Civil Argentino, expresa en la nota: La condición de personas en desarrollo de los niños no justifica un sistema de cercenamiento sino de *"reconocimiento"* de la titularidad de derechos fundamentales, legitimándolos a su ejercicio. Minyersky, Nelly *"Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño"*. Grosman, Cecilia; Herrera, Marisa, comp. Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur. Lexis Nexis p. 255.

(13) Arribere, Roberto y Vega, Manuel A., *"El asentimiento de los menores de edad, a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia genética"*, <http://www.bioetica.bioetica.org/doctrina2.htm> citado por Minyersky, Nelly-Herrera, Marisa, Autonomía, capacidad y participación a la luz de la 26.061, en *"Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes"*, Análisis de la Ley 26.061 Editores del Puerto/Fundación Sur, 2006.

(14) Fernández, Silvia, op. cit. remitiendo a Lansdown, Gerison *"La evolución de las facultades del niño"* Innocenti insight, Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF 2005, www.unicef-ir.org y Pellegrini, M. Victoria. *"Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad"* RDF 42, p.

88, afirma que *"En el proceso inciden factores biológicos, psicológicos y sociales; no todos los niños dejan de serlo a la misma edad, lo que complejiza el concepto evolución de facultades"*.

(15)Anteproyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión creada por el Decreto 191 del Poder Ejecutivo Nacional, del 23 de febrero de 2011.

(16)El artículo 26 dice: *"Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISEIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamiento que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivo 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; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los DIECISEIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo"*.

(17)Dto. N° 1631/99, Anexo I, apartados 2.c, 2.d y 2.f

(18)Baldarenas, Jorge A., *"¿Son Los 'menores '... incapaces?"*, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 11, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 79. En este sentido, agrega este autor que se trata de *"rescatar la capacidad de que en todo ser humano existe, incluidos los niños y jóvenes, sin perjuicio de las dificultades materiales que pueden haber para ejercer personalmente los derechos y deberes que de tal situación se derivan"* (p. 80)

(19)Herrera y Minyersky, op.cit., con cita de Minyersky, Nelly, *"Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres"*, p. 103; Grosman, Cecilia P., *"Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia"*, LL-1993-B-1095; Reartes,

Julia en *"Infancia y Derechos: algunas cuestiones a debatir"* ; JA 1994- IV- 904; Geto María del Carmen, "La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de las personas, Civitas, Madrid, p. 26; Beloff Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2004; Cillero B., Miguel, *"Infancia, autonomía y derecho: una cuestión de principios"*, en Derecho a tener derecho, UNICEF/ IIN, Montevideo, 1998, Tomo 4, p. 34 y ss., entre otros.

(20)La ley 26.061 establece en el Artículo 3° que deberá respetarse *"su condición de sujeto de derecho"* (inc. a), su derecho a *"ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta"* (inc. b), así como tenerse en consideración *"su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales"* (inc. d).

(21)Artículo 24. -Derecho a opinar y ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho 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.

(22)Artículo 14:El Estado garantizará el derecho de los niños y adolescentes a ser escuchados en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que los afecte.

(23)Regulado en los artículos 3, 14, 15, 19, 23, 24.a, 27. c de la ley 26.061: *"a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquello que tengan interés"* y señalado por el Comité de Derechos del Niño, CRC 31 período de sesiones C/ 15 del 9- 10- 2002

(24)Grosman, Cecilia P., *"La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia"*, ED, 107-1 011.

(25)Se la definió como *"un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o a asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido"* (Cifuentes, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 2 1 8).

(26)http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2009/beiro/18_m_394_1_xl_iv_m.pdf

(27)Ley III N° 21, Artículo 19.- El Estado garantizará a J os niños y a los adolescentes en el proceso penal y contravencional, los siguientes derechos y garantías: a)...b) ...c) A la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrá producir todas las pruebas que estimare conveniente para su defensa; d) A la asistencia técnica de un abogado de su elección o proporcionado gratuitamente por el Estado; e) A ser escuchado personalmente por la autoridad competente;...

(28)Regla 2 Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Y también Sección 2ª Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad ...Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia_ intervención de colegios o barras de abogados...

(29)Arts. 18.4, 18.9, 18.10, 19, 21, 22, 27 de la Ley V N° 65 (Constitución de la Provincia de Chubut).

(30)Ley III N° 21, artículo 1, segundo párrafo: Los derechos y garantías enumerados en la presente ley se entenderán complementarios de otros derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y provincial, y tratado internacionales en los que la Nación sea parte. Artículo 3º.- Los niños y los adolescentes gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona y de la protección integral que trata esta ley, asegurándoles todas las oportunidades para el desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad. Artículo

4....asegurar con absoluta prioridad....procurar su desarrollo integral, respetando su personalidad. Artículo 8º.- En la interpretación de esta ley se tendrá en cuenta la condición de los niños y adolescentes como personas en desarrollo, los derechos y deberes individuales y colectivos, las exigencias del bien común y los fines sociales a los que ella se dirige. Los niños y adolescentes desempeñan una función activa en la sociedad Y nunca serán considerados meros objetos de socialización, control o prueba.

(31)Pereyra, Graciela, " *Oír a los niños. Reflexiones desde una práctica del trabajo social*", RDF, 35- 88.

(32)En ese mismo sentido: "No creo que sea ocioso señalar que, tal como lo destaca Grosman, la entrevista personal niño-juez no es el único modo de "escuchar". En especial, cuando se trata de bebés o niños con escasa edad, el juego, lo gestual y otras formas de comunicación no verbal constituyen elementos de gran relevancia para indagar sobre sus deseos. Connotación a la cual se le deben agregar los importantes aportes provenientes del "escuchar" por parte de otros profesionales de otras disciplinas que el derecho, con una mayor preparación en la decodificación del "decir" a través de otros modos que no sean la palabra" (Herrera, Marisa, "La voz del niño en su proceso de adopción", p 33 cita 15, Jurisprudencia Argentina, no especial 2007- IV " Protección de la Familia", Lexis Nexis).

(33)Artículo 9 de la Ley V- 139 [el Asesor de Familia] :"*Interviene como parte legítima y esencial en todo juicio o causa que interese a niños, niñas, adolescentes y personas con padecimiento mental o a sus bienes, conforme la normativa vigente... Interviene en todo trámite que interese a la persona o bienes de un menor de edad, aun en calidad de víctima o testigo, velando por su protección integral.*"

(34)Artículo 21. Funciones. El Asesor de Familia, sin perjuicio de las demás funciones que le encomiendan el Defensor General y el Defensor Jefe, tiene los siguientes deberes y atribuciones: Interviene, en los términos del artículo 59 del Código Civil, en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte derechos de niños, niñas, adolescentes y personas con padecimiento mental, entablando las acciones o recursos que sean pertinente. Interviene en el control de legalidad de las medidas adoptadas por organismo administrativo. Peticiona, en los casos del inciso anterior, las medida que hagan a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y personas

con padecimiento mental, en forma autónoma y ejerciendo la directa representación de quienes carecieran de asistencia o representación legal o cuando resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieran a su cargo por disposición judicial o de hecho. Siempre procura la intervención previa de los organismos administrativos del sistema de protección integral con competencia en la materia. Asesora a niños, niñas y adolescentes, a personas con padecimiento mental, a sus representantes necesarios, a sus parientes y, en general, a quienes sean responsables por los actos de aquéllas. Tramita acciones de filiación paterna, derivadas del supuesto previsto por el artículo 255 del Código Civil y, cuando resulta menester, guardas preadoptivas. Cita personas a su despacho y requiere el auxilio de la fuerza pública, cuando resulte necesario para el desempeño de sus funciones. En el proceso penal, vela por el cumplimiento, por parte de los servicios específicos y de los organismos complementarios, en respeto de los derechos de víctimas, testigos e imputados menores de edad o incapaces. En los casos del segundo apartado del inc. 2 del artículo 20, representa a las víctimas menores de dieciocho (18) años de edad. Inspecciona periódicamente establecimientos de internación, guarda, tratamiento de niños, niñas y adolescentes y de personas con capacidades diferentes, sean públicos o privados. Cuando lo cree necesario informa al Defensor General, por la vía jerárquica correspondiente, sobre el desarrollo de las tareas educativas y de tratamiento social y médico implementadas para cada internado, así como el cuidado y atención que se les prodiga. Responde los pedidos de informes que le formulan el Defensor General y el Defensor Jefe. Solicita de los Registros u Oficinas, públicas o privadas, sin cargo alguno, testimonios, documentos y actuaciones necesarias para su gestión. Promueve y facilita acuerdos extrajudiciales respecto de los asuntos relativos al ejercicio de su ministerio de conformidad con lo que establecen las leyes especiales. Concede las licencias ordinarias a los Funcionarios y Empleados de su dependencia y les impone sanciones disciplinarias, en los casos y formas que establecen las normas legales y reglamentarias vigentes. Cuando el Defensor Jefe designa

responsable del Área a un Asesor de Familia, sólo éste ejerce la potestad del presente inciso, salvo reserva del Defensor Jefe.

(35) Artículo 22: Intervención Excluyente. Cuando el Asesor de Familia insta una acción en sede judicial, los jueces no designan a ningún otro magistrado o funcionario del Ministerio para que intervenga en resguardo de los intereses del niño, niña o adolescente en tal carácter. Ello sin perjuicio de la intervención del Abogado del Niño, en los casos en que se lo requiera.

(36) *"Resulta incompatible que un Asesor de incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y por otro lado, por intermedio de otro Funcionario en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo a lo que el percibe como más conveniente para el niño, es decir dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (art. 3 de la C.D.N.), pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada, como la que dispone el art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño."* Expte. Nro. 146389 - "R., J. M.; M. A.; G. N.; C., S. L.; V. M. s/ Protección de persona" - CApelCC Mar del Plata (Bs. As.) - Sala Tercera - 19/04/2012, eIDial AA75C9.

(37) Se resolvió: 1º) Determinar que el Ministerio de la Defensa Pública asuma provisionalmente y hasta la creación de una dependencia estatal especializada en la Provincia del Chubut, la obligación de brindar a niños, niñas y adolescentes, asistencia y patrocinio letrado desde el inicio de todo proceso judicial o administrativo que los incluya, cuando existiere divergencia de intereses u opinión con sus representantes y se encuentren en condiciones de formarse un juicio propio en atención a su edad y madurez (artículos 12 en concordancia con los artículos 25 y 37 de la Convención Sobre Derechos del Niño; 75 inciso 22 y 18 de la Constitución Nacional; 18, 44 y 45 de la Constitución Provincial, 27 inc. c) de la Ley Nacional 26.061, de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, 14 de la Ley Provincial III N° 21, 3 y 7 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y 22 y 26 de la Ley Nacional N° 26.657 de Salud Mental).-

(38) Arts. 61 y 397 del Código Civil de la República Argentina

(39) Conf. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

El rol del juez de familia en el derecho proyectado

por Mariela A. González de Vicel (1)

Disponible en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/>

Publicado en: Revista Derecho Privado Año II N°6. Octubre 2013

Cita Online: RVDPR00

[Consultado el: 20/08/2021]

1. Una contextualización necesaria

Se puede hablar de proceso con referencia a un sistema compuesto por una serie de actos de las partes, del órgano judicial, y de terceros realizados en forma sucesiva, con la finalidad de lograr la actuación del derecho para satisfacer una pretensión aducida por quien posee determinados intereses, mediante una declaración emanada de quien representa una porción del poder estatal.

Esta modalidad de organización de la vida social intenta solucionar conflictos jurídicos nacidos a partir de hechos históricos. Cabe aclarar, no obstante, que no siempre existe conflicto entre partes antinómicas, sino que puede ocurrir que la intervención judicial sea producto de la necesidad de fijar derechos, conferir autorizaciones, otorgar fuerza de sentencia a los acuerdos, etc.

Todas las actividades desplegadas dentro de ese sistema, se realizan mediante trámites previamente establecidos en lo que hace a formas y tiempos, a los que se denomina procedimientos; en el supuesto de intereses encontrados que dan lugar a procesos contradictorios, a esos trámites se le asigna la denominación de juicio.

Es posible sostener que existe un sistema normativo de base constitucional que regula la solución de los conflictos derivados del

tráfico jurídico, o declama y fija los derechos de los ciudadanos cuando es necesario porque el mismo sistema lo impone, con formas estipuladas para el funcionamiento, y órganos competentes para ello. La designación del alcance de la actuación de quienes componen los procesos (partes, órgano, terceros) también la determinan las leyes, en ocasiones desdoblando la atribución de funciones (delegación del poder de las provincias), en otras siendo un único actor estatal el que determina las actividades que son alcanzadas (facultades no reservadas).(2)

Dentro del esquema reseñado, podemos decir que la tarea de juzgar los hechos, adjudicando derechos a los sujetos que reclaman su tutela efectiva, impone a quienes la realizan una obligación particular y no escrita: reconocer y asumir que la circunstancia de estar investidos de esa autoridad republicana, no los coloca en una posición de privilegio y calificación superior respecto de otros integrantes del sistema. No son ni más pensantes, ni más intelectuales, ni más hábiles, pese a que deberían poseer entrenamiento suficiente para un análisis diferencial del conflicto, con soporte en la especialización, una permanente actualización en temas que exceden el circunscripto a nuestro ámbito, e incluso, contar con cierta experiencia de vida.

Si bien conocemos las reglas jurídicas generales, la teoría del derecho, los principios jurídicos, al momento de desplegar la jurisdicción —con independencia de la competencia que corresponda— es imprescindible adoptar una actitud consciente que evite argumentaciones aparentes, a las que se arrije como resultado de especulaciones analizadas con mayor o menor fuerza durante el proceso de elaboración de una sentencia. Esta premisa alcanza a la actividad del órgano en los procesos por audiencias, donde el juez o la jueza se instalan en el centro del conflicto, munidos del poder estatal legítimamente conferido, en pos de “decir el derecho”, otorgando a cada uno lo que le es debido, y donde el contacto directo con las personas que reclaman el servicio imprime una dinámica diferente a la interrelación entre el sistema familiar y el judicial.

En definitiva, toda formación científica ha de ser procurada para atemperar los intersticios de la argumentación jurídica por donde pueden introducirse las preferencias morales del sentenciante, en desmedro de los derechos constitucionales de quienes reclaman sus derechos.

Sin embargo, no por eso —ni mucho menos— parece acertado pretender encorsetar lo que debería ser visto como una virtud en el operador jurídico: el ejercicio de la pasión en tanto condición equiparable a la vitalidad intelectual. No puede menos que enaltecerse al magistrado que la ejerce, siempre atemperada por la razón crítica, pues esa virtud, traducida en términos de compromiso con la función social que se desarrolla, resulta ser un componente no despreciable para el juego de equilibrio entre la realidad y el derecho. Todos conocemos la enorme influencia que la judicatura, artífice del derecho vivo, tuvo y tiene en los temas sensibles a la ciudadanía, especialmente en lo que hace a ejercicio pleno de los derechos humanos.(3) Esos ejemplos del activismo judicial bien entendido, esto es, como ejercicio constitucional del control de convencionalidad y del control difuso de constitucionalidad, sólo fueron posibles por el ejercicio responsable de una judicatura apasionada.

En esa tarea, y de modo preponderante, no estuvo ni estará ajena la ley, en tanto herramienta legítima para la regulación del orden social todo y como necesaria reglamentación de las normas fundamentales contenidas en la Carta Fundacional.

Ahora bien, fue acertada la descripción que realizara el actual presidente de la Corte Suprema, cuando años atrás sostuvo:

“...El Código fue un reflejo de la creación del Estado nacional; su pretensión era ordenar las conductas jurídico-privadas de los ciudadanos por igual, sean ciudadanos o extranjeros (art. 1º, Cod.Civ. Argentino). Ahora el Código comparte su vida con otros Códigos, con microsistemas jurídicos, y con subsistemas. El Código ha perdido centralidad, la que desplaza progresivamente. El Código es sustituido por la constitucionalización del Derecho Civil, y el orden codificado por

el sistema de Derecho Civil, que abarca tanto a la norma codificada como a otras. La explosión del Código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. Se han creado microsistemas jurídicos, que al igual que los planetas, giran con su propia autonomía, su vida singular”.(4)

¿Qué crisis se planteó entre el Código Civil y los sistemas posteriores que fueron ordenando las realidades jurídicas? Una tan conmovedora que reviste connotaciones de revolucionaria: el centro del enfoque jurídico deja de ser el derecho privado para pasar a ser los derechos de la persona humana. El ser humano como centro y como fin de la regulación legal.

En ese concierto, donde subsisten normas dictadas con la codificación originaria con los ajustes provocados por las incorporaciones de Tratados de Derechos Humanos, que progresivamente dieron lugar a leyes más benévolas y tolerantes a otras formas familiares, al divorcio, a la diversidad en los géneros, a los derechos de los vulnerables en pos de su igualdad real, etc., una reorganización normativa se impuso como necesidad social.

También es inobjetable en estos tiempos, la especificidad y especialización necesarias para dirimir conflictos jurídicos relativos a las problemáticas familiares; ni que ellas se despliegan en un sistema jurídico que —ampliando los derechos reconocidos— intenta subsumir en viejas normas una realidad vertiginosa y mutable, a la par que debe ajustar su actuación mediante la utilización de reglas diferentes a las sancionadas para procesos donde las pretensiones tienen naturaleza patrimonial.

2. ¿El caos o los espacios ampliados de la actuación judicial?

Las leyes, usualmente, no crean la situación que reglamentan, sino que reconocen fenómenos sociales o culturales, a veces sencillos, a veces complejos, regulándolos a los fines de garantizar la convivencia social pacífica, o intentando reducir los conflictos

interpersonales. En definitiva, plasman una situación de la realidad, generalmente con posterioridad a su aparición.

En el contexto contemporáneo de los vínculos interpersonales, asistimos a un resurgimiento de la afectividad como motivo de unión de las parejas, con resultados no fijos, procesos dinámicos, producto de la tensión entre autoridad y libertad en los vínculos intrafamiliares, donde la familia aparece como una categoría fáctica, imposible de subsumir en una única definición jurídica. Sumado a ello, el reacomodamiento de roles parentales y un lugar preponderante asignado al niño, investido de un reconocimiento autónomo y con capacidad para proyectarse de manera diferenciada de sus padres. Sin olvidar la homoparentalidad, diversas relaciones de dominio, igualdad y asimetría entre hombres, mujeres y niños, cierto desdibujamiento de la figura paterna en una familia gradualmente materializada, modos asexuados de procreación científica, relaciones virtuales, una organización familiar que atraviesa la familia con la economía de mercado, la globalización, la revolución de las comunicaciones y un mundo externo amenazante, caótico, violento, individualista y despersonalizante.(5)

En lo relativo al conflicto familiar, es constante la ampliación de las coordenadas que lo delimitaban, producto de los tiempos de reacomodamiento a las nuevas formas familiares, caracterizados por cambios en el vínculo conyugal, el divorcio, la fecundidad, las conductas sexuales y reproductivas, la filiación y las responsabilidades derivadas del estado civil.(6) A ello se suma el fenómeno del reconocimiento de los derechos fundamentales, especialmente los de la personalidad, con una ponderación de la dignidad personal como centro de protección jurídica, visibilización de las asimetrías, correcciones tendientes al empoderamiento de las minorías, arrojando en ocasiones como consecuencia el reconocimiento explícito y la obligatoriedad de protección de los derechos que titularizan grupos vulnerables como mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, ancianos, migrantes, etc. Se advierte, incluso, una modalidad incipiente y sostenida de viraje desde una lógica binaria, fundada en la

diferencia, a una lógica de la diversidad, apoyada en la existencia de “lo” complejo y múltiple, en un orden jurídico donde se establece la prioridad del individuo para su autoregulación, con el consiguiente deber de respeto a las conductas autorreferenciales, si con ello no se agreden derechos de terceros o reglas de convivencia democráticas.

Producto, entre otras cuestiones, de los avances científicos y de las formas de comunicación, la vida de las personas se ha diversificado en intensidad y en multiplicidad de cuestiones. Las consecuencias de estas nuevas pautas no son ajenas al Derecho.

El ejercicio de la judicatura en el contexto descrito está signado por la incertidumbre de la movilidad permanente, porque su objeto de análisis, la familia, se ha reformulado y está cambiando.

Somos testigos y partícipes de un fenómeno cultural sin precedentes: las reglas que regulan los procesos fueron dictadas para supuestos fácticos donde esa realidad no estaba siquiera imaginada, y por eso la readecuación normativa integral y coherente apareció como una necesidad social que el legislador debió atender.

Es bajo esas circunstancias que en el mes febrero del año 2011, el Poder Ejecutivo creó mediante el decreto 191/2011 una Comisión para la Elaboración del Proyecto de ley de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. El 28 de marzo de 2012, se presentó el Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial Unificado a la Sra. Presidenta. Luego de algunas modificaciones introducidas en el ámbito del Ejecutivo, a principios del mes de junio del mismo año 2012, el Proyecto ingresó formalmente al Congreso. Mediante la resolución de la Cámara de Diputados de la Nación de fecha 4 de julio de 2012, se creó la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de analizar el Proyecto y elaborar el despacho para su oportuno tratamiento legislativo.

Intentaremos transmitir los puntos sobresalientes a partir de los cuales el proceso, los procedimientos y el rol del juez de familia fueron regulados en la legislación proyectada, dotando a la sociedad de los medios aptos para la efectivización de los derechos fundamentales reconocidos en ese contexto esencialmente dinámico y problemático.

3. El juez, la ley, la interpretación y la mirada constitucional

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación cuenta con un Título Preliminar, cuyo principal aporte es el proveimiento de reglas que confieren una significación general al compendio; constituye un núcleo que sirve de marco para el análisis, la interpretación y la integración de las posibles lagunas.⁽⁷⁾ Se propicia un diálogo de fuentes, con la utilización de reglas, principios y valores que emanan del ámbito constitucional nacional y supranacional.

En referencia a las fuentes, si bien claramente la ley es el punto de partida para la interpretación (subsunción jurídica mediante), se establece la posibilidad de recurrir a los usos, prácticas y costumbres.

¿Cómo se interpreta la ley? Primero, en función de la literalidad del texto legal, pero también según la finalidad tenida en cuenta por la regla, lo cual permite un desligamiento del origen histórico y la posibilidad de adaptación de la circunstancia fáctica contemporánea a la aplicación, disminuyendo la necesidad de ajustes legislativos. Igualmente, el art. 2° del Proyecto indica recurrir a las leyes análogas⁽⁸⁾ y a las directrices constitucionales seguidas en la interpretación jurisprudencial de los tratados sobre derechos fundamentales, sean emanadas de los órganos superiores locales, sean los competentes a nivel internacional, al igual que los principios y valores que también conforman el Derecho como compendio de regulación social.

Los principios proporcionan mandatos que armonizan las distintas pautas utilizadas en la interpretación jurídica, superando lagunas o contradicciones, y optimizando las posibilidades que brinda el sistema.

Los valores, finalmente, son la base ética de la nación, aquellas convicciones con consenso social que se presentan generalmente con un antitético (ejemplo: la solidaridad, la paz, la libertad y sus opuestos, la indiferencia, la guerra, la esclavitud, etc.).

El texto de los arts. 1º y 2º otorga herramientas suficientes para preservar la ley y no destruirla, y ello importa la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que la CSJN ha sostenido desde tiempos lejanos, restringiendo el quehacer judicial en ese sentido (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645). La fuente será la ley, interpretada de conformidad con principios jurídicos y valores socialmente relevantes, considerando las decisiones de los organismos competentes para el análisis de las reglas constitucionales. La particularidad es que este esquema interpretativo mantiene la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser aplicada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución.

El art. 3, por su parte, requiere que el juez dirima los asuntos que caen bajo su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Para llenar ese recaudo, la resolución judicial deberá contener los argumentos jurídicos respetando la subsunción de los hechos al derecho, con estricta adecuación a los mandatos constitucionales y convencionales emergentes de la Constitución Argentina, muy especialmente los vinculados a los tratados constitucionalizados (art. 75, inc. 22 CN), y —como se señaló— la jurisprudencia emanada de la aplicación de dichos instrumentos.

Reglas como la citada llevaron a los constitucionalistas a comentar que:

“El Proyecto de Código Civil y Comercial implica un avance fundamental en la constitucionalización del ordenamiento inferior marcando una nítida impronta de resguardo multiculturalista que, en tiempos de conformaciones sociales heterogéneas, no deja de ser una gran apuesta normativa y simbólica a la convivencia pacífica en el marco de las relaciones horizontales”.(9)

En el texto se anejan partes generales para las diversas instituciones que regula, y con ese método se busca dotar de congruencia sistémica —a la luz de las directivas emergentes del bloque de constitucionalidad federal que conforma su sostén normativo e ideológico— a cada una de ellas. Aquí vale mencionar que en los fundamentos, los juristas consignaron claramente —y ello deberá ser tenido en cuenta al momento de la aplicación concreta de las normas— que se sopesó de manera especial el principio de no discriminación y la igualdad como forma real de acceso a las posibilidades y los derechos, en lo que llamaron una *“ética de los vulnerables”*.

A fin de que el intérprete pueda ejercer su tarea a tono con los objetivos y fundamentos de los juristas que formaron parte de la Comisión de trabajo que intervino en la elaboración del Anteproyecto de Código Unificado, es oportuno transcribir una porción de lo explicitado por la Comisión para la Reforma designada por decreto 191/2011, en lo tocante a los aspectos valorativos. Se dijo que:

“Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores,

de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”. (10)

Podemos observar que en varios artículos se normativizaron derechos de raigambre constitucional, a la par que la redacción amplia y llana de los textos con su claridad conceptual, se traduce en una obligada puesta en práctica de los derechos fundamentales. Por caso, cabe mencionar la garantía constitucional del niño dada por su derecho a ser oído y a que su opinión sea considerada en los asuntos de su interés,(11) volcada en el art. 26 del Proyecto, de singular importancia, en tanto también incorpora la autonomía progresiva del art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).(12) Al establecerse allí que “*La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne...*”, entendiendo al proceso como una integralidad en la que el fin es el dictado de una norma individual, no podría haber duda alguna en cuanto a la citación del menor de edad para poner a disposición ese derecho, en todas las instancias judiciales que el mismo atraviese. Dicho de otro modo, en función del art. 26, existe un deber judicial ineludible para todos los magistrados de cualquiera de las instancias que aborden los conflictos familiares: cumplir el art. 12 CDN. La obligación se mantiene de manera expresa, entre otros, en los arts. 595. f., 609, 613, 617, 626, 639. f. del Proyecto de Código, y como regla general para todos los procesos, en el art. 707, entre muchos otros.

Lo mismo acontece con el derecho a la identidad, establecido en el art. 8° CDN. Se traduce normativamente en una acción autónoma de acceso al conocimiento de los orígenes (art. 596 para la adopción), o a ser informado sobre el tópico en los supuestos de técnicas de reproducción asistida (art. 564). Ambas reglas resultan muestras claras de la constitucionalización del derecho de familia, que el juez habrá de enaltecer garantizándose a la persona menor de edad el acceso, aun cuando ella no cuente con la edad legal presumida para ejercer sus derechos autónomamente si, en función del art. 26 citado, puede advertirse que sí tiene la madurez suficiente.

4. Los principios rectores

4.1 Sustanciales

Con buena técnica legislativa, en varias de las instituciones reguladas se establecieron, a modo de pautas generales, determinadas nociones que gobernarán la interpretación jurídica.

Son los principios generales, pautas que se formulan con un grado de abstracción tal que no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero cumplen la función de orientar la actividad creadora del juez cuando el supuesto fáctico no se encuentre legislado (lagunas) o la solución se presente subsumible a más de una norma (contradicción). Se los definió como “...*líneas directrices u orientadoras que rigen el proceso y el procedimiento, plasmando de este modo una determinada política procesal en un ordenamiento jurídico determinado y en un momento histórico dado*”.(13)

En tanto directriz que cumple una función correctora o integradora de las normas legales, resulta absolutamente válida la utilización de los principios como pauta de decisión ante un conflicto de intereses, plasmado con fundamentación razonada y razonable, siendo insuficiente a ese fin la sola mención del principio que se invoque. Cabe aclarar que la enumeración de principios no implica el establecimiento de jerarquías entre ellos, debiendo el juez ponderarlos de manera integral, y de ser necesario inclinarse por uno en desmedro de otro, recordar que eso no implica, en términos de análisis jurídico, la pérdida de vigencia del no escogido, sino tan sólo un desplazamiento temporal para el supuesto concreto.

Sólo a modo de ejemplo, puede señalarse lo establecido para el matrimonio, que debe regirse bajo pautas de igualdad y libertad.(14)

También puede visualizarse la importancia de estos estándares en el caso de la adopción, instituto reglado en los arts. 594 a 637, y que luego de ser definido, contiene bajo el título “*Principios generales*”,

seis apartados donde enumera cuáles son los mandatos que informan la actividad reglada para este tipo de asignación filial.(15) Explicamos la relevancia de los principios en este caso: la adopción no estuvo contemplada en el Código de Vélez, quien expresamente la desechó; posteriormente fue establecida primero en leyes especiales, luego incorporada al cuerpo normativo, pero siempre sometida a reformas y modificaciones. ¿Por qué es necesaria la incorporación legislativa de los principios que la rigen? Pues para aventar los argumentos aparentes que se mencionaran al inicio de este trabajo, que enmascarados en la fórmula abierta del “*interés superior del niño*”, resuelven sobre los derechos fundamentales sin consideración de pautas de análisis válidas en función del derecho constitucional-internacional, que marca como fundamental la consideración de la persona menor de edad como sujeto de derechos autónomo a los adultos.

Puede advertirse la utilización del mismo método para la regulación de lo atinente a la responsabilidad parental,(16) contemplándose como principios que el juzgador deberá hacer efectivo el de oír al niño o niña y a que su opinión sea considerada según su edad y grado de madurez, la autonomía progresiva y la consideración de su interés superior, todos ellos de corte constitucional.

4.2 Procesales

En ocasión de formular la conferencia de cierre del XVII Congreso Internacional de Mar del Plata, en octubre de 2012, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci —integrante de la Comisión de Reforma— expresó que los autores del Proyecto “*confiaban en los jueces de familia*”. Sin dudas que el tratamiento que se le confiriera a la gestación por sustitución avala esa afirmación. Pese a la resistencia que como técnica de reproducción genera, existe en el mundo como realidad que nos confronta, y a la que debe dársele una respuesta.(17) Valga como sostén de la siguiente premisa: quienes intervinieron en la recodificación conocían muy de cerca el valor de la palabra oral o

escrita del juez, su incidencia en el conflicto que llega a los tribunales porque la familia no pudo reorganizarse y enfrentar con sus propios recursos la crisis. Sabían también que la organización federal del país contribuía a desigualdades de intervención, y por ende, a inequidades de trato. El proceso vehiculiza los derechos, era necesario llevarlo a todos los ciudadanos, pero especialmente a los más desamparados.

Se advierte, así, que se condensó la doctrina y jurisprudencia existente en punto a la especialidad de los procesos de familia y los particulares contornos que producen sustanciales modificaciones a los principios procesales tradicionales, también formulados de manera explícita en el texto. (18)

Nos ocuparemos de algunos de ellos.

a. La prevención del conflicto: la función primordial del juez de familia es utilizar la herramienta legal para permitir a la familia el atravesamiento de la crisis vital que la haya llevado a requerir el servicio de justicia, de la forma menos traumática posible. Desde ese punto de vista, la judicatura con competencia en derecho familiar, debería hallarse suficientemente entrenada en técnicas de mediación, de modo tal de propender a que las propias partes accedan a la solución consensuada del conflicto. El Código incorpora este principio cuando, en el art. 438 establece como recaudo de admisibilidad formal del divorcio, la presentación de un proyecto de convenio regulador suscripto por ambos cónyuges, o una propuesta que será puesta en conocimiento del otro cónyuge, para el caso de la pretensión unipersonal de divorcio. Esta innovación legislativa permitirá al juez tener mayores posibilidades de advertir conflictos latentes, conjurar su desencadenamiento o incluso arribar a entendimiento por consenso en las cuestiones no resueltas antes de presentar la demanda de disolución del vínculo, o —de ser necesario—, disponer la formación de causa por separado. A la par que se exige a las partes que se expidan sobre temas tales como alimentos, responsabilidad parental y cuidado de los hijos, atribución del hogar, compensaciones económicas, distribución de bienes, etc.,

adjuntando los elementos en los que fundan su propuesta, se confieren facultades al juez para requerir aquellos que estime procedentes.

La posibilidad de convocar a audiencia, establecida ahora en el derecho sustancial a partir del principio de intermediación y de la oralidad, previene la escalada de virulencia que las frustraciones propias del proceso de desapego afectivo puede conllevar, y un magistrado o magistrada entrenado convenientemente, podrá fortalecerse en los puntos de coincidencia, trabajar sobre ellos, y colaborar en la formulación de acuerdos duraderos. No debe olvidarse, sin embargo, que deberán soslayarse actitudes omnipotentes, recurriendo tanto a la colaboración interdisciplinaria como a la de los abogados de las partes, de singular incidencia en estas cuestiones.

En este punto, es preciso señalar que quien impone su autoridad por el respeto ganado a través de actuaciones serias, comprometidas, relevantes y útiles, goza de mayor posibilidad de éxito que quien la despliega desde la imposición, la cita legal sin argumentación razonada ni razonable, el dogmatismo estéril y la ausencia de compromiso con el dolor ajeno.

Un buen juez de familia se comprueba ciertamente por su calidez humana, solidez técnica y plasticidad intelectual, una ética particular respecto de los individuos fragilizados, y una condición de liderazgo no exenta de humildad, pues todo ello le permitirá, sumado a la experiencia, advertir y prevenir los conflictos ocultos tras los explícitos que se formulan en los escritos inaugurales de la instancia.

b. Oficiocidad: el principio es enunciado, de manera general en el Título VIII del Libro Segundo sobre “*Procesos de familia*”, pero a lo largo del articulado, varias son las normas que dan cuenta de esta directriz, como por ejemplo, lo dispuesto en el art. 579, que admite la disposición oficiosa para la realización de las pruebas genéticas en los juicios de filiación.

En el proceso civil rige el sistema dispositivo, que consiste en “...el señorío ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de éste”. (19) Sus principales notas son: que el juez no puede iniciar el proceso de oficio; le está vedado considerar hechos o medios de prueba que no fueron aportados por las partes; tendrá por ciertos los hechos no controvertidos por los litigantes; la sentencia debe guardar congruencia, es decir, circunscribirse a lo alegado y probado; finalmente, el juez no puede excederse condenando ni a más ni a otra cosa que la esgrimida como pretensión en la demanda. Si bien éste es el eje rector, se admite la flexibilización de la congruencia, pero para ello se exige el sinceramiento y la motivación suficiente del apartamiento de la regla, explicando por qué el corrimiento conduce a la “*respuesta justa*”.

La fundamentación debe, además, y de modo inexcusable, argumentar la no afectación a la garantía de la defensa. (20) Como surge de los arts. 706 y 709 del Código, para los procesos de familia se asume la morigeración de ese principio dispositivo, justamente en función de la tutela judicial efectiva de los derechos que se resguardan. Expresamente, se consagra en el derecho sustancial una norma que tradicionalmente puede ser considerada de corte procesal, y así se establece que el impulso procesal está a cargo del juez. La razón de ser de esta medida legislativa reposa en que los derechos fundamentales titularizados por la ciudadanía en su conjunto, debe gozar de idéntica, uniforme y completa protección en todo el país.

El juez de familia del nuevo Código, independientemente de su competencia territorial, estará ahora expresamente autorizado por una norma procesal, para impulsar los procesos, y también para ordenar la producción de pruebas.

La mayor medida de la actuación judicial prevista en este tema no es única en la nueva codificación, pudiéndose observar la amplitud de las funciones de la judicatura en todo aquello que interesa a los derechos fundamentales de los vulnerables; así, en materia de

alimentos, se pueden imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución o fijar los cánones por períodos menores al mes (arts. 542, 550 y 553); también ante la reiteración de incumplimiento en el régimen de comunicación (art. 557); puede el juez disponer la intervención de equipos especializados si una persona menor de edad pretende acceder al expediente de guarda y adopción procurando ejercer su derecho a conocer su historia, el origen de su filiación adoptiva (art. 596). Se amplían sus facultades permitiéndole exigir garantías de cumplimiento de los convenios (art. 440), amplitud para fijar la modalidad de cumplimiento de la compensación económica que se reconoce como derecho (arts. 441 y 525), entre muchas otras.

Tal vez una rápida lectura nos llevaría a afirmar que el punto más alto de flexibilización del principio dispositivo, y reinado absoluto de la oficiosidad es el art. 616, que regula el inicio del procedimiento para obtener la sentencia de adopción, disponiendo: “Una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción”. La interpretación de la norma no puede ser ni ligera ni literal, pues cabe preguntarse qué ocurrirá si los pretensos adoptantes y el niño o niña con edad suficiente, no mantienen la voluntad adoptiva; este inicio oficioso de la adopción se pone en jaque. Resulta casi irracional que un magistrado imponga una filiación sin que se haya producido el ensamble afectivo en el plazo fijado para ello.⁽²¹⁾ La correcta aplicación del texto importará para el juez el deber legal de intimar a las partes a dar inicio al procedimiento, bajo apercibimiento de revocar la guarda conferida, y concretar su cese ante la persistencia en la omisión. No obstante la solución que se propicia, lo cierto es que el texto plantea que es el juez quien lo inicia, y consagra la oficiosidad en este tema, en procura de otro valor que se tuvo en cuenta: el tiempo y su enorme incidencia en la filiación adoptiva.

c. Tutela judicial y economía del proceso: mediante el despliegue de determinadas actividades de orden procesal, que en algunos casos sólo implican una forma de gerenciamiento del órgano

judicial diferente a la tradicional, es posible obtener el mayor y mejor resultado con reducción del desgaste de las partes y del juez.

Esta directiva engloba un triple contenido: economía de tiempo, (22) de esfuerzos, (23) y de gastos (24) y se encuentra estrechamente vinculada con la eficacia de la actuación judicial que da lugar a la tutela judicial efectiva. A modo de ejemplo, una correcta interpretación del sistema procurará que, apelando a la fijación de audiencias que podrán ser registradas en filmaciones o grabadas, o por sistema de videoconferencias, se resuelvan cuestiones de diversa naturaleza que puedan surgir y que, de plantearse por escrito, importarían demoras evitables. La concentración de actos optimiza la actividad jurisdiccional, con el consiguiente enaltecimiento de la eficacia del proceso, a la par que colaboran con la facilitación del acceso a la justicia. El soporte legal para adoptar la determinación de disponer las audiencias serán, claramente, la intermediación y la oralidad, unidos por la preceptiva de impulso oficioso.

El principio en cuestión tiene su mayor concreción en los despachos anticipatorios, sean al inicio de los procedimientos o para asegurar el resultado de los mismos, y cuando los tribunales superiores, al entender en los recursos, asumen competencia positiva, evitando reenvíos dilatorios y contrarios a los plazos de duración razonables de los procesos. (25)

El Código lo incorpora cuando sanciona normas que pretenden eliminar la mora en la definición de las situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, estableciéndose plazos y metas, ensamblándose el sistema de Protección Integral (nacido de la Convención sobre los Derechos del Niño) con las reglas de derecho privado que regulan los deberes de la responsabilidad parental. Los plazos y procedimientos previstos en los arts. 607 a 609 procuran dotar de economía y celeridad a esos procedimientos, a la vez que configuran fo más de control de las medidas dispuestas por los jueces y juezas para revertir la situación familiar disfuncional que originara la intervención estatal.

d. Cooperación procesal: las partes se conducirán en el proceso con buena fe y lealtad, pero esa sola circunstancia puede no ser suficiente en punto a la necesidad de la colaboración necesaria para que el proceso de que se trate arribe a una sentencia. Es preciso que los litigantes sostengan una actitud positiva, suministren los hechos del caso con la mayor sinceridad, utilicen las herramientas procesales funcionalmente. A ello puede sumarse en cuestiones de prueba, su cooperación para la producción con independencia de su calidad de oferente de la medida de que se trate, amén de la aplicación en su momento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.(26)

e. Acompañamiento judicial: como ya fuera esbozado, el rol del juez de familia reviste una especial modalidad de desarrollo, y con independencia de la organización unipersonal o colegiada, con regímenes procedimentales especiales o sin ellos, los derechos que se debaten ante estos órganos son, junto con la libertad, la materia sensible de la ciudadanía. Característica de la justicia de acompañamiento es ser más expeditiva, desacralizada, sin perder la formalidad necesaria para avanzar hacia la solución del conflicto, posibilitadora de un marco dialogal y con un rol casi docente. En efecto, es usual que en las entrevistas que se desarrollan en los procesos por audiencias, se proporcione a las partes información acerca de sus derechos, obligaciones, deberes y cargas, advertencias sobre las consecuencias posibles de sus actos (omisivos, activos o negligentes), etc.

5. Un protagonismo renovado, ¿qué se espera del rol del juez?

Del análisis de varias de las normas del Código Civil Unificado emerge la figura del juez de familia como un gran protagonista; por cierto, a no creerse el único. Verdaderamente se han ampliado sus facultades, dotándolo de mayores potestades que le confieren una actuación diferenciada respecto de los magistrados de otros fueros. Pero también se ha previsto el recurso interdisciplinario y se ha prevenido su injerencia indebida, o la actuación arbitraria,

impidiéndosele avanzar sobre conductas autorreferenciales o exigiendo motivación razonable en sus sentencias.

Es el derecho privado quien dispone que asuma el comando o dirección del trámite y su impulso hacia la solución del conflicto por vía del acuerdo o de la sentencia, reconociéndole poderes respecto de la instrucción de las causas (art. 616, inicio de oficio del juicio de adopción), las pruebas (art. 579 sobre las pruebas genéticas) o el dictado de medidas cautelares o tutelas anticipadas (como las dispuestas para las personas que tienen cuestionada su plena capacidad, art. 39), o para asegurar la efectividad de sus decisiones (art. 440, exigibilidad de otorgar garantías al obligado por convenio regulador presentado en el divorcio; art. 550 a 552, medidas cautelares, solidaridad entre obligados, intereses u otra “*medida razonable*” para asegurar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias; art. 557, que permite imponer medidas razonables para revertir el incumplimiento del sistema comunicacional fijado por acuerdo o sentencia).

La actividad jurisdiccional será producto de la aplicación de la ley, y las demás fuentes señaladas en el art. 2º, pero no será una labor realizada en soledad, sino que contará con la opinión fundada de otras ciencias que coadyuvarán al resultado común: la solución del conflicto con el menor costo posible. Para ello se requiere de profesionales con formación adecuada, que puedan comprender las implicancias del derecho de familia, especializados en la materia, y con características personales que permitan permeabilidad en los razonamientos.

6. A modo de cierre

Es harto difícil que un proceso judicial culmine de manera satisfactoria para ambas partes, y/o usual es que lo que una de ellas considera justo, para la restante constituya un resultado injusto. Este desequilibrio en lo que hace a la satisfacción de quien utiliza el servicio de justicia debiera mantenerse dentro de parámetros

normales, aunque muchos son los factores que, según las épocas, pueden colaborar a romperlo.

La búsqueda de la justicia como reguladora de la convivencia social (un tercero imparcial dirimiendo el conflicto entre particulares) tiene su marco legal en el derecho de fondo y también en el procesal. Sin embargo, estas apreciaciones no pueden mantenerse con idéntica firmeza en supuestos de intervención de la justicia de familia, en que el orden público impera en la regulación sustancial, justamente por los derechos que se encuentran en juego.

Los principios cardinales de no discriminación y tutela judicial efectiva respecto de categorías de personas reconocidas por el derecho constitucional internacional como vulnerables (mujeres, niños, ancianos, discapacitados, conforme art. 75, inc. 23 CN), demarcan el mayor protagonismo de la judicatura con competencia en derecho de familia en el plexo legal analizado. Esa sola afirmación resulta estrecha a la luz del cúmulo de funciones que expresamente se han puesto en cabeza del juez. Puede el magistrado disponer sobre el derecho a la coparentalidad o acceso de los niños a ambos padres en caso de cese de la unión convivencial o matrimonial de la pareja parental fijando el régimen oficiosamente, (27) sobre la identidad personal, admitiendo que niños con edad y madurez suficiente para comprender el alcance de averiguar sobre la propia historia accedan a saber su origen, incluso a saber acerca del donante en supuestos de técnicas de reproducción, etc.

La actividad jurisdiccional requiere de jueces probos, éticos, que utilicen el proceso para arribar a la justicia del caso, con una razonada aplicación del derecho (leyes, principios, valores, usos, costumbres), que sean creativos en su utilización y argumenten incluso en contra de la regla escrita en función de valores superiores, de ser el caso.

La sociedad nos exhorta. Debemos conocer el derecho constitucional con la misma profundidad que el civil, los análisis

jurisprudenciales de los organismos con competencia constitucional para brindar respuestas razonablemente fundadas, y en un lenguaje comprensible y asequible a quienes trajeron sus pretensiones.

Deberemos ejercer el protagonismo que nos piden, con aquella amable firmeza que nos confiere la verdadera autoridad, ganada con el respeto al prójimo.

Por último, y como epílogo a estas ideas: *"No está escrito sino en el viento, y aun así puede leerse: un juez debe ser valiente y debe poder dormir. Sólo la libertad de conciencia permite esas posibilidades"*.

Referencias Bibliográficas

- (1) Jueza de Familia de Esquel, Chubut. Autora de varios artículos y comentarios a fallos vinculados al Derecho de Familia. Ex consejera de la Escuela de Capacitación Judicial y docente universitaria
- (2) Arts. 5º; 7º; 8º; 31; 75, inc. 12, inc. 22, inc. 23; 121, 122 y 126 de la Constitución Nacional.
- (3) Por citar sólo algunos ejemplos: el amparo como acción pretoriana a partir de los Fallos “*Siri*” y “*Kol*”, el divorcio como derecho en el caso “*Sejean*”, el aborto no punible y su ejercicio no condicionado como fuera juzgado en el caso “*F., A. L.*”, la accesibilidad y asequibilidad a las técnicas de reproducción humana, el matrimonio igualitario, las funciones de cuidado parental compartido aun producido el divorcio y tantos más.
- (4) Lorenzetti, Ricardo L., *"La decodificación y fractura del Derecho Civil"*, en Revista Jurídica La Ley, 1994-D-724.
- (5) Roudinesco, Elizabeth, *La familia en desorden*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, citada por López Faura, Norma en “Derecho y psicología: una articulación pendiente en los procesos de familia”, en *La familia en el nuevo derecho*, Marisa Herrera (coord.), Aída Kemelmajer De Carlucci (dir.), 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 121 y ss.

(6) Jelin, Elizabeth, La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas en la obra colectiva La familia en el nuevo derecho, vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultando de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera del control del proveedor. Puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurando un trato no familiar. Concluimos este punto afirmando la necesidad de un desarrollo protectorio dentro del campo de la economía de la información y la tecnología digital, cuyos aspectos más específicos iremos desarrollando a lo largo de este capítulo. (LORENZETTI, ..., página 222) Marisa Herrera (coord.), Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.), 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.

(7) Lorenzetti, Ricardo, L., en *“Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”*, en Revista Jurídica La Ley, 23/04/2012.

(8) Conforme los Fundamentos: *“Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al Juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales”*.

(9) Gil Domínguez, Andrés, *“La estructura constitucional del proyecto de Código unificado”*, Sup. Const. 2012 (agosto), 09/08/2012, 48, LA LEY 2012-D, 574 - DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, p. 113, comentario al fallo del Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, "F., M. y L., S. s/divorcio presentación conjunta", 07/03/2012.

(10) *“Aspectos valorativos”*, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Infojus, 2012, p. 523.

(11) Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

(12) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, art. 26: *“Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones

de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene 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.

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; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

(13) Véscovi, Enrique, Código General del Proceso, T. I, Bs. As., Ed. Abaco, 1998, p. 40.

(14) Art. 402: *"Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo".*

(15) Art. 595: *"Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:*

a. el interés superior del niño;

b. el respeto por el derecho a la identidad;

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

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

e. el derecho a conocer los orígenes;

f. el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años".

(16) Art. 639: *"Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:*

- a. *el interés superior del niño;*
- b. *la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;*
- c. *el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.*

(17) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86 (cargo de la Dra. María Bacigalupo de Girard), “N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, expte. N° 38.316/2012, 18/06/2013, dispuso la inscripción de nacimiento de una niña gestada por una mujer que no aportó material genético, como hija de los comitentes, una pareja que se encontraba imposibilitada de llevar adelante el embarazo por problemas físicos de la mujer. El caso fue resuelto en función de derechos de orden superior, como el interés superior del niño en función de la voluntad procreacional, pero con invocación del art. 552 del Proyecto, y sus concordancias. Antes de eso, el 22 de marzo del 2012, en el marco de dos supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo en el extranjero por matrimonios del mismo sexo, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, en autos “D. C. G y G. A. M. c/ GCBA, s/ amparo” y “G. B. F. D y M. D. C. c/ GCBA s/ Amparo” resolvió ordenar sendas inscripciones de niños nacidos de parejas homosexuales que habían recurrido a la gestación sustituta en el extranjero.

(18) Art. 706: *"Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediatez, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente*

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.

Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario...”.

(19) Arnaudo, Daniel, citando a Vécovi, en *"Principios procesales. Normativización"*, ponencia presentada en el Concurso de Jóvenes Ponentes del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 2011, en elDial.com, DC19C0, 29/11/2012

(20) Un ejemplo de esta situación es posible encontrarlo en las resoluciones judiciales en las que se apela a la ley 26.485 y la doctrina vinculada con la temática de género para restituir —en algunas ocasiones, conferir— una igualdad socavada por los estereotipos culturales que anulan los derechos de la mujer.

(21) Recordemos que los términos legales fueron abreviados, siendo de seis meses el fijado para la guarda discernida luego de la declaración de adoptabilidad (art. 614).

(22) Como ejemplo de su utilización, se pueden mencionar: evitar sustanciaciones o vistas inocuas o innecesarias, ajustar los procedimientos en función de brindar la solución jurídica en plazo razonable, advertir que los procesos incidentales no deberían durar más que los principales y reducir los plazos cuidando no afectar el derecho de defensa de las partes, disponiendo apercibimientos o aplicación de sanciones preventivas ante retardos injustificados, etc.

(23) Evitación de actos superfluos, como vistas a los ministerios públicos, o pruebas que no versen sobre hechos controvertidos, inconducentes o dilatorias; desde otra perspectiva, proveimiento anticipado de la jurisdicción pretendida cuando existe una acreditación de los hechos cercanos a la certeza, para lo cual puede recurrirse a las medidas autosatisfactivas, que trasladan la sustanciación para un momento posterior a la respuesta jurisdiccional que se impone como imprescindible. Un ejemplo cotidiano estaría dado por el despacho oficioso de una cuota alimentaria superior a la vigente simultánea al proveimiento del respectivo incidente cuando el desequilibrio es notorio; o autorizar la entrega de dinero depositado en carácter de salario de un progenitor fallecido a los representantes de los menores de edad, sin más recaudo que la acreditación de los vínculos, el deceso, y la existencia de fondos, etc.

(24) La gratuidad de los procesos de familia tiene estrecha vinculación con el acceso de los ciudadanos al servicio, pues una justicia cara, se torna desigual y por ello, la posibilidad de la inaccesibilidad se acentúa. Siempre habrá de ser considerada la incumbencia social de esta problemática.

(25) Recordemos que la Corte IDH, en el caso *“Fornerón e hija vs. Argentina”*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27/04/2012,

Serie C-N° 242, a más de evidenciar la mora jurisdiccional en la resolución de los procesos de adopción en supuestos de pedidos de restitución y el incumplimiento de la garantía del plazo razonable, señaló que deben ser manejados con diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

(26) Morello, Augusto M., *"El deber de colaboración en el ámbito de la prueba"*, en Revista Jurídica La Ley, 2004-D-214; Peyrano, Jorge W., *"El principio de cooperación procesal"*, en Revista Jurídica La Ley, 2010-A-1062; Barberio, Sergio J., *"Cargas dinámicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar?"*, en J. A. 2003-II, fasc. 11, LexisNexis, 11 de junio de 2003, entre muchos otros, en especial Peyrano. El Proyecto formula el siguiente principio: Art. 710: *"Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar"*.

(27) Arts. 650, 651, 656, donde expresamente se establece respecto del cuidado del hijo que el juez, a falta de acuerdo de los adultos, sea a requerimiento de alguno de ellos o de oficio, deberá disponer el sistema más conveniente, con prioridad del régimen de cuidado compartido con la modalidad indistinta (ambos tomarán las decisiones cotidianas aunque el niño oníña resida principalmente con uno sólo de ellos).

Procesos de familia: dando forma a los derechos

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php>

Publicado en: versión electrónica. Rubinzal-Culzoni 2014

Cita online: RC D 781/2014

[Consultado el: 06/09/2021]

Encabezado

El Proyecto incorpora un título autónomo dedicado a los "*Procesos de familia*", cuyo articulado establece el marco mínimo al que deben sujetarse las intervenciones jurisdiccionales, con plena conciencia de que en ese ámbito es donde se desarrolla la tutela de los derechos, guardando coherencia con la regulación sustantiva en punto a la finalidad tuitiva de no prolongar ni profundizar el conflicto humano que llega a los tribunales y con el objetivo de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en el compendio legislativo unificado.

Procesos de familia: dando forma a los derechos

La doctrina se ha ocupado de las variaciones que sufrió el derecho procesal civil cuando comenzó el despegue del derecho de familia, provocando la formulación de principios de exclusiva aplicación a los conflictos derivados de las relaciones intra familiares[1]; traccionó también la jurisprudencia sentando bases sobre las que se construyeron las restantes porciones de la edificación que llamaremos el Derecho Familiar, el que -sin pretender dotarlo de autonomía respecto de otras ramas jurídicas troncales- engloba normas sustanciales codificadas o dispersas en leyes especiales, y

reglas procesales consignadas tanto el derecho de fondo como en las regulaciones provinciales aggiornadas a nuevas realidades familiares. Confluyó en ese escenario el fenómeno de la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, dando lugar a disposiciones novedosas e imprescindibles para garantizar la legalidad del sistema (ej: derecho a ser oído del niño).

Sucintamente descripto el panorama previo, las razones constitucionales que motivan la proliferación de normas de corte procesal en el Proyecto de Unificación de los Código Civil y Comercial, pueden englobarse en tres argumentos.

En primer lugar la consideración que los procesos de familia involucran derechos personalísimos y es imprescindible una unidad de actuación procesal mínima en un país donde 24 estados provinciales tienen sus códigos de procedimientos, algunos con fuero especializado, otro con competencia exclusiva, conviven tribunales unipersonales con colegiados, se cuenta con regulación procesal específica o se rigen por las leyes adjetivas tradicionales. La problemática familiar se encastra en los derechos humanos individuales, y la responsabilidad estatal internacional debe ser reducida a su mínima expresión, por lo que algunas disposiciones básicas e infranqueables deben ser establecidas obligatoriamente para asegurar la eficacia de las normas de derecho privado cuya violación puede acarrear condenas al Estado Argentino.

El segundo argumento es de orden formal: el artículo 121 de la Constitución Nacional indica que las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno federal a la par que en el art. 75 inc. 23 señala que corresponde al Congreso 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 humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. De la ponderación de ambos textos se extrae la posibilidad de establecer las pautas de efectividad cardinales al momento de codificar en los términos autorizados por el art. 75 inc.

12 CN, que se convierten en un piso mínimo que las provincias podrán ampliar, pero jamás profanar.

Según sus fundamentos, el Proyecto constituye una obra trascendental de actualización, modernización y unificación legislativa que responde a la realidad social y que aspira a brindar claridad, efectividad y seguridad jurídica en todas las materias que regula. De ahí la necesidad de explicitar los principios que regirán cada instituto en particular[2], en tanto constituyen las pautas que contribuirán a solucionar los problemas derivados de la interpretación jurídica, ante las lagunas o los supuestos sobrevivientes [3].

Finalizando el Libro II se inaugura un título autónomo dedicado a los "*Procesos de familia*" [4], cuyo articulado establece el marco mínimo al que deben sujetarse las intervenciones jurisdiccionales, con plena conciencia de que en ese ámbito es donde se desarrolla la tutela de los derechos [5], guardando coherencia con la regulación sustantiva en punto a la finalidad tuitiva de no prolongar ni profundizar el conflicto humano que llega a los tribunales y con el objetivo de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en el compendio legislativo unificado.

Una de las connotaciones más relevantes tal vez sea el reconocimiento de las mayores potestades conferidas al magistrado no en el tradicional rol de tercero imparcial, sino desde un posicionamiento sistémico donde su deber principal será aplicar las normas -de por sí más igualitarias que las sustituidas- con el objetivo de pacificar el conflicto, pero también de acercar la Justicia a las personas más vulnerables o fragilizadas. Además de la exigencia de la versación en las problemáticas derivadas del desarrollo de la vida familiar y el trabajo interdisciplinario en el ejercicio del rol, se deberá guiar por reglas orientadoras, propendiendo siempre a la tutela judicial efectiva. Ello implica ser consciente y consecuente con disponer la concentración de actos procesales para reducción de tiempos reales y enaltecimiento de la economía de los procesos, dar posibilidad de ejercicio irrestricto a derecho a ser oído[6], rendir prueba, y que se

dicte sentencia dentro de un plazo razonable. Eso no es todo. El Código suma el derecho a que esa sentencia se cumpla dotando al magistrado de poderes específicos para su ejecución, conforme art. 553 del Proyecto en el caso de los alimentos, dentro de la tutela judicial efectiva. Y claro ejemplo del posicionamiento de los redactores del proyecto en el tema "*fondo-forma*" lo constituyen las múltiples normas que regulan la fijación de los puntos de conexión que determinarían la competencia territorial [7].

Finalmente, al establecerse los principios procesales a los que debe sujetarse la actuación judicial, se reduce la discrecionalidad y se encumbra la obligación de fundar el apartamiento. Se profundiza la oficiosidad[8]; y la intermediación, buena fe y lealtad procesal se estrechan ya que el proceso por audiencias y la presencia del magistrado con las partes y sus abogados reduce la posibilidad de la actuación maliciosa y desleal, a la par que lleva a los contendientes a un sinceramiento de sus posiciones.

Junto con estas normas, se regula también la actuación de los menores de edad en procesos judiciales, que serán asistidos por sus padres o autorizados por el juez [9], invirtiéndose la regla de publicidad de los procesos al reglarse el deber de respetar la privacidad de estos litigios por estar en juego la intimidad de los sujetos, particularmente la de los niños.

Estos ajustes procesales derivan de una mirada profunda de la realidad tribunalicia con un horizonte nítido: más y mejores derechos en menos tiempo y con más bajos costos.

Referencias Bibliográficas

- (1) FALCON, Enrique M., Tratado de Derecho Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2007, t. VII, págs. 365 a 385; JAUREGUI, Rodolfo G., Apostillas sobre el contenido de una ley y el

ejercicio profesional de los abogados de familia (A propósito de la sanción de la ley 9324 en la Provincia de Entre Ríos), LL Litoral 2002-576; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Principios procesales y tribunales de familia, JA, 1993 - IV, 676; MORELLO, Augusto M., La influencia de los procesos de familia sobre la litigación civil, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Bs.As., N° 2002, 1, 15 a 25; KIELMANOVICH, Jorge L., Derecho Procesal de Familia, Capítulo I, Principios del Proceso de Familia, Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, págs. 1 a 65; YURI, Yamila, El proceso de familia. Principios y sistemas aplicables, LL Gran Cuyo 2013 (agosto), 712; MEDINA, Graciela en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012- Dir.: Julio César Rivera; Coord.: Graciela Medina; Abeledo Perrot, Bs. As, 2012; Capítulo IXX, 491 y sgtes; WAGMAISTER, Adriana M., El procedimiento judicial como causa de litigiosidad en los casos de familia. Una alternativa para la humanización de los divorcios de parejas con hijos, Revista de Derecho Procesal 2002-2, -Derecho Procesal de Familia II-, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, 37, entre muchos otros.

(2) Como por ejemplo: ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26, 3° párr.); principios generales de la adopción (art. 596); principios generales de la responsabilidad parental (art. 639); participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes (art. 707); principio de reserva (art. 708); principio de oficiosidad (art. 709); derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta y a consentir su adopción (art. 595.f), etc.

(3) En concordancia con los arts. 1, 2 y 9 del Proyecto de Código civil y comercial de 2013.

(4) Tomando como fuente el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998.

(5) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Principios procesales del derecho procesal de familia contemporáneo, RDF-51, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 295.

(6) El incumplimiento de la intermediación del juzgador con un niño o niña, o con personas mayores con capacidad restringida sin un fundamento razonable, nulifica la resolución que se adopte.

(7) Arts. 716/720, entre otros.

(8) El juez podrá instar a iniciar una adopción ante la mora de los pretendientes adoptantes; disponer medidas cautelares; se admite expresamente que ordene pruebas, con la única salvedad de aquellos supuestos de conflictos entre adultos con contenido netamente económico, flexibilizando así el principio de congruencia, etc.

(9) Arts. 677 a 680.

El encastre legal entre las medidas de protección y adopción: un derecho en común

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://www.rubinzaonline.com.ar/index.php>

Publicado en: versión electrónica. Rubinzal-Culzoni 2014

Cita online: RC D292/2014

[Consultado el: 06/09/2021]

Encabezado

El sistema legal de adopción diseñado por el Proyecto de Código Civil y Comercial adhiere al paradigma del derecho a la vida familiar biológica o adoptiva sucedánea, cubre todas las aristas del instituto y se imbrica en el derecho constitucional a la vida, al desarrollo, al respeto de las relaciones familiares.

El encastre legal entre medidas de protección y adopción: un derecho en común

Al amparo del derecho constitucional a crecer y desarrollarse dentro de un grupo familiar, los niños, niñas y adolescentes de nuestra República, resultan destinatarios de normas de diversa jerarquía que privilegian, en principio, a la familia de origen o familia biológica como núcleo adecuado para su desarrollo. La estrecha vinculación que tiene esta prerrogativa con otro derecho fundamental como es la identidad personal admite esta relación tan íntima, pero afirmar ello no presupone que se esté frente a circunstancias cristalizadas, y por eso inconvencionales. Bien se ha dicho que *"la familia es una organización capaz de maltratar..."* agregando *"... a veces incumple su función protectora, aseguradora y garante del desarrollo y del crecimiento de los niños que ha engendrado o adoptado"*[1], y la consideración actual de la infancia, marcada por el contenido de la Convención de los Derechos del Niño

y las Leyes de Protección Integral de sus derechos dictadas a nivel provincial o nacional, han recogido la evolución cultural de la consideración de cada niño como sujeto portador de derechos individuales, autónomos y exigibles, produciendo la desacralización de "la" familia, y promoviendo el desarrollo integral de las potencialidades de sus miembros [2].

Los Derechos Humanos tienen determinadas características que, a modo de murallas infranqueables, se postulan como toques al posible avance estatal por sobre los derechos individuales que corresponden a cada persona; tienen inherencia personal y hacen a la condición del ser humano, con independencia de que se ejerciten o no por cada una de las personas del orbe. En esta oportunidad, interesa resaltar la calidad de interdependientes, indivisibles y recíprocos que poseen, y cuyo significado sencillamente puede traducirse en que funcionan como un sistema dentro del cual la afectación (positiva o negativa) de alguno de ellos repercute necesariamente en los restantes.

En ese marco, puede postularse válidamente que cada individuo que integra una familia originada en vínculos biológicos posee determinados derechos idénticos a los otros miembros; y que el ejercicio del poder estatal en la adopción de medidas destinadas a proteger a algunas personas de ese grupo, será válido si -y solo si- no se ejerce arrasando otros derechos humanos igualmente reconocidos a las restantes. Este argumento sirve para comprender el porqué de la ineficacia de utilizar las necesidades básicas insatisfechas, o la pobreza como fundamento para el desarraigo familiar de un niño de su grupo primario, igualmente afectado por ese factor; en este supuesto será el Estado el que paliará la necesidad de satisfacer ese derecho bajo pena de incurrir en responsabilidad por omisión.

En otras palabras: la utilización por parte del Estado del argumento de la amenaza o violación de determinado derecho humano en perjuicio de un individuo jamás podrá ser motivo suficiente para justificar que ese mismo Estado arremeta contra los derechos igualmente protegidos de quien señala como infractor. Con

un aditamento: toda disposición jurisdiccional debe dictarse en tiempo oportuno, útil, fructífero al fin que la motiva [3].

El dictado de los Códigos sustanciales por imperio de la regla constitucional previsto en el art. 75 inc. 11 que dispone que corresponde al Congreso Nacional dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales deberá regular, con apego a la Constitución, materias como los derechos, deberes y responsabilidades de los individuos que componen un grupo familiar. Por otro lado, conforme la regla del art. 75 inc. 23 de la Constitución, corresponde también al Congreso la competencia para dictar disposiciones protectivas de los grupos vulnerables, entre los que se enumera a los niños. El Código Civil que sistematiza las relaciones de derecho privado en nuestro país data de 1871 y a lo largo de ese período se han realizado modificaciones de distinta intensidad, pero siempre parciales, que necesariamente modificaron el esquema codificador original. Puntualmente con el instituto de la adopción, uno de los que ha sufrido más cambios a lo largo de los años, su incorporación al Código Civil se produce recién en 1997, al sancionarse la Ley 24.779 y en el espacio normativo "*cedido*" por las antiguas reglas de la filiación. De manera posterior se sanciona la Ley 26.061 que promueve -a tono con las reglas internacionales constitucionalizadas- la autonomía de las personas menores de edad, en función de su consideración como un sujeto de derechos, cuya plenitud de ejercicio será progresiva. Esta norma -y las homólogas provinciales- permite actuar cuando la familia no es, o deja de ser, un espacio armónico, de protección y promoción de los derechos y las potencialidades de sus miembros. Al categorizarlos como ciudadanos sujetos de derechos, permite exponer los intereses contrapuestos que tengan con sus adultos cuidadores, y ello resulta de relevancia constitucional cuando la propia familia es la que compromete los derechos fundamentales de sus niños.

¿Cuánto? ¿Cómo? y ¿Hasta cuándo? son las incógnitas que el sistema de protección integral debería considerar, intentar reparar las falencias parentales detectadas, y señalar en qué plazo lograr el cambio ya que la disfunción perpetrada en la etapa más efímera y fundante del ser humano -su infancia- si es sostenida en el tiempo, deja improntas irreversibles. Las familias que arriesgan el desarrollo integral de sus hijos con acciones evitables no son fortalezas inexpugnables, pues ello equivale a sostener que el maltrato en cualquiera de sus manifestaciones activas o pasivas, son tolerados. Y a borrar con el codo la firma de los instrumentos internacionales que nos obligan a erradicar pautas culturales ominosas. Recordemos que en Código Civil vigente se regula la privación de la patria potestad por las causales legales, pero sin ningún tipo de concatenación con el régimen de protección integral de derechos de la Ley 26.061 y leyes provinciales, que justamente regla la reversión de las disfunciones familiares que pueden desembocar en esa privación.

En cambio el Proyecto, ya desde lo conceptual, definiendo a la adopción a partir de este derecho a "*vivir*" y "*desarrollarse*" en una familia que le procure satisfacción de las necesidades afectivas y materiales que no pudieron ser satisfechas por la familia de origen (art. 594), adhiere al paradigma del derecho a la vida familiar biológica o adoptiva sucedánea. Pero también lo hace a partir del reconocimiento expreso de la facultad para el juzgador de adaptar el tipo adoptivo simple, pleno o de integración a las circunstancias del caso de modo que mejor se satisfagan las relaciones personales del sujeto niño (art. 621), manteniendo vínculos con la familia de origen, creando con la adoptiva o dando continuidad a los vínculos filiales.

Puntualmente, el Proyecto plantea el agotamiento del trabajo preliminar con la familia de origen -a cargo de la Administración y con control judicial- el que no podrá superar los 180 días en caso de haberse dispuesto medidas de excepción, 45 días para el supuesto de prestar consentimiento los progenitores que se desprenden de la crianza y 30 días para dar con familiares para los recién nacidos sin filiación establecida o con padres fallecidos (art. 607). También se

reducen los plazos al establecerse el tipo de procedimiento aplicable (sumarísimo), modificación introducida por la Comisión Bicameral al Anteproyecto que se refería al "*más breve*", permitiéndose de ese modo la bilateralidad procesal del proceso. Se establecen pautas mínimas de corte procesal como señalar los legitimados procesales. También se fijan reglas de competencia con el objetivo de reducir los tiempos que los conflictos de esa naturaleza irrogan (art. 609); vinculado con el acceso a la justicia, y al principio de inmediación, se dispone la obligatoriedad de la entrevista del juez con el niño y los progenitores, y el dictado de una sentencia. La violación de estas reglas anula de manera absoluta la adopción (art. 634.g).

El sistema legal diseñado cubre todas las aristas, se imbrica en el derecho constitucional a la vida, al desarrollo, al respeto de las relaciones familiares. Pero también al proceso justo (respeto la bilateralidad fijando un tipo de trámite de plazos brevísimos), al acceso a la justicia (de los progenitores con sus letrados, del niño ejerciendo derecho a ser oído o a participar activamente con su letrado, y además, a consentir o no su adopción si tiene más de diez años, conforme art. 595.f), a la no discriminación (confiere calidad de sujeto de derechos a niños y adultos, otorgándoles autonomía en función de la madurez, conforme art. 26, 595 y 608), a la igualdad de oportunidades y de trato (al establecer un piso de mínima que las provincias sólo podrán modificar para otorgar mayores prerrogativas, en el art. 609), reduce los tiempos reales, que son los que insume la etapa previa al discernimiento de la guarda, fijando topes y respetando así la exigencia del plazo razonable. Finalmente, obliga a dictar una sentencia donde serán evaluados hechos y derecho, poniendo fin a los estados de incertidumbre, y mandando también en plazos muy breves, a que se provea al niño o niña, del grupo familiar adoptivo que satisfaga el derecho a la vida familiar. Pero aún más: admite la posibilidad de que aún cesada la convivencia con la familia biológica, se puedan mantener lazos legales, reduciéndose así la injerencia estatal en las relaciones interpersonales a lo estrictamente necesario.

Referencias Bibliograficas:

1. GIBERTI, Eva, "*Dra. Cecilia Grosman: avanzó en lo que otros silenciaron*", en "*La familia en el nuevo derecho*" KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) - HERRERA, Marisa (coord.), 1ª ed., t. I, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2009, p. 36.
2. GIL DOMINGUEZ, Andrés - FAMÁ, Victoria - HERRERA, Marisa, "*Derecho constitucional de familia*", 1ª ed., t. I, Ediar, Bs. As., 2006, pág. 567, amplían las consideraciones sobre derechos individuales y controvierten la existencia de un interés familiar como categoría jurídica diferenciada, por lo que recomendamos su lectura.
3. Respecto del plazo razonable de las decisiones judiciales, puede ampliarse con la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos: "*L.M. Medidas provisionales respecto de Paraguay*", párr. 16, 1/7/2011, "*Fornerón e hija c. República Argentina*" del 27/4/2012. Y, en particular para el tema FERNÁNDEZ, Silvia "*El desafío al tiempo en la adopción*", Rev. Derecho Privado N° 6, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Año 2 N° 6, octubre de 2013.

Guardas de hecho. Legislar o castigar

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: RDF 2014-II, 98

Cita Online: LALEY AR/DOC/4943/2014

[Consultado el: 04/06/2021]

El niño en situación de adoptabilidad que una nutrida población latinoamericana adopta refugiándolo, no es el que habitualmente se menciona cuando de adopciones se trata. No es la población que depende de un abogado para llevar adelante un juicio por adopción.

Avanza en la crianza del niño y cuando le resulta cívicamente necesario "mueve los papeles". Son los fenómenos típicos en América latina.

Pero, por lo general, los hijos e hijas adoptivos con quienes hablamos provienen de patrocínios legales jurídicamente iniciados, o legales e iniciados bajo cuerda, con criaturas "conseguidas" en provincia y luego administrativamente legalizadas.

Eva Giberti (**)

I. Introducción

La resolución dictada por el titular del Juzgado de Familia n. 5 de San Isidro, que rechazó —a las puertas del proceso— la solicitud de guarda preadoptiva requerida por una pareja no inscripta en el Registro de Pretensos Adoptantes que había contactado de manera directa a la progenitora de una niña a pocos meses de iniciada la gestación, coloca nuevamente en el centro de la escena una de las situaciones más difíciles que afrontan los tribunales del país: las guardas de hecho transmutadas en pretensiones de emplazamiento filial.

A poco de concluir la lectura de la sentencia aparece la certeza de que la adopción pone en discusión temas como el parentesco y nuestra comprensión de la familia, y en crisis los límites entre naturaleza y cultura; lleva la reflexión a la identidad, hace pensar en los estereotipos que se forjan alrededor de la maternidad y en la mercantilización de niños y niñas en el ámbito local o internacional (1).

Con esas inquietudes, siguiendo los fundamentos del fallo se repasarán sucintamente los distintos cambios legislativos en la materia, la normativa vigente y la proyectada, a la par que se analizarán algunas soluciones de la jurisprudencia más novel para señalar; finalmente, se mostrará la estrechísima vinculación entre el sistema de protección integral de derechos de la infancia y su resultado más extremo: la declaración de adoptabilidad, a la luz del derecho fundamental a la vida familiar que titularizan los niños, niñas y adolescentes (2), señalando cómo la legislación proyectada ensambla las distintas aristas del tema.

II. Evolución de la figura de la guarda en la filiación adoptiva

La "*guarda*" es un instituto al que se recurre con frecuencia en el ámbito tribunalicio, sin que haya sido suficientemente delineada por los dispositivos legales vigentes. A fin de subsumir las realidades fácticas y las conductas desplegadas que buscan respuesta jurisdiccional en las normas, se la utiliza mediatizada a través de figuras como las medidas cautelares, guardas provisionales o guardas asistenciales, englobadas en un desmembramiento de la aún denominada "*patria potestad*" (art. 264, CCiv.), o para consolidar una situación preexistente que reclama tutela eficaz, confiriéndole un alcance superior a la provisionalidad de las primeras (3).

En general, la "*guarda*" se corresponde con el ejercicio efectivo de la responsabilidad parental, implica la convivencia de padres y/o

madres e hijos, posibilitando así el ejercicio de las funciones formativas, asistenciales, de representación, de cuidado y orientación para el crecimiento de la persona en evolución. Pero no siempre ello es posible y son múltiples los supuestos en que esa porción de la autoridad formativa de los principales responsables debe ser desplegada por terceros (4).

La evolución legislativa del sistema adoptivo transitó desde la admisión de la guarda por entrega directa hasta que el régimen legal de la ley 24.779; consagró la prohibición de "*la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo*" (art. 318, CCiv.) para evitar, justamente, lo que el fallo en comentario deja en evidencia: el acceso directo de individuos con deseos adoptivos a mujeres vulnerables que, muchas veces condicionadas económicamente, se ven obligadas a abdicar de la crianza de sus vástagos. Situaciones de desequilibrio que condicionan las decisiones personalísimas, los sistemas imperfectos que conducen a la búsqueda de caminos paralelos a los señalados por la ley, prolongación excesiva de procesos en los que se indaga sobre la responsabilidad parental sin adoptar decisiones que pongan un punto final a la incertidumbre sobre la posibilidad o no de continuar ejerciendo el derecho a la vida familiar en el grupo de origen. Éstos son algunos de los motivos que invocan quienes transitan las vías fácticas y luego arrojan a los tribunales la realidad de los afectos procurando el amparo de los operadores judiciales.

Además de la prohibición introducida en la última reforma al sistema adoptivo, la ley 25.854 completa la tarea legislativa y crea, a nivel nacional, el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, cuyo objetivo es la formalización de una lista de aspirantes a procurar guardas con fines de adopción, invitando a las provincias a formular convenios de adhesión y acceso informático al sistema, con el objeto de agilizar esa porción del trámite (5). El art. 36 del decreto reglamentario de dicha ley, de forma expresa contempló la obligatoriedad de conferir guardas para adopción *únicamente* a las personas inscriptas —y admitidas— en el Registro Nacional, extendiendo dicha disposición a los jueces de las provincias que

adhirieran (6). El fracaso de la invitación —y la férrea defensa de las autonomías provinciales en la materia, específicamente fundada en el derecho a la identidad y la prevalencia de los adoptantes locales— motivó que un decreto posterior, el 1328 de 2009, modificara su naturaleza consignando que se trataba de un registro de segundo orden (específicamente, se trata de un sistema de "*red federal de registros*"), admitiéndose el rol principal de los registros locales que dependen, en algunos casos, del órgano judicial y, en otros, del ejecutivo.

Respecto de los desprendimientos de la familia de origen que dan lugar a guardas de hecho que luego pretenden sean reconocidas como guardas con fines de adopción, y haciendo la salvedad de que generalmente estamos en presencia de decisiones adoptadas por las progenitoras, sin intervenciones de los varones corresponsables ni miembros de la familia ampliada, las posiciones se hallan divididas. Un sector de los estudiosos del tema y la jurisprudencia que sigue esa línea admiten, con base en el respeto de la "*autonomía de la voluntad*" (7), el aval del Estado ante esa decisión del adulto (8), sosteniendo que, frente a una realidad que interpela, el juez no puede ignorarla, pudiendo evaluar si resulta viable la transformación pretendida (9). Otros, sin embargo, cuestionan la falta de vigilancia estatal, consecuencia del contacto directo entre la mujer que da a luz y quienes pretenden la crianza, sosteniendo que eleva la imposibilidad de control de delitos cometidos contra la infancia (sustitución de identidad, trata de personas, tráfico, prostitución infantil).

Argumentos como el siguiente avalan la conversión de la guarda de hecho en guarda para adopción.: "*Si repasamos la totalidad del ordenamiento jurídico, considerado desde una visión integral no encontramos ninguna norma positiva, ni ningún principio de derecho que prohíba a una mujer elegir a quién va a entregar su hijo con miras de adopción. Muy por el contrario la madre tiene el deber de proteger a su hijo y es en esta regla del derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo en guarda y a quien quiera y por los motivos que ella quiera, mientras sean lícitos y no bagan peligrar al niño. No son los jueces quienes deben juzgar las causas íntimas por los que una mujer entrega su*

hijo en adopción, ya que el estado no les ha dado poder para juzgar ni los pensamientos, ni las intenciones de las madres que no ponen en peligro a sus hijos, ni pierden en vista su interés superior"(10).

Otras voces, en cambio, señalan: *"Desde nuestra práctica profesional podemos asegurar que en la mayoría de los casos reales, tras dicha ficción se esconde un entramado de contactos y redes que detectan mujeres en situación de extrema vulnerabilidad con parejas o personas deseosas de obtener una criatura"(11).*

Pero lo cierto es que la jurisprudencia, en general, no ha podido sortear las vías de hecho (12), pues no caben dudas de que esa porción dinámica de la identidad personal, los afectos generados durante el desarrollo de la guarda de hecho, los lazos más o menos firmes, han sido puestos de resalto con sustento en que con ello se satisface el interés superior del niño.

Desde otro lugar, prestigiosa doctrina sostiene la viabilidad de que la judicatura pondere en el caso concreto cuál de las posibilidades es la que más satisface dicho interés superior (13).

Siempre parece razonable evitar recurrir a fórmulas prefijadas, pues no pueden considerarse bajo idéntico tamiz argumental los alojamientos afectivos que se desarrollan regularmente desde el inicio con desprendimientos monitorizados, que aquellos en los que la o los progenitores dispusieron voluntariamente una entrega a determinadas personas vinculadas de manera consanguínea o afectiva o teniendo un legítimo interés en que ellas desplieguen la crianza, de otros supuestos en los que puede comprobarse que tal relación nació y se desarrolló con el único fin de acceder a un infante, con intervención de terceros que mercantilizan a los niños o producto de una red de trata de personas.

Esta postura tuvo recepción legislativa y algunos compendios provinciales regulan la posibilidad de elección de los guardadores adoptivos, en determinadas circunstancias y de manera excepcional,

no siempre exigiendo la inscripción registral —anterior o concomitante— de los guardadores de hecho. Veremos algunos ejemplos (14).

La provincia de Misiones, en la ley 4523 sancionada el 29/10/2009, alojaba en su art. 26 la siguiente norma: "*Los progenitores que propongan guardador determinado deben demostrar a través de todos los medios probatorios con que cuenten, el conocimiento que tengan de las circunstancias personales, sociales y familiares de la o las personas propuestas, resultando insuficiente la mera declaración de los peticionantes*", mientras que su modificatoria ley 4524 establece, luego de disponer la prioridad de los adoptantes misioneros y la obligación de respetar el orden de inscripción, las excepciones a esas reglas. Y admite, con carácter restrictivo, la posibilidad de apartamiento del orden de prelación registral, siempre valorando el interés superior del niño y con intervención del equipo técnico y el Ministerio Pupilar, cuando: a) sean niños mayores de 4 años, grupos de hermanos, niños con capacidades diferentes o estén institucionalizados y se les haya declarado el estado de adoptabilidad, b) cuando la identidad cultural así lo considere, c) cuando sean requeridos por la familia biológica, extensa o vínculo afín (15).

La ley 9752 de Entre Ríos, del 9/1/2007, si bien releva excepcionalmente de la inscripción de pretensos adoptantes para determinados supuestos (niños con dificultades de salud, mayores de determinada edad, grupos de hermanos o por su identidad cultural), exige la registración cuando sean los progenitores quienes elijan a los guardadores preadoptivos y los circunscribe a los residentes de la provincia (16). Resulta alarmante que la norma admita la posibilidad de no compeler a la inscripción en los supuestos de infantes más necesitados de familias adoptivas o cuya inserción resulta más difícil, en una suerte de mantenimiento de esa fantasía de "*bijo ideal*" que suele circular entre los pretensos adoptantes y en desmedro del interés superior de los adoptivos más vulnerables, cuyo derecho a la vida familiar se ve afectado. Por otra parte, si el fundamento de la intervención estatal es, justamente, el control de las condiciones de los

pretensos adoptantes para garantizar a la infancia los adultos más responsables, la mentada excepción aparece divergida de dicha finalidad. Peor aún: de la literalidad de la norma se extrae que, en supuestos de los niños con menos posibilidades de inserciones adoptivas y, por lo tanto, con pretensos adoptantes con mayores exigencias para el ejercicio de la responsabilidad que pretenden asumir, se cede el control y se permiten las entregas directas.

La ley III nro. 27 DJP de la provincia de Chubut y el decreto III nro. 800/2008 reglamentan el funcionamiento de la Oficina de Adopciones y el Registro Único de Pretensos Adoptantes, traspasándolo a la órbita del Poder Ejecutivo. El art. 10 de la ley admite la posibilidad para los progenitores de delegar la guarda, cuya legitimidad será valorada judicialmente, pero de la literalidad de la norma se extraería que, aun en esos supuestos, los pretensos guardadores deberían ser evaluados por el Registro (17).

La ley 13.634 de la provincia de Buenos Aires (modificatoria de la ley 13.298) hacía referencia a la guarda de hecho en el art. 4º, mencionándose a los *"...representantes legales o guardadores de hecho..."*. En el art. 16 de la vigente ley 14.528 (promulgada el 15/7/2013 con las observaciones del dec. 445/2013 a los arts. 9º, 10, 12 y 17) se regula específicamente el tema en estos términos: *"Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretensos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción"*. Este texto legal replica exactamente el contenido del art. 611, Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, que fuera remitido al Parlamento y que, en ocasión de su evaluación por la Cámara de Senadores, sufriera una modificación que seguidamente abordaremos.

III. Tiempos y procesos

Mucho se ha escrito sobre las consecuencias del transcurso del tiempo a la espera de una definición del sistema judicial sobre los derechos de las personas. Y la historia de este país, incluso, da cuenta de la mora en el cumplimiento de esa garantía constitucional conocida como "*plazo razonable*" de duración de los procesos donde deba decirse el derecho.

Tal vez sea en las cuestiones relativas a la infancia cuando la letanía de los plazos perjudique más intensamente a la ciudadanía, pues se trata de vidas en crecimiento, donde la medida del tiempo no es siquiera similar a la del mundo adulto.

En palabras de los organismos que fiscalizan la responsabilidad estatal en el caso del progenitor que solicitó ejercer la paternidad de su hija entregada por la progenitora y, finalmente, afiliada adoptivamente: "*Dicha decisión, sin haber asegurado debidamente el 'acceso del padre a la niña', no sólo interfirió en el ejercicio que la Convención les garantizaba de su derecho de familia, sino que trajo aparejado adicionalmente el riesgo de que se generaran lazos afectivos con el tiempo que luego sería difícil revertir, sin generar un daño a la niña. Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad. En este sentido, la conducta de las autoridades internas que otorgaron la guarda y la adopción comprometió la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la familia y a la identidad*" (18). Concluyó que la decisión del Estado de separar a M. de su padre biológico, sin dar acceso a un régimen de convivencia, violó el derecho de familia de la niña y del Sr. F. contenido en el art. 17, Convención Americana, en relación con los derechos establecidos en los arts. 19 y 1.1 del mismo instrumento. Sin embargo, haciendo referencia al tiempo transcurrido (aunque sin tomar a cargo que mucho del discurrido fue en el propio ámbito internacional), no

dispuso la restitución del infante a su progenitor, dados los doce años que insumió la contienda.

Más rotundamente se expidió sobre este punto diciendo: *"El retardo en los procesos puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños, y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto... Por los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de menores de edad, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades"*(19), del mismo modo que lo instara la Corte Suprema nacional en fallo del 23/11/2004, en autos *"M., S. A. s/materia provisional s/recurso de amparo"*.

Asumiendo la realidad de que, en ocasiones, *"el tiempo sentencia"*(20), el fallo en comentario trasunta una labor proactiva que permite sobreponerse al paso inexorable del tiempo, fundada en el interés del infante y las circunstancias acreditadas en la causa, analizadas a partir de la evidente ilegalidad del accionar de los guardadores de hecho. Es principio indiscutido que la infancia tiene derecho a contar, desde su más temprana edad, con un entorno familiar estable y el respeto de su mundo afectivo a partir de los vínculos que se desarrollan desde su llegada al grupo familiar. La tutela de todos los derechos que este tipo de casos involucra deberá realizarse siempre en tiempo oportuno y convendrá considerar las pautas diagramadas por la Corte IDH para establecer la razonabilidad de los plazos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades, d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada (21), sobre todo en función de las consecuencias previsibles que el mantenimiento de situaciones evidentemente irregulares podría acarrear en los derechos afectados.

IV. Los derechos involucrados

La protección de la familia tiene sustento constitucional y legal y constituye un estándar de idéntica dimensión y deber estatal de garantía (22) que el interés superior del niño, la identidad de las personas o la dignidad, entre otros. Esta directriz rectora se aloja en los arts. 5°, 7°, 8°, 9°, 20, 21 y en el preámbulo de la CDN; el art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es reconocido también por la actividad específica de la Corte IDH en la OC 17 sobre *"Condición jurídica y derechos humanos del niño"*, del 28/8/2002, o en fallos señeros como el dictado en la causa *"Fornerón, Leonardo V. y otra v. Argentina"*, del 27/2/2004, o *"Atala Rizzo, K., v. Chile"*, del 24/4/2012, de aplicación directa e inmediata en nuestro país por virtud de la regla del art. 75, inc. 22, CN (23). No podría dejar de señalarse tampoco el art. 14, Constitución argentina, ni los arts. 4°, 7°, 11, ley 26.061 —y varias de las leyes provinciales que precedieron a la reglamentación nacional, o aun las posteriores—, o el art. 4°, dec. reglamentario 414/2006, todos los cuales constituyen soportes normativos del mentado patrón.

La infancia tiene reconocido normativamente el derecho a conocer a sus padres y ser criada por ellos (reglas 7 y 18, CDN); prerrogativa particularmente considerada dentro del derecho a la identidad es la de conservar las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas (regla 8 de la Convención), estando expresamente obligado el Estado a preservar en primer lugar esas relaciones y sólo excepcionalmente y bajo ciertos recaudos autorizar la separación (regla 9).

La relevancia de los derechos humanos en el contexto regulador interno de las relaciones familiares aparece a poco que se reflexione lo siguiente: si bien el derecho internacional de los derechos humanos regula las obligaciones de los Estados para con los individuos sometidos a su jurisdicción y el derecho de familia las relaciones que se establecen entre esos individuos, el anclaje viene dado porque esta regulación por parte del Estado debe asegurar,

respetar y garantizar los derechos humanos respecto de los cuales se ha obligado (24). En el caso, la protección de la familia (25), el derecho a la vida privada y familiar (26) y los derechos del infante (27). Y la garantía de protección ha de extenderse regulando la tensión entre los derechos de los que integran la familia de origen, los de los individuos que tengan pretensión adoptiva y, con un plus, los de la persona menor de edad.

1. Vivir en familia: el principio general y sus sucedáneos

No puede menos que compartirse el señalamiento de una autora que afirma que el tema de las adopciones, como todo lo que hace a la familia, está fuertemente cargado de emoción y no proclive a la discusión serena, detectándose cierta dificultad en pensar que las relaciones sexuales, el embarazo, el parto, la crianza y la maternidad son hechos culturales, lo que la lleva a sostener que hablar de la familia es algo más que hablar de ella: es hablar de un modelo de sociedad, de relaciones humanas, de relaciones de poder, de lo que entendemos por naturaleza y cultura (28).

Partiendo desde el sentido común y con una mirada realista, es previsible que el derecho, en tanto regulador de las conductas humanas, coloque la prioridad en la protección del derecho a ser criado en la familia de origen, en tanto elemento fundamental para la formación del ser humano cuando las condiciones son aptas para ese desarrollo. Son los progenitores, en igualdad de condiciones, los principales responsables de llevar a cabo la tarea de acompañamiento en el crecimiento y la formación ciudadana de los hijos, protegiendo y colaborando con el ejercicio de los derechos que titularizan (29).

De ello se sigue que los Estados están obligados a favorecer y fortalecer al núcleo primario para procurar la permanencia del niño en él, *"salvo que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia"* (30). Interés que es conceptualmente distinto y prioritario; la decisión debe estar razonadamente sostenida en lo que resulte de su mayor

beneficio (31) y, en ese contexto, resulta perfectamente "*separable de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, del de sus padres*"(32). Estas afirmaciones, llevadas al plano del ejercicio de la función juzgadora, son absolutamente más complejas que lo que su enunciación transmite. Existen ocasiones, y el caso en comentario sin dudas cae dentro de esa categoría que algunos denominan *hard case*, en que resulta imposible para quien toma la decisión representarse las consecuencias que ella acarreará. Pareciera que se espera una suerte de valoración de todas las posibilidades disponibles, y una selección de una de esas opciones que sopesa las consecuencias mediatas y futuras para ese infante. Esa exigencia, de ser así, resulta imposible de satisfacer, porque el alea de la vida humana impide ese tipo de predicciones. Sin embargo, eso no convierte al "*interés superior del niño*" en una ficción, a poco que se focalice en el tema jurídico: son los derechos vulnerados y su recomposición, razonadamente explicada en la sentencia, los que dotarán de contenido a esa fórmula de textura abierta contenida en las normas vinculadas a la infancia como exigencia a expiar. Argumentar de otro modo sólo enmascara posiciones personales, creencias morales o religiosas que, así utilizadas, se vuelven arbitrariedades jurisdiccionales.

Nótese como algo de eso ha llevado a sostener que "*entre los muchos mitos arraigados, no sólo en la conciencia social sino muchas veces en la conciencia jurídica de los operadores del derecho de familia (funcionarios, magistrados, abogados, etc.) está instalado aquel de que 'si es la madre hay que entregárselo', esto no es así, las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, especialmente la Convención de los Derechos del Niño han reconocido al niño como sujeto de derecho igual que todos los otros ciudadanos adultos, con más protección por su condición de sujeto en desarrollo*"(33). Cuando, en rigor —mejor dicho, jurídicamente hablando—, es el derecho a vivir en la familia de origen, prioritariamente legislado, el que debería motivar lo que los autores denominan "*mito arraigado*".

Se trata de un estándar imperativo, no sólo desde el plano legal interno, sino internacional, como lo señalan las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de Naciones

Unidas (34), en particular su punto 5: "*Cuando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer el debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado, con las entidades públicas locales competentes o las organizaciones debidamente habilitadas de la sociedad civil, o a través de ellas. Corresponde al Estado, por medio de sus autoridades competentes, velar por la supervisión de la seguridad, el bienestar y el desarrollo de todo niño en acogimiento alternativo y la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada*" y su punto 13: "*La separación del niño de su propia familia debería considerarse como un último recurso y, en lo posible, debería ser temporal y por el menor tiempo posible. Las decisiones de remoción de la guarda deberían revisarse periódicamente y la vuelta del niño a la guarda y custodia de sus padres, una vez que se hubieran resuelto o hubieran desaparecido las causas originales de la remoción, debería responder al interés superior del niño, ateniéndose a los resultados de la evaluación prevista en el párrafo 48 infra*".

También lo apuntó la Corte IDH respecto de la presunta violación del art. 17 de la Convención en relación con los arts. 1.1 y 19 de ésta: "*...La Comisión Interamericana indicó, inter alia, que los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica; el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el art. 17 de la Convención. La determinación de separar a un niño de su familia debe hacerse de acuerdo a la ley, lo cual no fue cumplido en el caso, ya que el señor Fornerón manifestó su oposición a la guarda, y no consta que haya una declaración de incapacidad que hubiese obviado este requerimiento o el cumplimiento de los demás requisitos del art. 317 del Código Civil argentino... una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica sólo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales. En el presente caso no se cumplió con el requisito de excepcionalidad de la separación. El juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción no tuvo en cuenta la voluntad del señor*

Fornerón de cuidar y de no continuar separado de su hija. Ello a pesar de que el padre biológico manifestó dicha voluntad de manera expresa y reiterada ante diversas autoridades y particularmente ante dicho funcionario en los procesos de guarda y de adopción. Por otra parte, el referido juez tampoco determinó, a criterio de esta Corte, la existencia de alguna de las circunstancias excepcionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como 'casos en los que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres', que hubieran permitido, excepcionalmente, la separación del padre de su hija"(35).

2. El sistema de protección integral

a) Medidas jurisdiccionales de protección de derechos

Como antesala del proceso de discernimiento de la guarda preadoptiva, el sistema legal argentino (ley 26.061, arts. 7º, 10 y 11; art. 307.2, CCiv., y leyes de protección integral de los Estados provinciales) exige el agotamiento de los recursos previos tendientes a la permanencia del infante en su familia de origen, sea con uno o ambos de sus progenitores, sea con miembros de la familia ampliada. Se trata de una obligación estatal exigible e ineludible: diagramar y concretar acciones destinadas al fortalecimiento familiar para aquellos supuestos en que el infante provenga de una familia con dificultades de crianza (36). Esta exigibilidad también se aloja en el texto convencional, desde que el art. 18.2, CDN, estipula: "...A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de las funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños", y el art. 19.2 obliga, refiriéndose específicamente a las medidas de protección en circunstancias de maltrato en cualquiera de sus formas respecto de los infantes, a "...procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él...".

Con sustento en el derecho a la identidad personal, el régimen normativo plasmado en la Convención consiste en apoyar a los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental (patria potestad en la denominación civilista tradicional), procurándoles la asistencia adecuada para superar las cuestiones que motivaron que los derechos de la infancia se vieran amenazados o vulnerados.

Lejos de ser extraña a ese sistema, la situación que motivó la sentencia en comentario resulta una de las que caen bajo la órbita de la protección de derechos, pues si bien la madre habría decidido desprenderse de la crianza de su hija, se advierte la falla en la detección precoz —amenaza— de la vulneración del derecho a la convivencia en la familia de origen, sea nuclear o ampliada. Tampoco se habría procedido de conformidad con la regla del art. 255, CCiv., por la cual la inscripción unipersonal de la filiación materna da lugar a la indagación de la filiación paterna por parte del Ministerio Pupilar, mediante comunicación del Registro Nacional de las Personas y en procura de satisfacer el derecho a la identidad y el conocimiento integral del origen biológico.

El órgano judicial, con cita jurisprudencial del Máximo Tribunal provincial (37), que sostuvo que las entregas directas realizadas por las progenitoras sin vínculo afectivo previo alguna, con nula relación entre la madre y los guardadores, deja en evidencia un arreglo de entrega a cambio de prestaciones en especie y descartan la calificación de la voluntad como libre, espontánea y auténtica, evitó que el factor temporal prorrogara una situación fáctica que, probablemente, pretendía ser utilizada a favor de quienes actuaron al margen de la ley.

b) La declaración de situación de adoptabilidad

Estudiando el sistema de protección integral desde el aspecto normativo podría sostenerse que si el derecho vigente funcionara adecuadamente no habría infancia que requiriese de la figura de la guarda para su posterior adopción, salvo aquellos menores de edad

que sean entregados voluntariamente por sus progenitores (38). Pero esta afirmación no es del todo ajustada a lo que la realidad presenta como hechos a ser evaluados y subsumidos en las normas jurídicas.

Existen supuestos en que los infantes carecen de reconocimiento filial alguno (expuestos y sin datos sobre su origen) o cuya orfandad acaece durante el parto, sin que se cuenten con identificaciones del padre corresponsable, ni de la familia ampliada del recién nacido. Incluso, puede ocurrir el fallecimiento de la parturienta que, sin embargo, pudo delegar de hecho la guarda provisoria en algún tercero de su confianza aun sin grado de parentesco.

También son muchos los supuestos en que son los responsables principales del cuidado los que, incumpliendo los deberes a su cargo, sea por acción u omisión (maltrato activo o negligencia), colocan a sus hijos en amenaza o vulneración de sus derechos, dando lugar a que el Estado, en ejercicio de su deber de garantía, accione para la restitución. Es en esa etapa donde el cumplimiento de las responsabilidades estatales ha de tener lugar, debiendo el juez interviniente desplegar su ministerio con absoluto respeto de todas las garantías procedimentales, objetivos claros, pautas muy bien descriptas, transacciones exigibles de posible cumplimiento, plazos para implementar los cambios necesarios, con la finalidad del restablecimiento pleno del goce de o los derechos afectados. Ese conglomerado de acciones, tendientes a un fin determinado, es lo que, en definitiva, hace que la fórmula abierta de "*interés superior del niño*" tenga sentido (39). Y en no pocas ocasiones el resultado no es el esperado y las medidas implementadas fracasan, no por inoperancia funcional de los actores públicos, sino por inexistencia o insuficiencia de recursos personales, sociales o culturales de la familia nuclear o, incluso, ampliada (40).

Si no perdemos de vista que el derecho a restituir es a la vida familiar, siguiendo las Directrices de Naciones Unidas, que sostienen: "*...Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad de ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la*

familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción..."(41) y al amparo de lo que establecen los arts. 7.1 (cuando se refiere a "en la medida de lo posible"), 9.1 (determinación judicial a la que se arriba en supuestos de maltrato o descuido) y 9.3 (en cuanto procura que la infancia mantenga contacto con los progenitores, salvo si ello es contrario a su interés superior), 18.2 (obligación de prestar a los padres la asistencia para el desempeño de las funciones de crianza) y 19 y 20 y, especialmente, el art. 21, todos de la CDN, además de lo establecido en la ley 26.061 (arts. 3.b, 7°, 9°, 10, 11, 18 y concs.). Cabe finalmente señalar que la Corte IDH, en la OC 17, produjo un cimbronazo en el sistema al sostener que "la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño respecto de su familia" (párr. 76), mas ello resulta sorteable a partir de ajustar la actuación judicial a las pautas establecidas en la ley 26.061 (arts. 4°, 7°, 11 y 18) y leyes análogas.

Encarada la amenaza o vulneración de derechos desde el sistema de garantías, poniendo énfasis en que la determinación del interés superior en casos de cuidado y custodia de menores debe realizarse "...a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios"(42), conferida a todos los involucrados la posibilidad del acceso a la justicia para plantear sus posiciones y, eventualmente, revertirlas, deberá considerarse agotada esta instancia primigenia, declarándolo de esa manera y teniendo por configurada la situación de adoptabilidad de la persona menor de edad.

De igual modo se procederá cuando no exista ese grupo familiar de origen y, extinguidas las posibilidades de búsqueda sin resultado favorable, el infante carezca de familia nuclear o extensa con posibilidad de ejercer la responsabilidad de su crianza.

Y es que, como acertadamente se dijo: "...Corresponde incluir a la adopción como parte de los 'vínculos positivos' que exigen del Estado acciones que

aseguren el derecho del niño a vivir dentro de una familia, mediante una doble intervención: en primer término, agotando todos los recursos posibles para que el niño pueda crecer en su grupo familiar de origen y, en segundo lugar —habiendo fracasado las estrategias para lograrlo— allanando el camino y garantizando las condiciones más favorables para que lo haga, a través de la figura de la adopción”(43). Esta posibilidad —o, mejor dicho, este deber— no es más que lo que una experta en la materia ha definido como la "licitud" de la "injerencia estatal en la separación del niño de su familia de origen”(44).

Enlazado al factor temporal, de enorme incidencia en la materia, el Proyecto de unificación previó plazos breves para el desarrollo de las medidas de protección ante cuyo fracaso podrá decretarse la adoptabilidad. La Cámara de Senadores, en ocasión del tratamiento legislativo del compendio remitido, dispuso, en lo tocante a este tema, incluso una acotación más respecto de ese factor (45). Es el caso del art. 607, que originariamente preveía la implementación del "*proceso más breve previsto en las legislaciones locales*" para dirimir si se decretaba o no la situación de adoptabilidad, fue reemplazado por un plazo máximo, fijado en noventa días.

3. Guardas de hecho, guardas, guardas preadoptivas y recursos procesales

El régimen civil actualmente vigente regula la posibilidad de que uno o ambos progenitores en ejercicio de la patria potestad pueden disponer lo necesario para asegurar la mejor elección del lugar donde residirán sus hijos menores de edad que no convivan con ellos (46). Generalmente, estas situaciones no son motivo de resoluciones judiciales o, al menos, no forman parte de pretensiones procesales controversiales. Se trata de arreglos familiares que en doctrina se han clasificado como guardas delegadas o derivadas (47).

A nadie se oculta, además, los cambios socioculturales que provocan los nacimientos de nuevas composiciones familiares basadas en los afectos entre sus miembros, dando lugar a guardas de hecho que, por definición, carecen de respaldo jurídico que las regule como

instituto y, sin embargo, no resulta necesaria intervención jurisdiccional alguna. Un ejemplo se produce cuando los progenitores, por razones laborales, deben alojar a sus hijos con miembros de la familia o, incluso, con terceros, durante algunos períodos, no siempre breves, y sin embargo esa realidad no conduce a requerir intervención judicial para declarar tal estado de cosas. La práctica de la circulación de los niños no sólo estaba naturalizada, sino que se mantiene: nuestros ancestros vivían con abuelos, tíos o parientes solteros por distintos motivos abarcadores de "*préstamos*" para el acompañamiento, necesidad de educación escolar, enfermedades o crisis vitales de la familia nuclear, y algunas de esas situaciones aún se repiten.

En otras ocasiones, la resolución judicial debe ser gestionada con el objeto de obtener sentencias declarativas u homologatorias necesarias para la agilización del tráfico jurídico en situaciones de prohijamiento y crianza aun con vínculos parentales preestablecidos. Podemos traer ejemplos de situaciones domésticas cotidianas, como que sea nombrado un responsable ante el establecimiento educativo al que concurre el infante (el llamado "*tutor escolar*") o un adulto que lo asista en supuestos de acceso a tratamientos médicos si los progenitores no pueden prestar el consentimiento o completar el brindado por la persona menor de edad. Aunque usualmente estas cuestiones se resuelven en el ámbito respectivo y sin necesidad de disposición judicial, reconociéndose la figura de guardador en quien el o los titulares de la patria potestad derivaron o delegaron una porción de su responsabilidad, hay supuestos en que se plantea la necesidad del reconocimiento judicial de la convivencia del infante con personas distintas de sus padres, como por ejemplo en casos en que se procura que se le brinde acceso a la seguridad social (guarda asistencial), debiendo acreditarse la situación de guarda de hecho preexistente. Técnicamente, aparece aquí la figura de la guarda delegada, cuyo sustento legal se aloja en los arts. 275 y 276, CCiv.

En el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial se reguló, en los arts. 643 y 657, la delegación de la guarda con los siguientes fundamentos: "*La experiencia social y la praxis judicial*

muestran una significativa cantidad de casos en los que, por diversas circunstancias, los progenitores dejan a sus hijos al cuidado de un tercero (familiar o no, como por ejemplo, un vecino). Estas situaciones no han sido previstas expresamente por el ordenamiento jurídico que sólo aporta soluciones drásticas para aquellos supuestos en que la separación del niño de su familia nuclear tiene visos de permanencia, como son la adopción o la tutela. El anteproyecto cubre este vacío al reconocer efectos jurídicos a las relaciones entre el niño y los adultos temporalmente responsables de su cuidado, por delegación conjunta de ambos progenitores o de uno de ellos. Dada la importancia e implicancias que tiene esta delegación y la necesidad de dar seguridad al niño y a los 'delegatarios', se establece: (a) un tiempo determinado, con el objeto de evitar un desentendimiento prolongado de las responsabilidades parentales; (b) la homologación judicial, en consonancia y analogía con el sistema que crea la ley 26.061 y legislaciones provinciales afines según el cual toda medida de separación del niño de su familia debe serlo con el correspondiente 'control de legalidad' (conf. art. 40, párrafo 2°)"(48).

En ocasión del tratamiento legislativo (28/11/2013), la Cámara de Senadores dio media sanción al Proyecto, luego del trabajo de la comisión bicameral que analizó la propuesta originaria. En lo tocante a este punto, se eliminó del texto remitido a consideración la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un tercero, quedando únicamente prevista legalmente para un pariente, el cónyuge o el conviviente del progenitor, siempre en interés del infante y por razones justificadas.

El fallo en comentario introduce una peculiaridad: los guardadores de hecho, constituidos tales por delegación materna, pretendían les sea reconocida una guarda preadoptiva que, como veremos, tiene su propio y especial régimen legal, en el cual el control de conveniencia del Estado ocupa un lugar preponderante y dirimente. Dicho requerimiento nació a partir de una guarda de hecho procurada por ellos durante la gestación del infante.

El objeto procesal de lo demandado en este caso tuvo reconocimiento por la jurisprudencia de otros tribunales. Así, la resolución de la sala 1a de la Cámara Civil y Comercial de La Matanza,

del 30/6/2011, que argumentó la prohibición legal de las guardas por acto administrativo o delegadas por escritura pública, pero no por elecciones directas de las progenitoras, sostuvo: *"...Cuestionar la idoneidad de los guardadores porque no están inscriptos en una lista o se encuentran en orden más lejano, o formar una terna con futuros guardadores con aspirantes inscriptos, no explica demasiado el interés superior del niño ya inserto en un ámbito familiar puesto que se relativiza con ello su interés al cumplimiento de recaudos formales que más bien se relacionan con una regla de estricta justicia para aquellos que esperan pacientemente la entrega de un niño en guarda y no precisamente para el infante ya cobijado"*, para agregar en otra porción del fallo que *"si la elección de la madre de los guardadores de su hija es auténtica y reflexiva por anteponer el interés de su hijo a ser criado y educado por una familia, a quien no ha elegido por azar u otro tipo de vicisitudes, el interés del niño puede ser conciliado con el interés de la familia biológica y de los pretendientes adoptantes al interactuar juntos en una misma idea"* (49).

El debate sobre la admisión o no de las guardas de hecho como antesala de la guarda con fines de adopción se centra en dos cuestiones:

1. la autonomía personal de la persona adulta que se desprende del infante para que otros ejerzan su crianza y el peso que tal decisión ha de tener en el futuro del niño o niña y

2. la posibilidad de sustraerse al régimen legal vigente que procura la filiación adoptiva a través de la selección que se efectúa a partir de un sistema registral donde son evaluados los pretendientes adoptantes. Esta dicotomía ha llevado a los jueces a sostener que el Registro de Aspirantes constituía una herramienta creada al servicio del niño y no a la inversa, haciendo prevalecer la realidad consagrada frente a la opción del desarraigo afectivo de la persona menor de edad. Incluso, nuestro Máximo Órgano jurisdiccional se expidió en estos términos: *"A los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y*

protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema" (50).

En ese orden de ideas, pueden señalarse dos argumentos centrales: el interés superior del niño —motivado, explicado, sostenido por medios de prueba existentes en el juicio respectivo y no mencionado enmascarando la simple voluntad del juzgador— y el centro de vida, si se pudo acreditar la *legitimidad* en la que transcurrió la vida del sujeto a proteger por el sistema judicial.

Una postura jurisprudencial que tercia entre los extremos apuntados en este trabajo es la que promueve verificar algunos extremos y recién allí validar la guarda de hecho nacida de una entrega directa, transmutándola en guarda con fines de adopción, autorizando el apartamiento del recaudo de inscripción en el Registro de Aspirantes (51). Ellos serían: la manifestación de voluntad efectuada en absoluta libertad —traducido en la inexistencia de vicios en el consentimiento parental biológico—, la comprobación de un vínculo afectivo o biográfico que justifique la elección que se pide convalidar, la buena fe en el actuar de las partes (lo que incluye el análisis del tiempo insumido en llevar el caso al sistema judicial o los obstáculos para adoptar ese camino), la inexistencia de retribuciones —no siempre consistentes en entrega de dinero—, la consolidación de los vínculos y el costo-beneficio de la sentencia, incluso más allá de los guardadores, el posicionamiento frente al respeto por el derecho a la identidad y el respeto por los vínculos de origen —para lo cual una pauta de análisis puede ser el tipo de adopción pretendida— y todas las circunstancias históricas que dieron lugar a ese alojamiento alternativo a la familia primigenia.

El Proyecto remitido al Parlamento por la comisión redactora evitó asumir una postura rígida y, si bien señaló la inadmisión de las guardas de hecho como antesala de las guardas con miras a una

adopción, estableció la posibilidad de excepcionar esa regla. En otras palabras, la disposición 611 sostuvo la necesidad de la vía legal y la buena fe en la génesis de la filiación adoptiva mediante una contundente prohibición de las entregas directas y de su invocación, aunque introdujo la posibilidad de que, si en el caso concreto puede justificarse la guarda de hecho apoyada en la comprobable preexistencia de vínculo afectivo o consanguíneo, podría convalidarse (52). El mecanismo diseñado incluye la necesidad de la declaración de situación de adoptabilidad aun en estos supuestos de guardas de hecho, y la razón de ser de esa decisión legislativa reposa en que, en definitiva, la persona que se desprende de la crianza de un hijo abdica de sus responsabilidades, debiendo ellas ser cubiertas por el sistema garantista de derechos de la infancia.

El diseño legislativo implicó una opción y ésta consistió en evitar colocar al Estado en una posición de retroceso frente a las guardas de hecho, como podría haber sido el admitirlas como una realidad a regular. Se preocuparon, los redactores de la norma, por la prohibición, en claro posicionamiento de acompañamiento de la normativa actualmente vigente y nunca tachada de infractora de las normas constitucionales.

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

V. Casuística y federalismo: circunstancias similares, respuestas dispares

A continuación se ponen a consideración del lector algunos fallos que resolvieron cuestiones vinculadas con las entregas directas realizadas por las progenitoras y que reclamaron el reconocimiento de los hechos pretendiendo el discernimiento de la guarda preadoptiva.

1. Provincia de La Pampa

Un matrimonio inscripto en el Registro de Adoptantes de esta provincia, por medio de la red informática, contacta a una joven oriunda de Salta. Producido el nacimiento de la niña, mediante acta realizada ante un juzgado de paz, la madre se desprende de la crianza. Citada por el juzgado interviniente y con patrocinio jurídico, se produce el arrepentimiento. El juez ordena la restitución a la progenitora, teniendo como principal argumento la prohibición alojada en el art. 318, CCiv., a la que confiere plena vigencia incluso en los supuestos de "*guarda puesta*" y la falta de consentimiento materno. Dispone, a requerimiento de la defensa, un régimen comunicacional con la madre. Apelada la sentencia por los pretensos guardadores, es confirmada por todas las instancias, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El tiempo que insumió el proceso fueron dos años de la vida de la niña, que tenía contacto con su madre biológica (domiciliada en Salta) durante dos horas y una vez por mes. Al quedar firme la restitución, las partes acordaron un régimen comunicacional para los guardadores de diez días, dos veces al año, en la provincia de origen de la madre (53).

2. Provincia de Buenos Aires

"Cuando queda develado el real contexto en que se suscita la entrega directa del menor y la elección de los futuros adoptantes, se pone en tela de juicio la sinceridad de la entrega del niño, y la justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni de las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta el niño

como sujeto y en la que también la familia que lo acoja está constreñida en respetar... La sentencia que resuelve la entrega directa del menor por su progenitora a los pretendientes adoptantes, afirmando que la cesión ha sido fruto de una voluntad libre, espontánea y auténtica, resigna el control de legalidad que amerita una decisión de parte del juez encargado de resguardar el interés del niño como individuo en procura de satisfacer el derecho a la identidad. Esto significa que con sólo la guarda de hecho y un plan de los pretendientes adoptantes dirigido para que la Justicia homologue ese procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre y entrevistarla en presencia del Defensor Oficial no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción" (54).

Este mismo tribunal (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires), en un fallo del 10/7/2013, revocó la sentencia de la cámara de apelaciones que había transformado la guarda para adopción conferida a un matrimonio de pretendientes padres adoptivos, que tenían a su cargo a una niña cuya progenitora se arrepintió del desprendimiento a los quince meses de edad la hija. Ante esa circunstancia, la alzada mutó la guarda preadoptiva en una medida de protección cautelar. Si bien el fallo del Alto Tribunal provincial estuvo dividido, se ponderó la legalidad del procedimiento, el tiempo transcurrido y que no se trató de una entrega directa (55).

3. Provincia de Santiago del Estero

"Si una madre biológica entrega a una pareja en guarda de preadopción a su hija, por considerar que con la misma su hija tendrá una mejor vida, debido a sus apremios económicos, es correcto entregarle la guarda a dicha pareja aunque la misma no se haya inscripto en el registro de adopción correspondiente... El juez para conceder la guarda o rechazarla debió ponderar las situaciones presentadas, de la familia biológica, de los pretendientes guardadores, valiéndose de los informes técnicos, todo ello bajo consideración primordial del niño. Sin embargo omitió valorar estos recaudos imprescindibles, denegando la guarda, siguiendo sólo la opinión de los Ministerios Públicos intervinientes, quienes entre otras consideraciones opinan se debe acudir al Registro Único de Adopción, desde que las personas allí inscriptas, están en mejores condiciones para afrontar la

paternidad adoptiva, además de ofrecer el organismo aludido mayores y mejores garantías por el contralor permanente que realizan sobre estos casos" (56).

VI. Proyecto de Código Civil unificado. Normas homogéneas vs. autonomías, ¿caos legislativo o protección uniforme de derechos humanos? La responsabilidad estatal

Se ha pretendido poner en evidencia, y tomando como muestra sólo alguna legislación provincial y resoluciones jurisdiccionales dictadas sobre la guarda de hecho o entrega directa, la inconsistencia que se genera a partir de las diferentes miradas y, como consecuencia, dispares resoluciones en las etapas que preceden a la determinación de la filiación adoptiva. Específicamente, en los estadios que anteceden al juicio de adopción propiamente dicho, fase en la que únicamente habrá de evaluarse si se produjo el ensamble afectivo, mientras que en las anteriores deberá procurarse, en primer término, satisfacer el paradigma de la convivencia familiar en el grupo humano de origen, para únicamente ante el comprobado fracaso o imposibilidad de intentos eficaces dar lugar a una declaración de cese de acciones en ese sentido, seleccionando una familia que asuma la crianza.

Del análisis realizado emerge una certeza: cuando de adopción se trata, ineludiblemente aparecen en el escenario jurídico varios derechos fundamentales. Uno de los primeros es, sin dudas, el derecho a la vida familiar y a la identidad (57), pero también el acceso a la justicia, especialmente exigible para grupos vulnerables o fragilizados en el ejercicio de las ciudadanía plena, o el derecho de defensa en juicio de todas las partes involucradas.

Por eso se hace necesario montar una escenografía normativa (58) lo suficientemente ajustada a la CDN y a la ley reglamentaria dictada a nivel nacional, 26.061, aun cuando pudiera parecer que se vulneran las autonomías provinciales al consignar, en un compendio de derecho privado, reglas de corte netamente

procedimental, que se enmarcan, en principio, entre las facultades no delegadas por las provincias.

No hay novedad en ese punto, pues varias han sido las reglas procesales contenidas en el Código Civil, y puede sostenerse que hace a la garantía de los derechos convencionales que obligan a los Estados directamente ante sus ciudadanos, a partir del deber de efectivización de los derechos humanos a cuyo respeto se comprometiera, la provisión de medios de toda índole para evitar incurrir en responsabilidad internacional (arts. 1° y 2°, CADH). Uno de esos medios son las reglas procesales enlazadas, de manera tal que satisfagan las garantías de proceso justo e igualitario para la ciudadanía, dotando de coherencia al sistema de protección de derechos fundamentales. De este modo se mejora el servicio de justicia, pues se confiere seguridad jurídica sobre ciertos temas, donde la falta de criterios uniformes ante problemáticas tan sensibles, terminan generando prácticas ilegítimas que luego son confirmadas legalmente por la fuerza de los hechos.

La comisión redactora del Proyecto, lejos de dar la espalda a la legislación vigente, la tuvo particularmente en cuenta en este punto, involucrando al sistema de protección a partir de consignarlo expresamente en el art. 607, incorporándolo en calidad de parte en la etapa preliminar que culminará —eventualmente— con la sentencia que declare la situación de adoptabilidad (arts. 608, 609 y concs.). Pero profundizó la cuestión y reguló el "*factor metanormativo trascendental: el tiempo*"(59), en una doble vía: a) a partir de fijar plazos perentorios para cada una de las etapas procesales donde se analizará la posibilidad de permanencia en la familia de origen, b) estableciendo que la declaración de situación de adoptabilidad equivale a la sentencia que priva del ejercicio de la responsabilidad parental, evitando de ese modo la necesidad de un juicio posterior y conservando idéntica garantía de defensa en juicio de los progenitores.

En el supuesto de las entregas directas desde la familia de origen hacia quienes luego se postulan como padres adoptivos,

Herrera ha sostenido: *"Si se pretende evitar la entrega de niños por fuera de la justicia, deben buscarse los mecanismos para que todos ingresen al sistema legal lo antes posible. Ignorar el problema no es solucionarlo. Si el derecho se dedica a 'perseguir', seguramente se ensayarán atajos que pueden ser más perjudiciales tanto para los niños como para quienes pretendan adoptar, como sucede con la sustitución de identidad, es decir, la inscripción de niños ajenos como hijos propios. Por el contrario, el derecho tiene que intentar que los usuarios lleguen a él lo más rápido posible: admitir la guarda de hecho va en esa dirección"*. La autora, inteligentemente, alerta acerca de que la aceptación de la modalidad de guarda de hecho por entrega directa de los progenitores por el sistema legal abre la posibilidad del acceso temprano y sin solidificación de vínculos difíciles de revertir, considerando a la intervención judicial la maniobra más adecuada para la prevención del desarraigo afectivo, daño o mal mayor para la persona menor de edad (60).

Esa línea argumental fue la recibida por la comisión redactora y se plasmó en el texto del art. 611, como fuera señalado antes, para dotar de cierta homogeneidad alineada al estándar convencional el derecho a la vida familiar en un grupo alternativo al de origen, cuestión que, en tanto deber de garantizar un derecho humano, no puede hallarse sometida a "*pareceres*" o "*criterios*" legislativos o jurisprudenciales disímiles. Como puede leerse en los fundamentos del Proyecto: *"La finalidad es unificar criterios y acelerar los tiempos, de modo tal que cuando los progenitores han sido privados de la responsabilidad parental, el niño se inserte lo antes posible en otra familia a través de la institución de la adopción"*.

La prohibición de la guarda de hecho introducida por la ley 24.779 se mantiene, pero precisando que los progenitores ni sus familiares, sea por escritura pública, acto administrativo o entrega directa, pueden conferirla. Es decir, el desprendimiento debe realizarse con intervención de los órganos estatales ineludiblemente. ¿Cómo se garantiza que se reduzcan las desviaciones? Se consagra la facultad del juez de aplicar una medida de carácter correctivo en el siguiente sentido: *"La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador"*. El Proyecto introduce

aquí una disposición que contiene un apego irrestricto a la realidad: no siempre es posible ni recomendable la separación definitiva; esta redacción autoriza a alojar al infante en un lugar neutral y habilita a disponer, con dictamen interdisciplinar que avale la medida, un régimen comunicacional, una vinculación o revinculación, según se hayan dado los hechos. Seguidamente, se introduce una excepción a esa separación sancionatoria de la transgresión: la preexistencia de vínculos de parentesco o afectivos motivadores de la elección realizada por los progenitores. En tal caso —esto es, si se acredita suficientemente que entre los progenitores y los guardadores existió una relación biográfica—, no podrá disponerse la separación. El sentido de estas reglas se vincula con la arquitectura sistémica con que se dotó al tema de adopción, concatenando cada una de las etapas de modo coherente y adecuando las figuras jurídicas. Así, la adoptabilidad ya no es considerada un "*estado*", sino una declaración jurisdiccional que reconoce una situación determinada dentro de un proceso en el que se dirimieron derechos; la guarda para adopción dejará de entenderse como proceso y devendrá en un instituto que confiere responsabilidades a partir de que sea discernida (art. 614) luego de cumplidas las disposiciones de los arts. 607 a 610, y la delegación de la responsabilidad parental podrá tener reconocimiento, pero limitado temporalmente al plazo legal y sin excepciones admitidas como antecedente para obtener la adopción.

En ocasión del tratamiento parlamentario, la Cámara de Senadores modificó la redacción originaria, suprimiendo la guarda de hecho fundada en vínculo afectivo entre progenitores y pretendidos guardadores como sustento de la entrega directa. Consecuencia de ello, y sin que la cuestión tenga solución definitiva a la fecha de este trabajo, la entrega en guarda directa como excepción a su prohibición queda limitada sólo a favor de los parientes del pretense adoptado.

Debe tenerse presente que la norma originariamente proyectada establecía la posibilidad de que exista una vinculación preexistente, a modo excepcional y bajo dos condiciones: a) la relación socioafectiva se requería *entre los adultos* (progenitores o

familiares del infante y guardadores) y b) debía estar fundada en vínculos históricos (de parentesco o afectivos). Es decir que, de hallarse vigente la legislación reformada, el supuesto en estudio no hubiese tenido acogida de todos modos, ya que de la misma demanda emergía la carencia de tales recaudos, por lo que la solución jurídica correcta consistiría en aplicar la sanción contenida en la norma: separar al infante de los guardadores transitoria o definitivamente, sin considerar la guarda de hecho a los fines de la adopción.

Conforme lo establece el Proyecto, en tal supuesto entra en escena el sistema de protección de derechos sorteado por los adultos, y debe considerarse que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad es ineludible, previo agotamiento de los pasos legales. Ello incluirá, por supuesto, la posibilidad de los guardadores de hecho de inscribirse y ser admitidos en el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, pues nada obsta a que sean considerados referentes afectivos con solvencia suficiente para cubrir el interés superior del infante (art. 607). Claro que, de prosperar las modificaciones introducidas por el Senado, sólo serán admisibles en tal calidad los parientes, pues se eliminó la referencia a tercero idóneo, no sólo en la norma que aborda la prohibición de las guardas de hecho, sino también en las de delegación de la responsabilidad parental, en un intento más de evitar situaciones ilegítimas o abusivas.

El fallo en comentario, en definitiva, se alinea a los paradigmas constitucionales y se ajusta a las pautas proyectadas para regular la adopción. Sin embargo, se advierte una sanción dirigida a los adultos transgresores, sin que nada se diga sobre el impacto que la medida podrá ocasionar en el infante y sin prever —al menos en la sentencia— la posibilidad de un régimen comunicacional entre ellos. De haber sido necesario, al interés superior de la persona menor de edad, la amputación del vínculo, debería constar dictamen técnico interdisciplinar sobre el punto. Al haber legitimado al Ministerio Pupilar para la representación legal del infante, el sentenciante parece no mantener la misma proactividad sostenida para dotar de grupo familiar estable al sujeto de autos, para preservarle, siquiera de manera

cautelar, el derecho a la debida comunicación con quienes, hasta ese momento, fueron sus vínculos afectivos.

Desde otro lugar, puede señalarse que al rechazar en forma liminar la acción por improponibilidad de su objeto no se ocupa de disponer la medida cautelar discerniendo la guarda provisoria del infante, evitando mantenerlo en la "*nada jurídica*" en que se hallaba. Con todo respeto, en el fallo parece darse un supuesto fragmentado de protección de los derechos, al soslayar sin ponderación razonada y avalada por dictamen y aun mereciendo idéntica tutela jurisdiccional, el derecho personal del sujeto de derechos al mantenimiento de una adecuada comunicación con su "*familia*" en los términos del art. 7º, dec. 415/2006. A la par, se obliga a retrotraer al estado original de cosas, implementando estrategias de vinculación únicamente con la progenitora, dando en cierta medida sustento al "*mito*" al que se hizo referencia en la nota 35 de este comentario.

Recurrir al rechazo liminar de la demanda de guarda preadoptiva, cuando se encuentra comprobado que los adultos se contactaron a partir de la búsqueda de un hijo de quienes la pretenden, parece una vía procesal adecuada. Pero insuficiente. Explica una de las principales colaboradoras de la reforma que no todo contacto directo es un caso de "*chivo puesto*", con la consecuente vulneración de derechos que esta actitud conlleva, sino que hay casos en los cuales este vínculo es sincero, es decir, responde a una relación afectiva o de parentesco previa que el juez debe analizar en cada caso (61).

El rechazo liminar de la demanda, sin indagar mínimamente acerca de ese punto, no puede resultar siempre la mejor opción. Incluso, pensando en la utilización de las vías recursivas, es bastante probable que el desarraigo no se efectivice en lo inmediato por el efecto suspensivo del recurso. Con una progenitora que no se arrepintió ni requirió régimen comunicacional, no parece sencillo que lo resuelto respecto de la vinculación con la familia de origen se inicie de inmediato. Si lo que se hubiese adoptado en defecto hubiese sido

una medida cautelar, esa consecuencia —que no es ni más ni menos que tiempo— no podría ocurrir, dado el efecto devolutivo con que se conceden los recursos respecto de ellas. Pero, además, en la resolución que motiva este comentario, el juzgador declina la posibilidad de satisfacer la mayor cantidad de derechos vulnerados, escogiendo únicamente el de acceso a la convivencia con la familia biológica que, dados los antecedentes que tuvo a la vista, tiene apariencia de inviable, pues en los cinco meses transcurridos desde la entrega a la presentación judicial de la guarda no mencionan que haya existido contacto alguno.

El sistema adoptivo debería guardar una determinada coherencia. En todo caso, si los tipos adoptivos ameritan establecer diferencias, ellas tendrán carácter de suficientes para dar lugar a distinciones razonables. Pero, si la adopción es definida como *"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 necesarios tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no les pueden ser proporcionados por su familia de origen"* (art. 594), un principio primordial que la rige es el derecho a la identidad, y ella importa un aspecto dinámico vinculado con el reconocimiento de los lazos. Si se permite la posesión de estado durante la minoría de edad como elemento relevante para la adopción del mayor de 18 años, retraer al juez la posibilidad de evaluar la preexistencia de una relación afectiva genuina, aunque no fuese generada a partir de vínculos de parentesco, vulnera esa coherencia y parte de un prejuicio, pues no siempre la afiliación afectiva nacida de la decisión de desprendimiento a favor de determinadas personas responde a conductas espurias de los adultos interesados.

Los seres humanos que procuran el reconocimiento de sus derechos en tales condiciones no deberían ser sometidos a la crueldad de tener que mantenerse al margen de la legalidad porque el derecho únicamente pondera los lazos sanguíneos, desechando las posibilidades de convivencia familiar autorizadas por el art. 11, ley 26.061, como el padrinazgo, el acogimiento familiar, el

prohijamiento (62), en procura de un respaldo válido, pero no dirimente, de los pretensos adoptantes registrados que pueden ver tambalear sus expectativas de acceso al hijo deseado.

Referencias Bibliográficas

(A) Jueza de Familia en la ciudad de Esquel, Chubut. Ex docente de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco y ex miembro de la Escuela de Capacitación Judicial.

(AA) "La quiebra fraudulenta de los hijos adoptados", Página/12 del 9/1/2014, contratapa.

(1) Tarducci, Mónica, "Maternidades y adopción. Una introducción desde la antropología de género", en Tarducci, Mónica, Maternidades en el siglo XXI, Espacio, Buenos Aires, 2008.

(2) Se alerta a los lectores que en este espacio se adoptará como modalidad la designación de las personas menores de edad bajo el término genérico de "infancia", con la intención de englobar en ese sustantivo colectivo a los niños, niñas o adolescentes menores de 18 años, intentando superar la histórica discriminación entre los "menores" y "los niños" señalada por Beloff, Mary, en Los derechos del niño en el sistema interamericano, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 4. Pero también con la idea de reducir la extensión de los párrafos y sortear la molestia que implica la abundancia de siglas a las que con frecuencia se recurre para designar a niños, niñas y adolescentes.

(3) Ver la resolución del Juzg. Familia n. 2 La Plata, 21/3/2013, en "L., J. E. v. W., J. H.", comentada por Lopes, Cecilia - Falótico, Yael, en RDF 2013-IV, AbeledoPerrot, Buenos Aires., p. 129 y ss., que dispuso conferir la guarda definitiva a la medio hermana de dos menores de edad por el fallecimiento de la progenitora de los tres hermanos y, en defecto del ejercicio de la responsabilidad parental que correspondía al progenitor de los dos niños, quien tenía otra pareja e hijos. En ella se dispuso que la guarda tendría carácter integral en todo lo atinente al cuidado personal de los jovencitos y el sostén de las necesidades diarias, a excepción de lo que confronte con la voluntad de ellos, que sería llevada a la decisión del juez.

(4) Pitrau, Osvaldo F., *"La guarda de menores"*, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 4, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1990, ps. 48 y ss.

(5) Por dec. 383/2005 —modif. por decs. 1022/2005 y 1328/2009— se reglamentó el funcionamiento del Registro, detallando su operatividad y funciones. Para ampliar sobre el origen y el estado actual del funcionamiento del Registro Nacional y la adherencia de las provincias, puede compulsarse Otero, María Federica, *"La adopción en la Argentina y en nuestros tiempos. Una mirada crítica y esperanzadora"*, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 58, AbeledoPerrot, Buenos Aires, marzo 2013, ps. 34 y ss. Y también, Medina, Graciela, *"La reglamentación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Comentarios al decreto 1328/2009. Comparación con el anterior régimen"*, Derecho de Familia y de las Personas, noviembre 2009, ps. 27 y ss.

(6) Art. 36: *"Los jueces Nacionales en lo Civil con competencia en Asuntos de Familia, desde la entrada en vigencia de la presente reglamentación, y los magistrados con competencia en el otorgamiento de guardas con fines de adopción y adopciones que ejerzan su jurisdicción en las provincias adherentes, a partir de la fecha de la pertinente adhesión, sólo podrán otorgar guardas con fines adoptivos a postulantes incluidos en la Nómina de Aspirantes admitidos del Registro Único de Aspirantes con Fines Adoptivos"*.

(7) Se utiliza este convencionalismo lingüístico entrecomillado pues, si somos técnicamente cuidadosos, resulta conveniente alejarnos de la implicancia contractual que denota la referencia a la autonomía de la voluntad, cuando pareciera más apropiado referirse al consentimiento suficientemente informado para el acto que se realizará. El derecho familiar se encuentra impregnado por el orden público, y no lo confronta, sino más bien lo enaltece alejarse de términos tradicionalmente patrimonialistas y reemplazarlos por otros estrechamente vinculados con el acceso a la libertad de elección en función de las competencias para escoger entre distintas opciones conociendo las consecuencias posibles de todas ellas, y relativas siempre a derechos personalísimos. Puede consultarse sobre el tema el trabajo de una de las colaboradoras de la reforma, Herrera, Marisa, *"Con-sentimiento de los progenitores para que la adopción arribe (si arriba) a*

buen puerto. Consentimiento informado y adopción", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 27, 2004, p. 71.

(8) Minyersky, Nelly - Levy, Lea M., *"Reflexiones sobre la ley 25.854. Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos"*, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 27, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 131; Medina, Graciela, *"La guarda de hecho y la adopción"*, JA 1998-III-959; Levy, Lea M., *"Adopción: guarda de hecho"*, AP Doctrina 2010-46, p. 147, AP/DOC/1779/2012.

(9) Medina, Graciela - Flores Medina, Pablo, *"Las guardas de hecho. Correlación entre el art. 318 del Código Civil y el artículo 40 del decreto 383/2005"*, LL del 2/6/2005.

(10) Medina, Graciela, *"La guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer"*, Derecho de Familia y de las Personas del 1/1/2012, p. 65.

(11) Ventura, Ana I. - Siderio, Alejandro J., *"Desafíos en la definición en situaciones de riesgo que atraviesan los niños. Tiempos de evaluación y esperas. Cuidados transitorios. Elección de adoptantes"*, eIDial DC1615.

(12) C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1a, 23/12/2004, *"L., M., D., y otros"*, LLBA, marzo 2005, p. 210; Corte Sup., 18/2/2008, *"G., H. J. y M. E. D. de G. s/guarda preadoptiva"*, entre otros. También Bosch Madariaga, Alejandro F., *"Adopción-interés superior del menor-una decisión difícil-una solución justa. Fallo comentado"*, DJ 2005-3, p. 326.

(13) Baliero de Burundarena, Ángeles - Carranza Casares, Carlos A. - Herrera, Marisa, *"La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño"*, LL 2001-F-1101.

(14) Por razones de espacio se seleccionaron aquellos Estados provinciales cuyas decisiones motivaron intervenciones de la Corte Suprema o, incluso, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), como en el supuesto de la provincia de Entre Ríos, en que se condenó al Estado argentino en la causa *"F., L. e hija v. República Argentina"*.

(15) La ley 4524/2009 modifica los arts. 2º y 3, ley 3495/1998, promulgada por dec. 1913/2009 del 16/11/2009, es decir, casi

inmediatamente de la ley 4523/2009 sobre Procesos de Adopción - Requisitos Previos a la Guarda con Fines Adoptivos - Declaración del Estado de Adoptabilidad.

(16) Art. 13: "*Es requisito esencial de los peticionantes, previo al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos, hallarse admitidos en el correspondiente Registro. Excepcionalmente, dicha inscripción no será necesaria cuando existieren razones que justifiquen apartarse de esta regla, las que se pondrán de manifiesto mediante resolución fundada, atendiendo al superior interés del o los menores adoptados, en los siguientes casos: a) adopción integrativa, b) cuando el niño tenga capacidades especiales o dificultades de salud, c) niños mayores de cuatro años de edad o grupos de dos o más hermanos, d) cuando la identidad cultural del niño así lo justifique. En todos los casos se respetará el orden de prioridad de los residentes en esta Provincia. Cuando los padres, en ejercicio pleno y libre de la patria potestad, deleguen la guarda en aspirantes residentes en esta Provincia, registrados y admitidos y el juez competente valore la legitimidad y conveniencia de ello para el superior interés del niño, podrá homologar dicha guarda, previa consulta con la Autoridad de Aplicación*".

(17) Art. 10: "*Los Juzgados de Familia que correspondan respetarán el orden de los pretensos adoptantes inscriptos en el Registro Único Provincial de Pretensos Adoptantes. Podrá apartarse del orden establecido con carácter restrictivo y excepcionalmente, por resolución fundada, valorando el interés superior del niño cuando: a) Se trate de grupos de hermanos. b) Se trate de niños con capacidades diferentes. c) La guarda sea solicitada por miembros de la familia extensa del niño. d) Los padres en ejercicio de la patria potestad deleguen la guarda y el juez competente haya valorado la legitimidad y conveniencia del niño*".

(18) Corte IDH, 27/4/2012, "F., L. y otra v. República Argentina", fondo, reparaciones y costas.

(19) Corte IDH, 1/7/2011, "L. M. medidas provisionales respecto de Paraguay", nro. 18.

(20) Grosman, Cecilia P. - Herrera, Marisa, "*¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del Alto Tribunal*", JA 2005-IV, del 5/10/2005, LexisNexis, Buenos Aires., p. 26.

(21) Corte IDH, 29/1/2007, "*Genie Lacayo v. Nicaragua*", párr. 77; "*Fornerón, L.*" y "*L. M. medidas provisionales...*", ya citados, en lo específico.

(22) Recuérdese que el art. 29, ley 26.061, puntualmente establece que *"los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley"*, y que dicha norma ha sido sancionada disponiendo expresamente que forma parte del orden público (art. 2º), siendo su parte no procedimental de aplicación en toda la República como pauta de base los de los derechos reconocidos. Por encima, la regla asentada en el art. 4º, Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), que dispone que *"los Estados Parte adoptarán las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención..."*.

(23) Sobre el control de convencionalidad y la aplicabilidad de la doctrina y la jurisprudencia de los organismos convencionales, puede ampliarse en AA.VV. - Albanese, Susana (coord.), El control de convencionalidad, Ediar, Buenos Aires, 2008; Gil Domínguez, Andrés, *"El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio: ¿una tensión difícil de superar?"*, LL del 16/3/2010; Gialdino, Rolando E., *"Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos"*, LL 2008-C-1295; Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales del 1/1/2008, p. 369, entre muchos otros; Abregú, Martín - Courtis, Christian, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS - Editores del Puerto, Buenos Aires., 2004, ps. 77 y ss. También, el fallo de la Corte Suprema en la causa *"Carranza Latroubesse, Gustavo v. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut"*, del 6/8/2013, en cuanto a la responsabilidad en la aplicación de las recomendaciones de la Comisión Interamericana a partir de la realización del "mejor esfuerzo" del Estado.

(24) Lorenzetti, Ricardo L., *"Derechos humanos y derecho privado"*, en abramovich - Courtis - Bovino (comps.), La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década, CELS - Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 97 y ss.

(25) CADH, art. 17, y su homólogo Convenio Europeo (Convenio de Roma), art. 8º.

(26) CADH, art. 11, y su homólogo Convenio Europeo (Convenio de Roma), art. 8º.

(27) CADH, art. 19, además del tratado específico, la CDN.

(28) Tarducci, Mónica, "*Algunas discusiones sobre antropología de la adopción*", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 58, Adopción, AbeledoPerrot, Buenos Aires, marzo 2013, p. 13.

(29) CDN, preámbulo, arts. 8º, 9º, 18 y 21, y también, entre otros, caso "*Fornerón, L. e hija v. República Argentina*", p. 119.

(30) Corte IDH, 25/6/2010, caso "*C. N., y otros v. Guatemala*", excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 212, párr. 157.

(31) Corte Sup., 12/6/2012, "*N. N. o U., V. s/protección de personas*", LL 2012-D-182.

(32) Corte Sup., 29/4/2008, "*M., D. H. v. M., B. M. F.*", LL 2008-C-540, voto del Dr. Zaffaroni.

(33) Pancino, Bettina - Silva, Cristina I., "*Es hora que los tiempos de la justicia y de las políticas públicas cumplan con los derechos de los niños*", elDial DC1611.

(34) ONU, 20/11/2009, www.crin.org/docs/Espanol_Directrices_aprobadas.CDDHH.pdf.

(35) Corte IDH, 27/4/2012, "*Fornerón Leonardo y otra*", fondo, reparaciones y costas.

(36) Para ampliar, puede verse Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de familia, Ediar, Buenos Aires, 2007 y Herrera, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 39.

(37) Sup. Corte Bs. As., C 115696 S, 11/4/2012, "*N., A. S/medida de abrigo*". Puede verse la nota al fallo de la anterior instancia en RDF 2011-VI, a cargo de Alesi, Martín, "*El derecho de defensa de la madre que elige a los adoptantes de su hijo*", diciembre 2011, ps. 76 y ss.

(38) Se prefiere no utilizar la palabra "*abandono*" por cuanto alimenta el imaginario social respecto de quienes se desprenden de su hijo a partir de un término moralmente sesgado en sentido crítico, pues sostiene la imagen de colocar al niño en situación de riesgo físico o emocional. En palabras de una especialista, con ese término se busca clasificar a esa mujer como una persona que violenta un mandato de la especie, en tanto carente del "*instinto maternal*". Giberti, Eva - Chavanneau de

Gore, Silvia - Taborda, Beatriz, Madres excluidas, Buenos Aires, 1997, p. 44. En general, pareciera más apropiado hablar de "*desprendimiento*" o, según los supuestos, "*entrega voluntaria*" o "*consentimiento informado*".

(39) Art. 3º, ley 26.061.

(40) Bussani, Norberto, en "*La adopción un largo y penoso camino de regreso a Roma*", elDial DC1612, desde una postura más extrema sostiene: "*La declaración judicial de abandono y estado de adoptabilidad es la declaración del fracaso del sistema y esa sentencia del fracaso del Estado se precipita sobre el escritorio de los Jueces, que en definitiva no tienen los resortes para evitar la situación y dan a estos abandonados el destino querido por otra parte —también sufriendo— de la sociedad: los que buscan en los tribunales los hijos que la naturaleza les niega*".

(41) Directrices de Naciones Unidas para prevenir la delincuencia juvenil (Directrices de Riad que, en el caso de la provincia de Chubut, forman parte integrante de la ley III nro. 21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en resolución 45/112 del 14/12/1990.

(42) Corte IDH, 24/2/2012, caso "*A., R., y niñas v. Chile*", fondo, reparaciones y costas, serie C, 239, párr. 109.

(43) Artola, María M. - Raffo, Pablo E., "*Algunas reflexiones sobre la adopción en la provincia de Buenos Aires y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 58, Adopción, AbeledoPerrot, Buenos Aires, marzo 2013, ps. 65-66.

(44) Herrera, Marisa, El derecho..., cit., p. 259.

(45) El 20/11/2013, el Anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial impulsado por decreto 191/2011 fue objeto de dictamen de la comisión bicameral que analizó la propuesta, siendo aprobado por el Senado de la Nación el 28/11/2013, obteniendo así media sanción.

(46) Art. 275, CCiv.: "*Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos le hubiesen asignado, sin licencia de sus padres. Tampoco pueden ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres, salvo lo dispuesto en los artículos 128 y 283 (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.579 BO 22/12/2009)*". Art. 276: "*Si los hijos menores dejasen el hogar, o aquel en que*

sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hubiesen sustraído a su obediencia, o que otros los retuvieran, los padres podrán exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad. También podrán acusar criminalmente a los seductores o corruptores de sus hijos, y a las personas que los retuvieran (Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 23.264 BO 23/10/1985)".

(47) Pitrau, Osvaldo, "*La guarda...*", cit., p. 55, clasifica de esta manera —además de la guarda originaria, emergente de la patria potestad— a la posibilidad de que los progenitores se desprendan del cuidado cotidiano del hijo a favor de un tercero o a la que surge de la ley y le corresponde a quien ejerce la tutela del infante, respectivamente, sin que en ninguno de ambos casos tenga la representación legal.

(48) Fundamentos de elevación.

(49) C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1a, 30/6/2011, "*N. N. o A., G. M. s/abrigo*", revoca la sentencia de primera instancia que había dispuesto la exclusión de la niña del hogar de sus guardadores de hecho para ser insertada en una familia de pretensos adoptantes inscriptos en el registro respectivo, pese a que la demanda había sido interpuesta cuando la niña contaba con veinte días de vida.

(50) Corte Sup., 16/9/2008, "*G., M. G.*", LL 2008-F-59 y ss., con nota de Jáuregui, Rodolfo G.; DJ 2008-II, p. 1766; LL del 9/2/2009, p. 7, con nota de Fernández, Silvia E.

(51) Corte Sup., 2/8/2005, "*S/Adopción*", JA 2005-IV-32; Sup. Corte Bs. As., 16/8/2006, JA 206-II-27; Corte Sup., 19/2/2008, "*G., H. J. y otra*", JA 2008-II-19. Más cercano en el tiempo, y de lectura recomendada, en el fallo de la Sup. Corte Bs. As., del 11/4/2012, "*N. N. o A., G. M s/Medida de abrigo*", C. 115.696, AP AP/JUR/290/2012, revoca la decisión de la Cámara Civil y Comercial de La Matanza que había dispuesto la guarda con fines de adopción. Se argumentó: "*El ideario de la Convención de los Derechos del Niño —arts. 1°, 3°, 6.2., 9.1., 12, 20 y en especial 21 inc. 1°— requiere, en el supuesto de una guarda de hecho nacida de una entrega de la progenitora a personas determinadas, que para hacer viable la adopción, la intervención del juez se concrete instando un proceso que atienda a todos los conflictos que plantea este modo de vinculación con el niño —autonomía de la voluntad, libertad, intimidad, identidad, injerencia estatal lícitas e ilícitas, el derecho a y/o permanecer en la*

familia de origen, el derecho a vivir en familia, la igualdad de oportunidades—. La justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni de las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta el niño como sujeto y en la que también la familia que lo acoja está constreñida en respetar. Amén de que ello no contribuye a alcanzar la tutela judicial efectiva que reclama que se respete el procedimiento previsto en la ley (arts. 3º, 12, 20 y 21.1 de la Convención de los Derechos del Niño; 18 de la Constitución Nacional; 15 de la Constitución Provincial; 27 y 33 in fine de la ley 26.061)".

(52) En los fundamentos de elevación, la comisión redactora señaló: *"El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aun en este caso se requiere la declaración judicial en estado de adoptabilidad"*.

(53) Corte Sup., 21/8/2013, "C. M. E. y A., C. J. s/guarda con fines de adopción", LL Online AR/JUR/70726/2013.

(54) Sup. Corte Bs. As., 11/4/2012, "N., A. S/ Medida de abrigo", C 115696 S.

(55) Sup. Corte Bs. As., 10/7/2013, "N. M. o S., V.", LL Online AR/JUR/41959/2013.

(56) C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 19/2/2010, "C. N. J. y B. C. H.", MJ-JU-M-62683-AR.

(57) Para ampliarse puede verse la inestimable obra de Herrera, Marisa, *El derecho...*, cit., ts. I y II.

(58) Frase utilizada por la Dra. Cecilia Grosman al momento de la presentación de la obra citada en la referencia precedente y que grafica estupendamente la idea que intenta ser plasmada.

(59) Fernández, Silvia, *"Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción"*, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 58, Adopción, AbeledoPerrot, Buenos Aires, marzo 2013, p. 86.

(60) Herrera, Marisa, *El derecho...*, cit., p. 391.

(61) Herrera, Marisa, *"El régimen adoptivo en el Anteproyecto de reforma del Código Civil: más sobre la trilogía: Blanc"*, Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa (coord.), JA 2012-II, del 20/6/2012, supl. esp. El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, ps. 84 y ss.

(62) Fernández, Silvia, *"Medidas de protección de derechos de infancia y adopción. A propósito de un fallo de la Corte Suprema"*, LL 2009-A-450 y *"Medidas de protección de derechos de infancia y adopción. Cuando la realidad desdibuja la frontera que separa territorios... ¿inconciliables?"*, AP Bs. As. 2009-6, p. 615, citado por Alesi, Martín, en nota a fallo, RDF 2011-VI, p. 97.

El reconocimiento de los derechos derivados de la afectividad y la realidad en el Código Civil y Comercial de la Nación – Trayectorias familiares ensambladas

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php>

Publicado en: versión electrónica. Rubinzal- Culzoni 2014

Cita online: RC D 1063/2014

[Consultado el: 03/01/2022]

Sumario

1. Lineamientos generales. 2. Deberes y derechos del progenitor afín: ejercicio ordinario y extraordinario. 3. Delegación y ejercicio conjunto de la responsabilidad parental en el progenitor afín. 4. Alimentos a cargo del progenitor afín. 5. Conclusión.

1. Lineamientos generales

La humanidad muestra la ampliación de la expectativa de vida, la irrupción de la tecnología y sus avances a niveles revolucionarios, la visibilización y ejercicio de ciudadanía cada vez más plena de poblaciones tradicionalmente excluidas, y esas circunstancias -entre otras- impiden admitirlas estratificaciones sociológicas de antaño, cuando la representación social de la familia estaba dada por la matriz judeo-cristiana de un hombre, una mujer y su prole, organizado jerárquicamente por las reglas del patriarcado y con pretensiones de inmutabilidad (1).

Desde esa perspectiva, resulta más apropiado pensar en diseños de proyectos biográficos de individuos que sostienen vínculos

afectivos perdurables como trayectorias familiares, pues con ello se sugiere una construcción permanente y dinámica que, enlazando los derechos individuales de sus componentes con una expectativa de relaciones más democráticas, conforman las nuevas familias en las que persisten las notas de afectividad, sexualidad, procreación y parentesco aunque no todas como ineludibles y necesarias para conformar el concepto jurídico, pues la biología también dejó de ser, para la cultura, la única forma de multiplicación social.

La Lic. Eva Giberti cree prudente empezar a hablar de "*lo familia*" como una alternativa que permita neutralizar el mensaje monádico, unitario, hegemónico que prescribe el artículo "*la*", indicativo de un modelo incanjeable, cristalizado, inamovible, intolerante (2). Para Cecilia Grosman, el uso del plural "*familias*" implica desterrar la idea de una configuración familiar conceptuada como normal y el juzgamiento de las demás como estructuras patológicas (3). Como sea, lo cierto es que vivimos en una sociedad donde varias son las posibilidades de pensarse y sentirse "*familia*" y ninguna de ellas puede ser impuesta como debida. Compartimos lo que señala una de las integrantes de la Comisión de reforma: "... *aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial" y, por lo tanto, cambiante*" (4).

Conformaciones monoparentales, ensambladas, convivenciales, homosexuales, ampliadas a partir de la afectividad y las técnicas de procreación asistida, reclamaban la atención del legislador y la protección de sus integrantes de cara a los derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad, incorporando armónicamente algunos logros jurídicos obtenidos antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en esa doble función de la ley: recoger la realidad "*viviente*", ordenarla y organizarla -creando expectativas claras sobre lo que está permitido, lo que está prohibido, lo que se espera de uno, lo que cabe esperar del otro, o sea, cuáles son los derechos y deberes de cada uno- y desempeñar una misión promotora y transformadora de las conductas y creencias de los

ciudadanos sobre la base de ciertos valores afirmados en la plataforma internacional de los derechos humanos (5).

¿Cuáles son las bases de esta nueva regulación? Como se señala en los Fundamentos, ellos son la multiculturalidad social, la constitucionalización del derecho familiar y su consecuencia práctica: la democratización de las relaciones familiares, los principios de derechos humanos -especialmente igualdad y no discriminación- y también un constante y firme sentido de la realidad, que da lugar a reconocer aquello silenciado: la afectividad elemento central para la creación de lazos jurídicos.

El sistema jurídico instaurado coloca su centro en la persona humana, y específicamente en los vulnerables. De tal modo, partiendo de los derechos, se confiere respaldo jurídico a quienes, sin tener vínculo biológico (parentesco por consanguinidad) o social (parentesco por afinidad o por adopción) (6) han construido relaciones socio afectivas y así, en el art. 556 se reconoce derecho de comunicación a quien justifique interés afectivo legítimo, o posibilidades de compartir o incluso asumir el ejercicio de la responsabilidad parental a terceros distintos a los progenitores por su calidad de adultos afectivamente relevantes en el cuidado y la crianza.

En ese contexto, la nueva regulación del derecho privado introduce modificaciones en las denominaciones de las figuras jurídicas explicitando así la acabada comprensión de la "*no neutralidad*" que asume el lenguaje en la comunicación humana. Aparece la figura del "*progenitor afín*" para designar al cónyuge o conviviente del padre o madre biológicos, siempre presente en las nuevas conformaciones familiares post viudez, post divorcio, post cese de la unión convivencial o post monoparentalidad. La denominación fue escogida por sobre las de madrastra o padrastro, dado la fuerte carga negativa de dichos vocablos, y que el término no resulta ajeno al orden jurídico reemplazado, que regulaba el parentesco por afinidad entre un cónyuge y los consanguíneos del otro y que es mantenido en el art. 538 para uniones matrimoniales.

Como ocurre en la legislación brasilera donde ha tenido un gran desarrollo la socio afectividad como base de la regulación de las relaciones de derecho privado (7), en el Código Civil y Comercial de la Nación se confiere la misma denominación a la persona conviviente o al cónyuge del progenitor, igualando el trato jurídico entre ellos y los hijos del otro miembro de la pareja, con independencia de la matrimonialidad y de la sexualidad (8).

2. Deberes y derechos del progenitor afín: ejercicio ordinario y extraordinario

El texto legal (artículos 672 a 676) dispone determinados deberes y reconoce derechos al cónyuge o conviviente de aquel progenitor que tiene a su cargo el ejercicio de la responsabilidad parental del niño, niña o adolescente nacido de una unión anterior, con soporte en dos principios fundamentales en la reforma: el de realidad y el de solidaridad familiar. Se reconoce de ese modo que estas familias, enlazadas en nuevos vínculos, cumplen las funciones normativas y nutricias requeridas por los niños, niñas y adolescentes para su correcto desarrollo, desde dos aspectos: uno ordinario, cotidiano, habitual, y el otro ante eventos extraordinarios. Se diagrama también un sistema que admite la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental tanto del progenitor no conviviente como del conviviente hacia el padre o madre afín, ante determinadas y graves circunstancias.

En los supuestos contemplados serán de aplicación -sea porque en ellos se lo menciona expresamente, sea por disposición normativa en las reglas generales- los principios de inmediatez, tutela judicial efectiva, oficiosidad, oralidad, la activa participación en el proceso de los niños y adolescentes y ser resueltos conforme su interés superior, suficientemente justificado.

Si bien el Código contempla la figura de la adopción de integración con autonomía suficiente (arts. 630 a 633) no siempre es posible o deseada como salida apta para la realidad de las familias

ensambladas, por lo que es preferible un sistema jurídico que brinde cobertura y protección a la mayor cantidad de casos posibles, sumando afectos que resultan saludables y necesarios para la persona menor de edad.

2.1 Colaboración ordinaria

Las funciones previstas de modo enunciativo para el progenitor afín son las de cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, expresado en el texto legal como "*colaboración*" en la realización de los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico (traslados a actividades escolares o extracurriculares, al médico, en viajes dentro del país, firma de boletines, para efectivizar regímenes de comunicación con el otro progenitor, parientes o personas afectivamente relevantes, etc.).

2.2 Colaboración extraordinaria

Puede ocurrir -y de hecho ocurre- que el nuevo cónyuge o conviviente del progenitor de origen deba adoptar decisiones en situaciones de urgencia, como por ejemplo la prevista en el art. 59 en cuanto contempla el consentimiento para los actos médicos de las personas menores de edad si resulta imposible que sea brindado por el paciente, y admite que sea otorgado por "*el pariente o allegado*". En este sentido, se considera lo dispuesto por el art. 529, 2º párrafo que dispone que cuando el Código se refiere a parentesco sin distinción, se refiere al derivado de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana o la adopción, por lo cual el término "*allegado*" es inclusivo del progenitor/a afín.

Ante ese tipo de imponderables, la ley admite la cooperación del padre/madre afín que no reemplaza la función paterna, sino que apoya y asume responsabilidades en función del cuidado y protección de los derechos del niño, niña o adolescente.

2.3 Divergencias entre progenitores y padres o madres afines

Ante desacuerdos entre progenitor afín y su cónyuge o conviviente, la ley confiere prioridad al criterio del progenitor de origen, porque lo central es que se regula la realidad social sin sustituir los deberes de quienes continúan detentando la responsabilidad primaria (arts. 638 a 670). La función reconocida legalmente al progenitor afín tiene carácter enunciativo y complementario de la que corresponde a los responsables principales: los progenitores, y por ello todo desacuerdo se resolverá ponderando primero la posición del progenitor. Se la legisla en el título reservado a la responsabilidad parental, y se emparenta con esa función, pero sustancialmente el progenitor afín asume un lugar propio y diferente, básicamente de cooperación de aquella.

3. Delegación y ejercicio conjunto de la responsabilidad parental en el progenitor afín

3.1 Delegación ordinaria

El texto legal brinda esa posibilidad a partir de lo normado en los arts. 641. b -cuando pregona que en caso de no convivencia de la pareja parental, se pueden establecer distintas modalidades de ejercicio de la responsabilidad de los progenitores-, art. 643- que reglamenta la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en interés del hijo y por razones justificadas (9). Se establecen dos situaciones diferenciables, dotándose de respaldo legal a casos que ocurren cotidianamente: a) la imposibilidad temporal del progenitor de origen conviviente con el niño, niña o adolescente de desempeñar sus deberes parentales y del otro progenitor -no conviviente- de asumir el ejercicio o que ello resulte inconveniente a la persona menor de edad (art. 674) y b) el supuesto de muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida de quien no ejerce la responsabilidad parental en que pueden asumirla conjuntamente el progenitor de origen y su pareja conyugal o convivencial (art. 675).

3.2 Delegación de ejercicio por causas extraordinarias

El art. 674 permite subsumir supuestos extraordinarios con cierta permanencia temporal, donde tampoco resulte posible el ejercicio por el otro progenitor o ello sea inconveniente. La regla legal es el cuidado compartido de los hijos (art. 651), pero pueden suceder que ante determinadas circunstancias resulte conveniente al interés del niño la delegación al cónyuge o conviviente de quien detenta el cuidado indistinto o alternado del niño. Si el otro progenitor consiente expresamente la delegación, prima la autonomía de la voluntad de los adultos; si eso no es posible, o debe ponderarse la conveniencia de que uno u otro asuma el ejercicio, se requerirá la intervención judicial para que los delegantes acrediten su imposibilidad de ejercicio. El progenitor afín asumirá todas las funciones del delegante y se tendrá en cuenta el plazo previsto en el art. 643 (un año prorrogable) para la delegación entre parientes.

La norma no tiene un catálogo taxativo de posibilidades siendo asimilable la circunstancia de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria del progenitor consignada inclusiva de otras como ausencia por cuestiones académicas, laborales o médicas; mientras que las cuestiones de salud no se circunscriben únicamente al progenitor, que podría requerir delegar el ejercicio para cuidar en la enfermedad a algún pariente; la incapacidad no puede limitarse a la intelectual sino que el término tiene suficiente porosidad para cubrir imprevistos que requieran de la delegación parental. En definitiva, siempre existirá un control judicial para valorar si los hechos acaecidos pueden o no ser inmersos en el texto legal, impidiendo el abuso y la delegación impropia de los deberes parentales.

3.3 Ejercicio conjunto de la responsabilidad por el progenitor y el progenitor afín (10)

El art. 675 plantea supuestos donde el otro progenitor, quien no ejerce la responsabilidad parental, fallece, se encuentra ausente o tiene restringida la capacidad. Se admite que el afín puede asumir el

ejercicio en forma conjunta con su cónyuge o conviviente para lo cual es requerida la homologación judicial, pero en caso de disidencia o conflicto, prima la opinión del progenitor de origen. No obstante, esta figura -ejercicio compartido de la responsabilidad parental- dota al padre/madre afín de mayores responsabilidades que la simple delegación, no ya como colaborador o cooperador en la crianza, sino con idénticas funciones reconocidas a los progenitores, y esas circunstancias son también consideradas para establecer la extinción del ejercicio conjunto, que estará dado por la ruptura matrimonial, el cese de la convivencia, la aparición del ausente o el restablecimiento de la plena capacidad del progenitor imposibilitado, o cuando resulte perjudicial al niño, niña o adolescente.

Los supuestos contemplados se vinculan con la privación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 700) o la extinción para el caso de fallecimiento (art. 699.a) pues ante ambos sucesos existe impedimento para cumplir la función por el padre no custodio. La homologación exigida será posible si queda suficientemente comprobado el beneficio para el niño.

4. Alimentos a cargo del progenitor afín

Se reconoce, con carácter subsidiario a los obligados principales, el deber alimentario del cónyuge o conviviente del progenitor que cohabita con el niño o adolescente fundado en el deber de contribución que se regula en las disposiciones comunes a todos los regímenes patrimoniales (art. 455) y de aplicación también para las uniones convivenciales (art. 520) para las personas menores de edad o con capacidad restringida. El derecho alimentario cesa, en principio, cuando finaliza el vínculo entre los adultos (divorcio o finiquito de la unión) salvo que el cambio de situación pueda ocasionar un impacto de gravedad en la posibilidad de sustento de la persona, en cuyo caso se admite la fijación de un aporte transitorio y limitado temporalmente por el juez, que será determinado en función de la capacidad económica, las necesidades y el tiempo de efectiva convivencia (art. 676).

5. Conclusión

La familia protegida por la regla 14 bis de la Constitución Nacional y los arts. 16 y 19, en cuanto preservan la igualdad de trato entre todos los individuos y la libertad personal y el espacio de intimidad de cada ciudadano; y por los artículos 16.1, 16.3 de la DUDH (y su preámbulo), art. 17 CADH, 23.2 del PIDCP, preámbulo y art. 3.2, 5, 8 CDN (operativos en función de la regla 75. 22 de la Carta Magna) no podía ya seguir encorsetada en el modelo biologicista y matrimonial instaurado, pues ello implicaba dar la espalda a las múltiples formas de convivencia y relaciones familiares surgidas en la posmodernidad.

Con respecto a los progenitores afines, el Código de 2014 adopta una postura intermedia al reconocerles derechos e imponerles obligaciones, pero siempre limitadas y diferenciables de las que corresponden a los titulares de la responsabilidad parental, aunque excepcionalmente se amplían posibilidades de asunción del ejercicio siempre acotado temporalmente.

La regulación legal instaurada por Ley 26944 que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, da así respuesta a "*las familias*" o "*lo*" familias.

Lo que sigue, será tarea de la Magistratura. ¡Confiamos en que así sea!

Referencias Bibliográficas

- (1) ROUDINESCO Elisabeth. La familia en desorden. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires. 2003.
- (2) GIBERTI, Eva. "*La familia y los modelos empíricos*". En WAINERMAN, Catalina H. (comp.) *Vivir en Familia*. UNICEF-Losada. Buenos Aires. 1994.

- (3) GROSMAN, Cecilia. *"Los derechos del niño en la familia. La ley, creencias y realidades"*. En *Vivir en Familia*, op. cit.
- (4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *"Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014"*, L. L. 08/10/2014, L. L. 2014-E, 1267, cita on line AR/DOC/3592/2014.
- (5) GROSMAN, Cecilia y HERRERA, Marisa, *"Relaciones de hecho en las familias ensambladas"*, Derecho de Familia, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 46, Buenos Aires, AbeledoPerrot, julio/agosto, 2010, p. 80 y ss.
- (6) El art. 529 establece que el parentesco es el vínculo jurídico entre las personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad.
- (7) HERRERA, Marisa, *"La noción de socio afectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo"*, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, AbeledoPerrot, N° 66, Sept 2014, pág. 75 y sgtes., DÍAS, María Berenice, *"Filiación socio afectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales"* en El derecho de familia en Latinoamérica. Los derechos humanos en las relaciones familiares, LLOVERAS, Nora - HERRERA, Marisa (directoras), Córdoba, Nuevo Enfoque, pág. 543 y sgtes.
- (8) A tono con la jurisprudencia de la Corte IDH en dos de sus sentencias relacionadas con el derecho de familia: *"Fornerón e hija vs. Argentina"*, sentencia del 27 de Abril de 2012 (fondo, reparaciones y costas) en cuanto señala la violación al principio de no discriminación respecto del progenitor, estableciendo que: *"... no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia"*; y *"Atala Riffoy niña vs. Chile"*, sentencia del 24/02/2012 (fondo, reparaciones y costas) donde el Tribunal estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término *"otra condición social"* establecido en el artículo 1.1 de la Convención. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

(9) En el texto originario del Anteproyecto, se previó la delegación del ejercicio en un pariente o tercero idóneo, pero luego esta posibilidad fue sustituida con mención al artículo 674, admitiéndose en consecuencia sólo la delegación en supuestos de vínculos de parentesco o afinidad social, y por un plazo que se limitó a un año, con posibilidad de ser prorrogado.

(10) El ejercicio de la responsabilidad parental puede ser unipersonal, conjunto o indistinto. Es unipersonal cuando se concentra en cabeza de uno solo de los progenitores, conjunto cuando los actos de que se trate deben ser decididos por ambos padres, e indistinto cuando puede realizarlos uno u otro progenitor. El Código establece la regla del ejercicio conjunto, pero no siempre ello es posible.

El nuevo régimen de divorcio. Autonomía de la voluntad y orden público – El efecto mariposa

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://www.rubinzaonline.com.ar/index.php>

Publicado en: versión electrónica. Rubinzal-Culzoni 2014

Cita online: RC D 1083/2014

[Consultado el: 03/01/2022]

Encabezado

Las mutaciones sociales y el dinamismo de las relaciones interpersonales, llevan a que el derecho deba ser modificado y adecuado constantemente a las nuevas realidades que se presentan. El instituto del matrimonio es un claro ejemplo de esta necesidad. La autora analiza su evolución legislativa, para finalizar exponiendo sobre la regulación asignada al "*divorcio express*" en el Nuevo Código Civil y Comercial, explayándose en las cuestiones de orden procesal que introduce la insipiente legislación.

Sumario

I. Marco general. II. Algunas cuestiones procesales/sustanciales. III. Cierre

El nuevo régimen de divorcio

I. Marco general

El concepto clásico de ciencia exige la capacidad para predecir de forma certera y precisa la evolución de un objeto dado; otra corriente asevera, en contraposición, la imposibilidad del orden

eterno. Se trata de la teoría de las estructuras disipativas o teoría del caos, cuyo principal representante es el químico belga Ilya Prigogine, y sostiene que *"el mundo no sigue estrictamente el modelo del reloj, previsible y determinado, sino que tiene aspectos caóticos"*.

Ejemplificando, se dice que Descartes aseguraba que si se fabricara una máquina tan potente que conociera la posición de todas las partículas y se utilizaran las leyes de Newton para saber su evolución futura sería posible predecir toda la evolución del Universo. Esa afirmación -determinista y osada- puntualiza la exaltación científica que propició el desarrollo de la ciencia a partir del orden, la predicción y la limitación de los objetivos a los fenómenos que coincidieran con el patrón previo.

En contrapunto con esa postura, se instala la de asumir el riesgo de considerar lo expulsado de aquel determinismo científico: las turbulencias, irregularidades, ruidos, oscilaciones, etc. sosteniendo que la resonancia de aquello soslayado tiene capacidad de modificación tal que -sea por repetición, por oposición o por retro alimentación- puede incluso concluir con la desaparición del objeto. Para la teoría del caos entre los fenómenos lineales y los sistemas no lineales la pauta diferenciadora la constituye el denominado *"efecto mariposa"* (1), que implica que cualquier variación, sea en una milésima o una millonésima, constituye una pequeña muesca que modificará el sistema hasta el punto de hacerlo imprevisible.

En el ámbito de la complejidad de los fenómenos, si se intenta vincular cada molécula con el todo sin considerar aquello que lo amalgama, es posible concluir en un absurdo similar a intentar enlazar cada una de las letras de una palabra con el concepto que el vocablo representa (2). Llevado a la esfera del derecho privado, el razonamiento señalado equivale a sostener que si el Código Civil es concebido como un blindaje, la mutación social no tendrá cabida y eso implicaría desconocer el dinamismo de las relaciones interpersonales.

En nuestro país la institución matrimonial comenzó siendo ajena al mundo del derecho, pues se desplegaba en el ámbito religioso; pasó luego al estadio de reconocimiento civil conservando el carácter indisoluble aunque admitiendo el reproche de conductas que daban lugar a la separación; posteriormente se introdujo al sistema jurídico la posibilidad de una disolución sin invocación de culpas, pero estableciendo plazos para el inicio y dentro del proceso. El sistema regulatorio -Ley 23515- apuntaba así al mantenimiento del matrimonio, reproduciendo el modelo religioso que bogaba -y boga- por la eternidad del consentimiento prestado, aun cuando la realidad social mostraba -y muestra- otra cosa.

La jurisprudencia dio paso primero a la reconsideración de la permanencia del vínculo (3) y luego a la de los plazos legales establecidos como "*tiempos de espera*" para obtener la disolución (4). Es decir, una vez consolidada socialmente la figura del divorcio vincular distintas sentencias judiciales dictadas por tribunales de todo el país fueron delineando un ajuste que se convirtió en necesario: adaptar la separación personal y el divorcio vincular instaurados en el año 1986 a la realidad que se presentaba en la sociedad argentina casi tres décadas más tarde, reforma constitucional mediante.

El desarrollo de nuevas formas familiares, la proliferación de uniones convivenciales post separaciones, las consecuencias que en los integrantes de la unión conyugal y sus hijos aparejaban los divorcios con imputación de culpa, la valoración de la prueba en los divorcios controvertidos y el fracaso sistemático en la comprobación de las imputaciones, incluso la imposibilidad de un real acceso a la verdad de lo ocurrido "*puertas adentro*", la afrenta a la intimidad que importaba la norma que obligaba a los cónyuges revelar a un juez las razones del divorcio para que las analizara -discrecionalmente- valorara su tenor y obligara a "*reflexionar*" sobre la decisión, fueron razones de peso para que el legislador se enfocara desde una óptica distinta. Estas "*resonancias*" sociales fundadas básicamente en la afectividad eran invisibilizadas por las normas pero recogidas en los tribunales. Impulsadas por el desarrollo de los derechos humanos, la

revalorización de la autonomía personal y la limitación de la injerencia estatal a lo necesario, produjeron el "efecto mariposa" que concluiría en lo que algunos, agoraramente, denominan "*divorcio express*" o "*aniquilación de la institución del matrimonio*" (5).

Las consecuencias imprevistas en la ley se desnudaron en la realidad, y esto llevó al legislador a adoptar una postura distinta: se quitó preponderancia al porqué del divorcio para enfatizar el cómo y apuntar a dar contención jurídica a los efectos más que a las causas. De tal suerte que el divorcio causado de los arts. 214 y 215 del Código Civil es reemplazado por uno apoyado en la relevancia que tiene la afectividad, y su consecuencia, la no intención de continuidad del mantenimiento del vínculo basado por desaparición del proyecto de vida, sostenido por ambos integrantes de la unión.

Sostener ficciones por imperio de una legislación que impedía disolver un vínculo que se hallaba disuelto por voluntad de los únicos interesados y principales responsables contrariaba la libertad personal, y se traducía en un menoscabo a la dignidad humana. Una de esas ficciones era la figura de la separación personal, utilizada mayormente por quienes no alcanzaban el plazo trienal para hacer cesar las consecuencias indeseadas del divorcio culpable, y obligaba a los ex cónyuges a duplicar sin motivo real su acceso a la justicia para reconvertir aquella en divorcio. Otra, la demanda por causal objetiva presentada con la contestación simultánea reconociendo la separación de hecho sin voluntad de unirse.

Conforme el Código que regirá a partir de 2016, puede interponerse demanda unipersonal o conjunta, estableciéndose como recaudo de admisibilidad de la pretensión la presentación de una propuesta reguladora de los efectos del divorcio (en el primer caso) o el acuerdo al que arribaron los cónyuges (en el segundo) que es denominado convenio regulador. El cónyuge que es demandado podrá plegarse a la propuesta primigenia o formular una distinta, debiendo el juez dictar sentencia disolviendo el vínculo, con lo que se enaltece la pacificación del conflicto familiar y la economía procesal.

Tanto la aportación de elementos de convicción acerca de las propuestas en caso de desacuerdo, como si el convenio perjudica de forma manifiesta los intereses de los integrantes del grupo familiar, debe tramitar por el procedimiento que se prevea en las normas locales. La propuesta unilateral o bilateral del convenio regulador de los efectos del divorcio exigida por los arts. 438 y 439 constituye un presupuesto de admisibilidad de la pretensión (6), pero el desacuerdo en todo o en parte entre los esposos no impide el dictado de la sentencia disolviendo el vínculo, pudiendo ambas cuestiones tener andamiaje simultáneo.

Veamos en un esquema:

DEMANDA UNIPERSONAL	CONTESTACIÓN DEMANDA	SENTENCIA
Propuesta + Elementos de convicción	Aceptación	Divorcio y homologa
Propuesta + Elementos de convicción	Contrapropuesta + Elementos de convicción	1) Audiencia, divorcio y homologación
		2) Audiencia, divorcio y homologación parcial.
		Remisión a ley local.
		3) Audiencia, divorcio sin homologación. Remisión a la ley local.
DEMANDA CONJUNTA	CONVENIO REGULADOR	SENTENCIA
Ambos cónyuges	No perjudica intereses del grupo familiar	Divorcio y homologa (puede exigir garantías)
	Perjudica intereses del grupo familiar	Divorcio, no homologa, remite al procedimiento local.

II. Algunas cuestiones procesales/sustanciales

La pretensión deberá ser presentada ante el juez competente que el propio Código determina: el del último domicilio conyugal o el de la parte contraria al que inicia el trámite (art. 717) a elección del accionante, o el de cualquiera de los cónyuges si se presentan

conjuntamente (7). A partir de allí, quedará fijada la competencia para las cuestiones conexas (prestaciones compensatorias, liquidación del régimen patrimonial, medidas cautelares, incidentes, etc.). El nuevo compendio legislativo reordena los institutos y condensa varias cuestiones de orden procesal en la porción final del Libro II (arts. 705 a 723), estableciendo disposiciones generales vinculadas con los principios aplicables, las acciones de estado, las reglas de competencia y las medidas provisionales relativas a la atribución de la vivienda, el establecimiento de una renta, entrega de elementos personales, alimentos y cuidado de los hijos, y también asistencia para alguno de los cónyuges, así como medidas de seguridad respecto de los bienes. La introducción de la figura de la compensación económica (art. 441) plasma una clara muestra de la perspectiva de género con que la modificación legislativa fue encarada. Es deseable que la misma sea incluida en el convenio regulador, pero si así no ocurriese, será fijada por el juez conforme las pautas del art. 442. La relativa a la atribución de la vivienda (arts. 443 y 444) importa introducir en el derecho infraconstitucional el reconocimiento de un derecho humano, en especial respecto de los vulnerables. En cuanto a los alimentos, al desaparecer el divorcio causado como fuente para los que pudiesen reclamarse post divorcio, los mismos se limitan a tres supuestos: 1) convenidos por las partes, 2) enfermedad preexistente y grave que impida el sustento y 3) extrema necesidad. Se limitarán siempre a la cantidad de años que duró el matrimonio y no pueden ser acumulados a la compensación económica.

III. Cierre

Desde la óptica constitucional, matrimonio y divorcio son el anverso y el reverso de una misma moneda cuyo canto -adherencia entre ambas caras- lo constituye el ejercicio de la libertad de la pareja respecto del proyecto de vida en común que eligieron compartir -consentimiento matrimonial- y luego interrumpir -demanda individual o conjunta de divorcio-.

Fue necesaria la coordinación de los dos extremos - matrimonio y divorcio- para dotar de coherencia al sistema todo, y eso conllevó la desaparición de algunos deberes personales y la conservación del deber alimentario con su fundamento de solidaridad. No obstante, durante el trámite legislativo se dio cabida a la postura doctrinaria que sostuvo la necesidad del mantenimiento del compromiso de convivencia aun cuando en el ejercicio de su autonomía los cónyuges acuerden que no constituye un deber mutuo[8]. Lo cierto es que, pese a esa modificación, en los hechos el deber de convivencia correrá la misma suerte que el deber moral de fidelidad, pues el incumplimiento no trae aparejada sanción civil entre los cónyuges ya que lo relevante sigue siendo el compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común aunque sí podrá funcionar por ejemplo, como elemento para la determinación de la filiación (art. 566) salvo la situación especial de la separación de hecho que se regula en el art. 567.

El impacto de la reforma constitucional de 1994 tuvo connotación particular en el derecho familiar, importando un retroceso de la injerencia estatal en las conductas individuales comprendidas en la regla 19 de la Constitución y un mayor reconocimiento de la libertad individual en la adopción de decisiones vitales vinculadas con el ejercicio de derechos personalísimos o en cuestiones patrimoniales que no pueden ser parte del interés estatal, como las convenciones matrimoniales o el tipo de régimen patrimonial que elijan los consortes. El derecho regula las relaciones interpersonales estableciendo normas que emergen del consenso mayoritario, siendo deseable que la resolución de la tensión -de carácter permanente- entre orden público y autonomía de la voluntad halle su equilibrio. Un equilibrio caótico, donde los matices de la vida cotidiana deberán tener cabida para cumplir con el fin social que demarca el Preámbulo constitucional: afianzar la justicia.

Referencias Bibliográficas:

- (1) Se atribuye al escritor James Gleick la frase *"si agita boy, con su aleteo, el aire de Pekín, una mariposa puede modificar los sistemas climáticos de Nueva York el mes que viene"*, que condensa la idea de la teoría.
- (2) Así como la "v" no está emparentada con el concepto de "divorcio", el concepto de persona, familia, hijo, hombre, mujer, etc., que tenga cada argentino no determina su regulación jurídica para toda una sociedad.
- (3) CSJN, Fallos 308:2268, *"Sejean, Juan B. c/ Saks de Sejean, Ana M."*, del 27/11/86 donde se planteó la inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2393 de matrimonio civil que excluía la disolución del vínculo conyugal. La Corte ingresa al análisis de la protección constitucional de la dignidad humana y al deber estatal de su reconocimiento y garantía de goce tal que pueda conducir a la realización personal. Señala que el derecho de casarse se agotaría normalmente con un solo ejercicio, que el control de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales, la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones o descubre aspectos no contemplados antes, siendo inoponible el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de otra manera, para finalmente tachar de inconstitucional a la norma objetada.
- (4) Cám de Apel en lo Civ y Com de Mar del Plata, Sala 3ª, 23/04/2013, en elDial.com - Trib Col Fam N° 5, Rosario, *"M. D. G. c. G. F. A."*, 14/11/06, LLLitoral, 2007 (febrero), 110 - Trib Col Fam N° 2, Mar del Plata, *"M., M. G."*, 03/09/2008, Abeledo-Perrot, N° 70055102 - Juzg Fam Bariloche, Río Negro, *"A., M. E. c. R. M. s/ presentación conjunta"*, 26/02/13, El Dial, 13/03/2013, elDial AA7D0E.
- (5) Estas expresiones evidencian la incomodidad que les genera el caos -al que entienden como desorden y no como pautas de convivencia con la diversidad- pero también, una preocupante displicencia por el dolor que genera la frustración de no haber podido desarrollar un proyecto común. Los ciudadanos continúan contrayendo matrimonio, y no lo hacen ni lo harán con el fin de divorciarse. Y si ese es fuera resultado final, las investigaciones y la experiencia en la materia indican que entre la decisión de disolver el

vínculo y la demanda para lograrlo se atraviesan -individualmente y a nivel pareja o familia- estadios y etapas personales y no dimensionables temporalmente. Mucho menos juzgables por terceros.

(6) Debe incluir la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, las cuestiones referidas al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria. Se podrán proponer otras cuestiones de interés de los cónyuges (art. 439).

(7) Art. 437. Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a pedido de ambos o de uno solo de los cónyuges.

(8) El art. 431 del Proyecto disponía: *"Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca."* El texto sancionado reza: *"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".*

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 615

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014
[Consultado el: 07/10/2021]

CAPÍTULO 4

Juicio de adopción

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

1. Nota preliminar. La importancia del juicio de adopción como proceso de emplazamiento filial

El lazo jurídico que nace a partir de la descendencia puede tener lugar por vía de la naturaleza, de las técnicas de reproducción humana asistida y de la adopción (conf. art. 558). Sobre la base de este reconocimiento legal, se sostiene que el sistema de filiación así diseñado tiene tres fuentes: la biología, la voluntad procreacional y la voluntad jurídica (1). Más allá de sus distinciones, lo cierto es que la reproducción médicamente asistida tiene un punto de contacto con la filiación adoptiva, el cual no siempre está presente en la fecundación tradicional a partir del acto sexual: la voluntad de los adultos de tener un hijo.

La procreación es *un hecho* que produce consecuencias jurídicas, mientras que la adopción es un *acto jurídico*, pues se necesita de una sentencia recaída en un proceso llevado a cabo en cumplimiento de todas las reglas procesales y el respeto de las garantías constitucionales. Y ambas se distinguen de la reproducción humana asistida, que necesariamente debe conformar una tercera fuente filiatoria por resultar un *ensamble* del acto jurídico de quien presta su consentimiento para el acto médico expresando la voluntad gestacional, y el hecho de la concepción, dos planos que son jurídicamente distintos.

Puestos a hallar los vértices o los lados en que los sistemas coinciden, en un primer nivel de análisis puede sostenerse que en los tres tipos filiales (por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción), el consentimiento aparecería como el factor común, pues desde un punto de vista, es el deseo del hijo lo que motiva la procreación y aun la adopción. A poco de profundizar -segundo nivel del razonamiento- aparecen los conflictos con la maternidad o la paternidad, signados por la cultura y el devenir vital, como pueden ser los embarazos adolescentes, los no buscados, los producidos por violación, los llevados a cabo por presiones sociales, etcétera, donde el ámbito de libertad se reduce fuertemente por los condicionamientos externos. Esto nos lleva a que sea posible admitir un tercer nivel donde varios de los factores sociales condicionantes de la voluntad de la persona coexisten y obstaculizan la posibilidad de elegir libremente concebir un hijo, no obstante lo cual, el embarazo igual se produce, tal el caso de una joven víctima de violación intrafamiliar perteneciente a una familia con carencias estructurales de diversa índole. En el último de los supuestos, es posible afirmar que no ha existido deseo de hijo, ni mucho menos voluntad procreacional (2).

Claramente, la adopción aparecería en los casos que quedan comprendidos en la segunda o incluso en la tercera de las categorías en que consideramos la posibilidad de desplegar la libertad reproductiva, es decir, aquellas en que aparecen condicionamientos

externos vinculados con la procreación, muchas veces invisibilizados, pero que integran el proceso adoptivo desde sus albores; o en los complejos supuestos en que las omisiones estatales o los condicionamientos morales obligan a la niña, adolescente o mujer a llevar adelante un embarazo forzado. Dicho esto, resulta imposible avanzar sin considerar el peso específico del campo social y su estrecha relación con la adopción como institución, en tanto constituye otra de las muchas manifestaciones culturales con directa incidencia en el derecho a la identidad de las personas involucradas.

Brevemente, ha sido expuesta una problemática humana, de etiología multicausal y diversificación de resultados, que no comienza con una entrega, desprendimiento, otorgamiento, facilitación, o cualquier otro sinónimo con que pudiese denominarse el momento crucial en que la persona menor de edad es incluida con visos de ser definitivo en un grupo familiar distinto al de origen(3).

2. Breve reseña de antecedentes normativos. Ajustes en el sistema

La postura del Codificador originario de no regular la adopción fue sostenida hasta el año 1948 en que se sanciona la ley 13.252 y por primera vez se establecen las pautas procedimentales que dan lugar a la filiación adoptiva, luego reformuladas por las leyes 19.134 y 24.779. Esta última normativa es sancionada ya incorporada la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a la Carta Fundacional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional de 1994), y en lo que respecta al procedimiento para la adopción, introdujo importantes modificaciones. Además de ser la que dispone (art. 1°) la incorporación de la institución adoptiva al cuerpo del Código Civil, ya que hasta ese momento se regía por leyes especiales (4).

Durante la ausencia de una normativa específica, la sociedad no negaba el ahijamiento sin vínculo biológico. El ejercicio de la paternidad o la maternidad, desde el punto de vista del desarrollo del rol, se producía como consecuencia de formas tales como el

madrinazgo, el acompañamiento en el crecimiento bajo la forma de "*hijos de crianza*", o aun las guardas de hecho. Todas estas manifestaciones espontáneas de acceso de la niñez sin posibilidad de cuidados adecuados de sus padres biológicos a una forma de vida familiar alternativa a la de origen no gozaban de reconocimiento por el mundo jurídico. Los adultos que carecían de la posibilidad biológica de procrear recurrían también a la inscripción como propios de niños que eran obtenidos de diversas formas, las cuales en muchas ocasiones incluían la comisión de delitos.

De tal modo, no es sino hasta sancionarse el nuevo Código que se procede a definir expresamente la adopción en los términos en que se lo hace en el artículo 594.

La idea de definir esta fuente de filiación obedeció a que se trata de un tema de gran sensibilidad social, y establecer un concepto determinado, sin lugar a dudas, sitúa y posiciona de una manera, demarca a un instituto sobre el que se han desplegado las más diversas perspectivas, y en ocasiones, apelando a idénticos términos jurídicos que revisten carácter de conceptos abiertos, arribando a resultados opuestos ante hechos similares. Por otro lado, en el ámbito regional, existen varias legislaciones que adoptan idéntica postura, definiendo la adopción en el texto regulatorio.

A partir del concepto legal, es posible sostener que: a) estamos ante una construcción social que el Derecho recepta como institución jurídica, y que genera vínculo filial; b) se refuerza como objeto de la adopción el derecho del niño a vivir en una familia, que deberá proporcionar la cobertura de sus necesidades afectivas y también las materiales, sin por ello soslayar que en ocasiones, pero no indefectiblemente, se satisface el deseo de un hijo de personas imposibilitadas de procrear; c) este tipo filial es subsidiario del de origen, trátese del núcleo familiar (padre y/o madre) como del extendido. Finalmente, y en consonancia con la idea de que es una creación de la cultura plasmada en la regulación legal, se dispone que

el acto constitutivo del que se deriva el vínculo es la sentencia judicial, dictada luego de un procedimiento determinado por la ley.

La anterior normativa, introducida por la ley 24.779, respetó el texto de su precedente, ley 19.134, disponiendo ambas que la acción debía interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante, que coincidía con el del menor en razón de la guarda, o ante el mismo juez o tribunal que discernió la guarda o comprobó el abandono. La opción estaba diagramada de tal modo que la elección la tenían los pretendidos adoptantes en función de su propio domicilio, si éste estaba fijado en otro lugar distinto al del niño. El seguimiento de la guarda con fines de adopción se veía dificultado, y en muchas ocasiones los pretendidos iniciaban el trámite de la adopción sin concluir la etapa fijada como período de guarda preadoptiva, siendo el seguimiento del ensamble familiar a cargo del juez del domicilio de ellos, y no aquel que había trabajado la situación de agotamiento de las medidas tendientes a la crianza en la familia de origen.

Queremos señalar finalmente que, aun cuando nos refiramos al *“juicio de adopción”*, no puede perderse de vista que el inicio del proceso comenzó mucho antes de la gestación de ese nuevo ser humano, y no se agotará con la sentencia que, en definitiva, pueda reconocer el vínculo jurídico adoptivo, pues al involucrar el derecho a la identidad (5) desborda cualquier procedimiento judicial para convertirse en proceso vital. El llamado *“juicio de adopción”* lo es en un sentido técnico jurídico, pero en rigor, estaremos ante un determinado procedimiento que constituye una porción -necesaria y obligatoria- para este tipo de emplazamiento filiatorio, pero en modo alguno lo abarca.

3. La adopción como proceso

En párrafos anteriores fueron delineadas de manera harto concisa algunas de las diversas cuestiones que se enlazan con la procreación, el nacimiento y el eventual desprendimiento de la crianza de un ser humano por parte de la familia de origen.(6)

En lo que hace al aspecto legal, culminado el procedimiento por el cual se determinó la situación de adoptabilidad, y vencido el plazo por el que se confirió la guarda con fines de adopción, queda habilitada para los guardadores la siguiente etapa. Continuando con la línea trazada respecto de sostener que la adopción no empieza ni termina en el ámbito judicial, cabe poner de resalto que en el denominado proceso de adopción, lo que se valora y analiza es la adaptación afectiva entre niño, niña o adolescente y los guardadores (7), sin que la guarda detentada hasta ese entonces pueda generar más alcance que lo que ella misma implica.(8)

Recordemos que la doctrina señala que la guarda presupone “*una actividad de custodia, defensa o conservación de la persona del menor*”(9), que puede ser categorizada como: a) originaria; b) derivada; c) delegada, o d) de hecho, según sea la que corresponda a los padres como parte del ejercicio de la responsabilidad parental, al tutor en reemplazo de aquéllos, a terceros cuando se fragmenta de la que ejercen los padres, o que se ejercita por propia autoridad, respectivamente(10). Medina, por su parte, señala que la “*guarda*” tiene tres significados distintos: a) el acto por el cual se entrega la custodia de un niño; b) el estado que para las partes deriva de ese acto, y c) entendida como proceso.

Como se dijo respecto a la guarda con fines de adopción, en la actualidad, la distinción que efectuaba la autora citada señalando un doble sentido: como proceso en el que los futuros adoptantes solicitaban la guarda y como estado del menor (11), ha perdido virtualidad. Ello en razón de que en el sistema vigente (12) la actividad administrativa y jurisdiccional se orienta a la protección del derecho a la convivencia familiar con prioridad del grupo primario o de origen en consonancia con las pautas que establece la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 5°, 7°, 8°, 9°, 18, 20), desapareciendo en el aspecto procesal la guarda como proceso. En su lugar, se desarrolla un procedimiento que analiza si el niño, niña o adolescente se encuentra con sus derechos vulnerados, y sobre ellos se trabaja, para concluir, eventualmente, en la situación de adoptabilidad

(arts. 607 a 614). Durante este proceso, deberán aplicarse respecto de todos los involucrados las garantías de defensa en juicio, y exigirse la restitución de los derechos, pero agotadas las posibilidades, el juez tiene el deber de decidir de manera inmediata, mediante el discernimiento de la guarda para la adopción (art. 612). Si bien entre la sentencia que declara la condición de ingresar en la adopción y el acto de discernimiento de la guarda puede transcurrir un lapso breve de tiempo, y que la redacción del artículo 609, inciso c, podría inducir a confusión, cuando se refiere al proceso de guarda, ello no importa considerar que estamos ante un nuevo juicio, sino que, en rigor, el “*proceso*” es el que da comienzo al “*ahijamiento*”, a la construcción de los vínculos que permitan ulteriormente la adopción.

El artículo 609, en su inciso c, establece que en la misma sentencia que define la situación de adoptabilidad, el juzgador deberá requerir los legajos de las personas inscriptas para adoptar, que serán remitidos antes de los diez días, mientras que el artículo 612 señala que la guarda con fines de adopción debe ser discernida inmediatamente de dictada la sentencia. De ello se sigue la conveniencia de declarar simultáneamente la situación de adoptabilidad y la necesidad de ser provista una guarda para futura adopción, difiriendo únicamente el discernimiento en personas determinadas para el momento en que ambas partes (pretenso adoptantes y pretenso adoptado) sean oídas. Nada obsta a que todos los actos se concentren en una única audiencia donde se complete el procedimiento, y en la cual se dicte el acto jurídico que establece el artículo 614, mientras que aquellos que fueran necesarios para contar con todos los elementos (la remisión de los legajos, la opinión de organismos administrativos, algún informe actualizado o complementario que fuese necesario acerca de los propuestos, incluso la vista al Ministerio Pupilar) podrían llevarse a cabo en ese plazo máximo de diez días. Creemos firmemente que el principio rector debe ser la celeridad, traducida en prioridad de tratamiento por parte de todos los funcionarios intervinientes, fundamentalmente en razón de que no debe perderse de vista que lo que se intenta es la recuperación del derecho a la convivencia familiar -ahora en grupo

familiar alternativo al biológico-, y que su privación genera dolor y secuelas difíciles de remontar. De ese modo, podrá el juzgador establecer plazos menores para aquellos actos previos que fuesen necesarios, y fijar la audiencia en un término de diez días, lo que será anoticiado a los organismos administrativos a fin de que, antes del mismo, den cumplimiento a la norma.

Sin dudas que el funcionamiento de este sistema dependerá de un trabajo completo y respetuoso de todos los involucrados en la primera etapa, con el agotamiento de todas las medidas posibles para la permanencia del niño en la familia biológica o ampliada. Pero, si fuera el caso que fracasara y debiera discernirse la guarda para la adopción, es imprescindible que se sostengan elevados estándares de calidad en la evaluación de los inscriptos para padres adoptivos, así como el apoyo necesario para el desarrollo del rol.

En lo que hace a la guarda preadoptiva, importa para los adultos a quienes se les delega la posibilidad de adoptar las decisiones vinculadas con el ejercicio cotidiano y pleno de los derechos que titulariza el niño, lo cual incluye acceso a la alimentación, vivienda, educación, cultura, recreación, salud, en términos de cuidado personal del niño, niña o adolescente. Técnicamente, les es conferida por una sentencia que tiene calidad de cosa juzgada formal, pues se supedita al logro del fin propuesto: el ensamble socioafectivo de pretensos adoptantes y niño.

Una vez transcurrido el período para la mutua adaptación que la nueva legislación ha fijado en un plazo determinable por los magistrados, y que no puede ser superior a seis meses (conf. art. 614), procede la interposición de la demanda requiriendo la adopción.

Cabe efectuar dos salvedades. En primer lugar, que no debe perderse de vista la consideración del ensamble que se realizó entre el sistema de protección integral de derechos de la infancia destinado a restituir los derechos vulnerados, respetando el de permanecer en la familia de origen, y el consiguiente agotamiento de las medidas

excepcionales para dar lugar a la declaración de situación de adoptabilidad, con la clara misión de abreviar las consecuencias negativas que la mora en la decisión judicial acarrea a los derechos de los principales sujetos de atención y cuidado(13).

En segundo lugar, que conscientes de las dificultades que acarreó la implementación de un sistema donde se pusieron en valor las garantías constitucionales de todos los involucrados, y de la persistencia de algunos inconvenientes a la fecha de la sanción del Código, quienes formularon el texto vigente establecieron determinadas pautas a aplicar en todo el territorio nacional. Justamente, esa decisión legislativa obedeció a que la jurisprudencia mostraba las dudas, paradojas, desinteligencias y aun interpretaciones contradictorias, consecuencia del nunca acabado cambio de un modelo legislativo (el de la consideración de la persona menor de edad como objeto disponible por los adultos) a otro (que lo visualiza y trata como sujeto pleno de derechos, con ejercicio progresivo de su autonomía y capacidad). Aquel fenómeno, que se mostró como el punto débil del éxito del sistema, fue descrito en los siguientes términos: *“El paradigma de la ambigüedad se encuentra muy bien representado por aquellos que, rechazando de plano el paradigma de la situación irregular, no consiguen acompañar –tal vez por la disminución de las prácticas discrecionales y paternalistas en el trato con los niños- las transformaciones reales y potenciales que se deducen de la aplicación consecuyente del paradigma de la protección integral, que considera al niño y al adolescente un sujeto de derechos, y no menos, de responsabilidades”* (14).

3.1 Principios, reglas procesales y Derecho sustancial

En la actualidad, el Código Civil y Comercial dedica el Título VI del Libro Segundo a tratar la adopción. Desarrollada a lo largo de seis capítulos, la regulación comprende el lapso que transcurre desde la toma de conocimiento de la existencia de dificultades en la familia de origen por la autoridad administrativa, para aplicar las medidas de protección de derechos adecuadas a la situación, hasta la conclusión de la filiación por adopción, sus efectos y consecuencias. El artículo

609 se encarga de establecer reglas de procedimiento para los supuestos allí enumerados por los cuales un niño, niña o adolescente puede ser declarado en situación de adoptabilidad, entre las que fija la competencia del órgano judicial(15) al que se le solicitó el control de legalidad de la medida excepcional. A ese mismo le corresponderá, en su caso, discernir de manera inmediata la guarda con fines de adopción, cumplidos los pasos previstos tendientes a agotar las medidas destinadas al ejercicio del derecho a la convivencia familiar, en la medida de lo posible en la familia de origen (art. 612). Como veremos, en principio, será también ese órgano quien se expida respecto de la adopción.

Como fuera enunciado en los Fundamentos del Anteproyecto que ha dado origen a este nuevo Código Civil y Comercial, se ha relacionado la legislación civil con las normas existentes, y como consecuencia de la constitucionalización del Derecho Privado, hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes (16). Quienes formularon el actual compendio legal en este tema conocían la interacción entre el sistema administrativo de protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes y la adopción, y con independencia de los regímenes procesales de cada Estado provincial, tratándose de derechos humanos de las personas menores de edad, es innegable que el tema de competencia en materia adoptiva integra dicho orden público.

La jurisprudencia muestra una innumerable cantidad de supuestos en los que la vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes que ingresan al sistema judicial, vía medidas de protección de derechos, culmina con la sustitución de sus emplazamientos adoptivos. De manera especial, se visualiza este nexo, y como consecuencia es regulado para su aplicación uniforme en todo el país, a partir de un procedimiento sujeto a plazos determinados con intervención en calidad de parte del organismo administrativo.

El diseño de esta porción del Derecho Privado se sujeta con rigurosidad al sistema de derechos humanos, tanto en lo que hace al

Derecho sustantivo como al adjetivo, ya que al uniformar algunos procedimientos se reduce la posibilidad de discrecionalidad. De este modo, en supuestos de progenitores con dificultades de crianza que ven limitada su libertad de intimidad familiar con disposiciones estatales que se traducen en injerencias en su desempeño como padres (que en nuestro Derecho interno pueden ulteriormente dar lugar a declaraciones de situación de adoptabilidad), las reglas procesales se fijan muy claramente, respetando los derechos de todos los involucrados. Nótese que, no obstante, no se avanza ni sobre las formas organizativas de los tribunales o juzgados unipersonales (cuestión de íntima relación con las reglas de competencia), ni tampoco respecto de los recursos, que dependen también de cómo se haya organizado la jurisdicción en la materia.

El método empleado para la regulación de esta fuente filiatoria impone tomar en consideración en cada intervención jurídica los principios consagrados al inicio del Título VI, en el artículo 595(17).

Los principios son mandatos de optimización, directivas tendientes a corregir determinadas situaciones, o dotar de coherencia a sistemas específicos. Ronald Dworkin distinguió entre principios y directrices políticas, y sostuvo que aquéllos son estándares que han de ser observados por ser una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad; mientras que las directrices políticas - *policies*- son estándares que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad (18). En este sentido, el Código Civil y Comercial se ocupa de establecer, al inicio de cada capítulo, el sistema de principios que regirá, al margen de que la codificación completa fue realizada a la luz de un sistema determinado de principios constitucionales/internacionales. En definitiva, los principios no sólo son inspiradores para la regulación en sí, sino también para la resolución de todos los conflictos que se presenten, estén o no expresamente previstos por el legislador.

En ese contexto, se explica también la norma en comentario, puesto que la variación respecto del sistema derogado optando ahora por el centro de vida para la determinación de la competencia en materia adoptiva tiene sustento en los principios establecidos en el artículo 595, incisos a, y b (interés superior del niño y respeto por el derecho a la identidad).

No compartimos las posturas que sostienen que es el principio de inmediación el que campea en el fundamento de atribución de competencia para la adopción introducido con la reforma, puesto que el contacto directo con el juez es una garantía que debe ser provista sea cual fuere el órgano competente. Y ése será determinado según cuál sea el centro de vida, pudiendo no coincidir con el que dispuso la guarda con fines de adopción, si el posible desplazamiento de la competencia se consideró en esa ocasión. Así, si bien la noción de centro de vida supone facilitar que el niño acceda a la administración de justicia, dando prioridad a la proximidad permanente del juez con el niño para determinar la competencia de los tribunales en los casos en que sus derechos están en discusión⁽¹⁹⁾, tales premisas no pueden ser aplicadas para el juicio de adopción, pues el centro de vida implica un concepto que desborda el domicilio o la residencia habitual.

En rigor, la norma pudo pensarse de ese modo para los casos de niños muy pequeños, en que su identidad dinámica es incipiente, pero ciertamente resulta de difícil andamiaje para los pretensos adoptivos de más edad. No es novedad que un Código sustantivo contenga reglas procedimentales en materia de Derecho familiar ⁽²⁰⁾ a pesar de que la regulación del ámbito procesal hace a la esfera de los Estados provinciales.

Se trata de una facultad reservada para las provincias (arts. 5º, 7º, 67.12, 121, CN), mas esa atribución puede ser asumida en algunos aspectos para ser aplicada uniformemente en todo el país, en función de los derechos que con ella se efectivizan. En otras palabras, las normas procesales contenidas en el Código Civil y Comercial se

establecen para profundizar y mejorar, ante la obligada mirada constitucional que se introduce en el Derecho argentino con rango superior a las leyes o directamente en la jerarquía legal suprema (conf. arts. 33 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, doctrina y jurisprudencia sobre control de convencionalidad), la efectividad de los derechos subjetivos familiares.

Esto ha llevado a la doctrina a sostener que el poder de las provincias no es absoluto, pues tampoco cabe desconocer las facultades del Congreso para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los Códigos de fondo y existe un vasto sector de normas procesales cuya sanción no podía reconocerse a cada una de las provincias sin riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado Derecho sustancial o material (21).

También expidieron sobre ese punto muchos tribunales de nuestro país, por haberse cuestionado la constitucionalidad de los preceptos procesales contenidos en los Códigos de fondo (22).

Si, como vimos, la adopción es un proceso que involucra algo más que un determinado procedimiento, pues se enlaza íntimamente con la identidad personal y los derechos involucrados en la vida familiar, es dable aceptar que exista una normativa procesal uniforme para regir en todo el territorio. Dentro de esa idea, también lo es que el Código contemple la regla que ha de regir la determinación de la competencia en un juicio de adopción.

3.2 Órgano competente en el juicio de adopción

Si bien el Capítulo 4 del Título VI persiste en la denominación "*juicio de adopción*", ello no importa la existencia de un litigio en el cual se pongan a consideración derechos controversiales. Por expresa disposición legal (segundo párrafo del art. 594), esta forma de

emplazamiento filial requiere de una sentencia judicial que así lo disponga y a ello obedece la denominación prevista.

La jurisdicción y la competencia son términos con los que se define la actividad estatal que se integran y complementan. Funcionan en una relación de género-especie, en la que la primera es entendida como el poder genérico de administrar justicia⁽²³⁾ dentro de los poderes y atribuciones de la soberanía del Estado, mientras que la competencia importa el modo o manera como se ejerce esa jurisdicción, una medida de ella, la cual se distribuye conforme la materia, cuantía, grado, turno o territorio, conforme necesidades de orden práctico. Por eso se insiste que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen la misma competencia.

Como bien se ha sostenido, la idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica: existe como medio para lograr un fin, que es asegurar la efectividad del derecho. Los conflictos nacen tanto de la falta de adecuación de la conducta de los sujetos a lo previsto por las normas, como cuando existe una situación de incertidumbre que en sí misma es conflictiva, o por ser necesario ejercer una función preventiva que evite la frustración de un derecho, impedir un ilícito o que se produzca un perjuicio irreparable (medidas autosatisfactivas, o las que se adoptan en situaciones de violencia familiar). Finalmente, también se prevé la intervención del órgano estatal en supuestos de interés social, aun cuando las propias partes hayan aunado sus voluntades (ejemplos de ellos son las homologaciones de acuerdos, las determinaciones de la capacidad jurídica, etc.)(²⁴).

La competencia resulta de la aptitud legal de ejercitar la función que otorga la jurisdicción respecto de un asunto determinado, básicamente, como necesidad de distribuir el trabajo, dotando de especialización a quienes ejercen la tarea de juzgar. Sus caracteres principales son la improrrogabilidad y la indelegabilidad pues está incluida dentro de las pautas de orden público en tanto atributo del Estado (así lo establecen los arts. 1º y 3º, Código Procesal Civil y

Comercial de la Nación y sus concordantes provinciales). De ello se sigue que la disponibilidad por los particulares reviste carácter de excepcional, y por lo tanto, así deberá estar previsto en la ley.

Desde el punto de vista procesal, es sabido que uno de los principios que rigen los procesos civiles, y que en los relativos a las relaciones de familia observa una especial consideración, es el principio de la *perpetuado iurisdictionis*, que tiende a que el mismo juez que intervino previamente continúe haciéndolo en un proceso que tiene cierta “*conexidad*” con el anterior.

A diferencia de lo normado en las Leyes de Adopción 19.134(26) y 24.779(27) en que con idéntica fórmula se atribuía la competencia para entender en el procedimiento adoptivo al juez del domicilio de los futuros padres, o a aquel en que se hubiese otorgado la guarda para el emplazamiento filial, se innova respecto de las circunstancias que deberán atenderse a los efectos de determinar el órgano que se expedirá. La misma tónica se siguió en el Proyecto de 1998, que ha servido de base a la unificación (28).

En la actualidad, si bien se mantiene en cabeza de los peticionantes de la adopción la posibilidad de elección del órgano competente, se produce un cambio sustancial respecto de cuál será la circunstancia dirimente a considerar.

En las reglas derogadas se asignaba competencia en función del desdoblamiento en dos procesos distintos (la guarda preadoptiva y la adopción propiamente dicha); en el primero se tomaba en consideración el domicilio del menor de edad o aquel en que su abandono se comprobaba. En la etapa ulterior se permitía a los pretendidos adoptantes la opción en función de su propio domicilio o de aquel en que se hubiese otorgado la guarda preadoptiva. Conforme ha sostenido alguna jurisprudencia, la justificación de esa disposición legal se hallaba en la índole de la petición, pues la adopción aparecía como conveniente ya cumplidos debidamente los pasos previos,

esclarecidos los derechos del niño frente a los de su familia de origen (29).

Pero la disposición era fuertemente criticada por la doctrina con sólidos argumentos, principalmente, el caso se sustraía del juez que otorgó la guarda, que era quien había valorado, con el asesoramiento del gabinete técnico, todos los elementos probatorios y antecedentes que lo llevaron a expedirse favorablemente sobre la guarda (30). Desde otro lugar, también era importante el mantenimiento de la competencia ante la presencia de hermanos u otros miembros relevantes de la familia ampliada, respecto de los cuales pudiese tener influencia la sentencia. No olvidemos que en un país tan extenso como el nuestro donde existen provincias que proveen niños en adopción en mucha mayor cantidad que otras, se produce un fenómeno especial de desarraigo del niño, que el Derecho incluso alentaba a partir de normas como la derogada.

Estas y otras cuestiones que luego se analizan con mayor profundidad más adelante, han llevado a la reformulación de las reglas, estableciéndose como principio la intervención del mismo órgano, y como excepción -prevista y sujeta a la opción que realicen los adoptantes- el desplazamiento de la competencia hacia donde el niño tenga su centro de vida.

A fin de dilucidar cuestiones de competencia, se ha sostenido inveteradamente por el tribunal cimero que debe estarse, en primer término, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda y después, y sólo en la medida en que se adecúe a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de su pedido (31).

Esta doctrina judicial, trasladada al Derecho familiar vinculado con la infancia, tiene su correlato en la noción de "*centro de vida*" en la que se asienta la legislación reformada, y sobre la que volveremos, pues básicamente el punto de conexión introducido tiene sustento en la situación táctica.

3.3 El aporte de la jurisprudencia

Al compulsar algunos precedentes se observa que, en general, los conflictos de competencia que se suscitan en los procesos de adopción son motivados por el desprendimiento que los magistrados intervinientes intentan en alguna de las distintas etapas que conlleva la adopción. Mayormente, aparecen entre la declaración de la situación de adoptabilidad y la guarda -preadoptiva, en el sistema derogado-, y generalmente insumen preocupantes períodos de tiempo que juegan a favor de quien detenta el cuidado material de la persona menor de edad. En las ocasiones en que la Corte ha debido avocarse a dirimir este tipo de conflictos (en supuestos de jueces con competencia material coincidente pero territorial distinta, y para los cuales aquélla constituye el órgano común)(32), en especial en los últimos tiempos, se ha instado a los tribunales inferiores a evitar la reiteración de esas prolongaciones temporales, señalando lo que debiera ser evidente: que de ese modo nadie puede sostener que el servicio de justicia es tal.

En la resolución de un conflicto de competencia negativa suscitado entre magistrados de dos Estados provinciales, en fecha 28 de mayo de 2008 (33), la Corte, luego de citar antecedentes propios relacionados con la internación de personas con padecimientos psíquicos (34), en función de que el caso se vinculaba con un menor de edad que presentaba un cuadro de enfermedad mental, expuso que *"...la cuestión debatida en el caso de autos es análoga, en lo sustancial, a las decisiones de Fallos'. 324:2486, 2487 y 325:339, en donde este tribunal sostuvo que corresponde al juez de la jurisdicción territorial donde se encuentran residiendo efectivamente los menores conocer en las actuaciones sobre protección de personas (art. 235 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 90, inc. 6o del Código Civil) ya que la eficiencia de la actividad tutelar, toma aconsejable una mayor inmediatez del juez de la causa con la situación de éstos"*. Idéntico criterio fue el sustentado en otro conflicto negativo, producido entre magistrados de dos provincias argentinas, una del domicilio de la progenitora, otra de la de quienes detentaban la guarda preadoptiva (35).

Las disputas jurisdiccionales en razón de la interpretación de las reglas de competencia provocan dictámenes del Ministerio Público -que carga constitucionalmente con la función de custodiar todo aquello vinculado con el orden público- de gran riqueza desde el punto de vista jurídico. El emitido por la procuradora general de la Nación el 15 de noviembre de 2007 en el expediente “*González, Oscar Hipólito y Arguello, Sara Beatriz c/ Salinas, María Ester s/ Guarda con fines de adopción*” es uno de ellos.

Allí se reseñó la postura del máximo órgano jurisdiccional del país, a la par que se reforzó la senda que se fue abriendo paso, al señalar: *“En oportunidad de resolver actuaciones cuyo objeto atañe al interés de menores [V. E.], ha otorgado primacía al lugar donde éstos viven efectivamente, ya que consideró que la eficiencia de la actividad tutelar, toma aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los mismos (conf. Fallos: 314:1196; 315:431; 321:203; 329:3839, entre muchos otros). Es más, también se ha privilegiado en resguardo de la protección de incapaces el lugar de su internación sobre el principio de radicación (v. sentencia del 27 de diciembre de 2005, CS Comp. 1524, L. XLI, ‘Cano, Miguel Ángel s/ Insania’ y, más recientemente en CS Comp. 194, L. XLIII, ‘Aristegui, María Alejandra s/ Insania y curatela’ del 25 de septiembre de 2007). Esta solución, considero contribuye a una mejor protección a los intereses del niño, ya que favorece un contacto directo y personal con el órgano judicial, y a una mayor concentración y celeridad en las medidas que deban tomarse en beneficio del incapaz”*. A su turno, y en el mismo caso, el defensor ante la Corte, citando los Principios de Salud Mental de Naciones Unidas de 1991, jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y el pronunciamiento del tribunal supremo del país en los autos “*R., M. J. s/ Insania*”, Competencia N° 1195.XLII del 19 de febrero de 2008, adhirió al dictamen fiscal.

Aunque en menor cantidad, también se conocen conflictos de competencia positiva, donde dos jueces pueden reclamar para sí la tramitación del caso. Bajo fórmula similar a la seguida por la Corte nacional, un Superior Tribunal de provincia en el año 2012 dirimió la contienda atendiendo al principio de realidad, tomando muy

especialmente en cuenta la residencia efectiva de los menores de edad cuyos derechos estaban involucrados (36).

La postura asumida advirtió lo inconveniente e ilegítimo de ajustar la cuestión a principios procesales comunes, y escogió atender a la residencia habitual como conexión sociológica válida, distinta del domicilio de neta raigambre normativa. Ponderó también la factibilidad de la inmediatez, lo que facilitaría que se concretaran los derechos establecidos en los incisos a, y b, del artículo 3° de la ley 26.061, sopesando finalmente que resulta usual que las familias muten sus lugares de residencia, cuestión que en el caso concreto no podía ser ignorada en procura de fórmulas dogmáticas.

3.4 Interpretación de las reglas de la competencia en materia de adopción

El Código señala la competencia de órgano unipersonal o colegiado que otorgó la guarda para adopción. Su fundamento reposa en la aplicación del principio conocido como la *perpetuatio iurisdictionis*, que no es más que la prórroga de la competencia en un proceso distinto al que la determinó originariamente, por la estrecha vinculación entre el precedente y el consecuente. Con esta fórmula se busca agilizar el procedimiento y reducir los tiempos, ya que se presupone que el juez o tribunal que previno y confirió la guarda con fines de adopción es quien conoce la historia de vida del sujeto de cuyos derechos se trata: el menor de edad. La consecuencia esperada es evitar la reiteración de actos ya cumplidos, que no suministrarán nuevas pruebas sino que prolongarían inoficiosamente el derrotero procesal; facilitar el acceso a la justicia del menor de edad pues no será lo mismo para el niño expresarse para ser oído o consentir su propia adopción (art. 617, incs b, y d) si conoce al magistrado que si nunca antes fue visto: además de reducir los costos procesales y la exposición de los justiciables a los cambios de criterios de funcionarios a quienes en ocasiones el rigorismo formal ha corroído hasta volverlos indiferentes a lo que la concurrencia a la entrevista con un juez significa.

Conforme el texto legal, entonces, para determinar la competencia en el juicio de adopción deberá tenerse en cuenta que el principio es la continuidad de la intervención del juez o tribunal del domicilio donde se otorgó la guarda con fines adoptivos.

Sin embargo, la misma norma establece que los pretendientes adoptantes podrían requerir el emplazamiento adoptivo ante el juez del lugar donde el niño tenga su centro de vida, aunque en este último supuesto esa circunstancia debió preverse durante la declaración de adoptabilidad y hasta el momento en que la guarda preadoptiva es discernida. No cabe interpretar de otra manera la última oración. Que en definitiva plantea la hipótesis de la movilidad de los pretendientes adoptantes; pero para que esa circunstancia revista carácter de punto de conexión para fijar competencia, es preciso que el desplazamiento se hubiese considerado cuando la guarda fue dispuesta. De otro modo, la intervención del juez o tribunal de la guarda con fines de adopción no podría ser prorrogada, pues el centro de vida estaba necesariamente en la jurisdicción del juez que la discernió.

Ahora bien, se establece que serán los adoptantes quienes optarán entre el juez de la guarda con fines de adopción y el del lugar en que el niño tiene su centro de vida. El tiempo verbal empleado denota actualidad, es decir, será estimada la opción al momento de la interposición de la demanda de adopción. ¿Cómo se explica esta redacción en función de lo señalado anteriormente respecto de la presunción del traslado? Pues nada menos que profundizando sobre el punto de conexión, como lo haremos seguidamente.

4. Recusación

Este instituto que ha sido pensado para asegurar la imparcialidad del juez llamado a intervenir en todo proceso, sea o no contencioso, es también de aplicación en el juicio de adopción, y de ese modo, procede la recusación con y sin expresión de causa, en las oportunidades que indican los artículos 14 y 18 del Código Procesal

Civil y Comercial nacional -y sus concordantes- cualquiera fuera la naturaleza que se le atribuyera al “juicio” de guarda y de adopción (37).

En cuanto a la oportunidad de plantearla, debería ser en la primera ocasión en que accede al juzgado competente, que en el sistema actual será el momento en que se le discierna la guarda con fines de adopción. Para el supuesto de causal sobreviniente que amerite la recusación con causa, deberá ser invocada en el plazo de cinco días de que llegó a su conocimiento.

La posibilidad de recusar con o sin causa en la adopción no puede ser ejercida si se consintió la intervención en la etapa previa, es decir, al momento de ser conferida la guarda para adopción, salvo que la causal sea sobreviniente o que se trate de un órgano distinto, de conformidad con la opción que confiere el artículo siguiente a los adoptantes.

5. Tasa de justicia

A nivel nacional, la ley 23.898 (art. 13) dispone la exención objetiva del canon, y sus homologas provinciales reiteran idéntica postura por tratarse de procedimientos del Derecho familiar carentes de contenido económico, y en estrecha vinculación con el principio de gratuidad que impera en los mismos.

6. El centro de vida como punto de contacto

La fórmula elegida por el legislador proviene de las disposiciones del Derecho interno, pues la ley 26.061 estableció por primera vez a nivel legislativo el concepto de centro de vida (38) como pauta a considerar para determinar el interés superior del niño (39).

Pero también, y en gran parte, se abrevó, del desarrollo jurisprudencial de la Corte nacional que lo considero en función de las normas de Derecho Internacional Privado, especialmente, en lo

relativo a cuestiones vinculadas con la restitución internacional de menores de edad (40).

Antes de la sanción del Código Civil, la ley 26.061 vino a llenar los vacíos legales provocados en aquellos listados provinciales que carecían de leyes de infancia específicas, a la par que intentó profundizar el cambio de mirada de la infancia que inauguró la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al analizar el contenido de la mencionada Ley de Protección Integral, la doctrina señalaba, sin dejar de notar las múltiples normas de carácter procedimental que aparecían en el texto legal, que *“En virtud de su rango federal, la ley 26.061 habrá de ser respetada por todas las provincias como norma de contenidos mínimos, con aplicación en todo el territorio nacional. Es que conforme los incisos 19 y 23 del artículo 75 de la CN, la protección integral de los derechos de los niños resulta competencia del Estado federal. Sin embargo, se ha explicado que por la materia regulada -derechos civiles y sociales de la infancia- el contenido de la ley 20.061 enmarcaría en el llamado “federalismo de concertación”, en virtud del cual y a pesar de la competencia exclusiva en cabeza del órgano federal (conf. art. 75. inc. 12, CN) las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires participan en la aplicación de la ley. Justamente aclara el citado inciso 12, que la aplicación de la ley federal “no debe alterar las jurisdicciones locales”. De tal modo, y como ocurre con todos los contenidos dogmáticos de la CN las provincias pueden maximizar el plexo de derechos, “agregar” un plus superador a nivel provincial, siempre respetando el piso mínimo de la norma federal. En nuestro caso, entonces, la 26.061 configuraría la base a partir de la cual las provincias pueden desarrollar o ampliar la tutela en materia de infancia, sin que esto signifique afectación de facultades federales sino ejercicio de las autonomías provinciales y aplicación local de la ley federal, por órganos provinciales. Por su parte, la ley nacional resultará de aplicación para las provincias que no hayan dictado sus propias normativas. Finalmente ante colisión entre la norma nacional y provinciales, habrá de estar por la hermenéutica que en mejor medida realice el principio pro homine -y en el caso, el principio pro minoris-, con prevalencia de la solución más favorable a la persona, a la postre, menor de edad” (41).*

Incluso, hubo quienes sostuvieron que se estaba frente a una suerte de “*contenidos mínimos aplicables en todo el territorio de la Nación*” (42), o “*piso mínimo legislativo*” (43), dado que sus disposiciones tenían por finalidad la aplicabilidad de la Convención sobre los Derechos del Niño, evitando la responsabilidad internacional derivada del incumplimiento estatal, a la luz de la regla 75.23 de la Constitución Nacional.

En definitiva, es partiendo de la interpretación que realiza el tribunal cimero que el concepto de centro de vida se fue -poco a poco- extendiendo para la resolución de casos de Derecho familiar interno (adopciones, regímenes de cuidado personal, responsabilidad parental, etc.), quedando finalmente incorporado al compendio legal primero en la ley 26.061(44), y ahora en el Código Civil y Comercial.

Se ha dicho que el centro de vida está constituido por un conjunto de sensaciones, sentimientos, vivencias, acerca de las personas, cosas o lugares que permiten una construcción subjetiva. Se traduce en sensación de bienestar, de seguridad, sentido de posesión, sentimiento de anclaje no sólo en el lugar sino en las cosas. Y que para evaluar en el caso concreto el centro de vida, se debe advertir que un lugar determinado, y no otro, junto con su gente, sus olores, sonidos, es vivido como propio, como natural (45).

También es necesario deslindar el concepto de “*centro de vida*” o “*centro de gravedad*” del de “*residencia habitual*”, que se refiere más específicamente al lugar de permanencia, pero puede no coincidir con el espacio gravitante para la persona. Partiendo de esa descripción, se advierte el enlace del concepto con el que la misma norma interna -aunque en su decreto reglamentario- establece en torno a la familia, y bajo el cual engloba no sólo a quienes se vinculan por líneas de parentesco sino también 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*” (46).

En otras palabras, las dos nociones mantienen un estrecho vínculo, aunque sin llegar a su identificación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar la Convención sobre los Derechos del Niño y en referencia al alcance de los lazos afectivos, pero también a la importancia de la conservación de los espacios físicos como puntos de referencia, sostuvo que *“...cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro”* (47).

A esta altura del desarrollo del interés superior del niño como pauta ineludible en la resolución de conflictos que involucran a la infancia, cabe consentir que el mismo es, ante todo, un principio general del Derecho. De ello se sigue que, tanto los órganos judiciales como toda institución estatal, han de aplicarlo *“estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”*(48) . En similar sentido, también se dijo que *“...para precisar la noción de interés superior del niño, su referencia debe proyectarse a futuro, de modo de adoptar aquella decisión que mejor asegure el desarrollo de su personalidad en el marco del reconocimiento de sus derechos fundamentales”*(49). Ésta es una de las razones por las que debe prestarse mucha atención al momento de determinar cuál es el centro de vida de una persona, pues implica mucho más que el lugar de su residencia habitual, y la indiscriminación conceptual puede llegar a provocar la afectación del interés superior del niño(50).

Vamos a ejemplificar para luego llevar la idea al artículo que fija la competencia en virtud de la pauta del “*centro de vida*” y así comprender el alcance dado para la adopción. Para ello puede ser de utilidad referirnos a una sentencia dictada por el Superior Tribunal de Chubut en un caso de solicitud de restitución de una niña de 3 años a España, desde donde era reclamada por su progenitor, alegando que el cuidado era compartido por disposición judicial y la madre únicamente detentaba la custodia de hecho al momento de su desplazamiento a la Argentina. En su reclamo, el padre aseveraba que la residencia habitual era en el país europeo. La madre, en cambio, sostenía que existía un acuerdo previo homologado judicialmente por el cual tenía reconocida la guarda y custodia de la nena, con régimen de comunicación al padre y cuota alimentaria a cargo del progenitor, con ello estaba facultada para decidir el lugar de residencia, y en consecuencia el traslado era lícito. Aseveraba también que la niña hacía ya más de un año que permanecía en la Argentina, estando integrada en los ámbitos escolar, familiar y social. Lo curioso del caso fue que en la primera instancia se hizo lugar al reclamo paterno ordenando la restitución a España en compañía de la madre, pero la Cámara de Apelaciones revocó la resolución con fundamento en que el traslado había sido lícito porque la madre tenía atribuida la custodia y la ejercía efectivamente, y la restitución afectaría los intereses de la niña pues las desavenencias entre los padres dotaban de inestable la estadía en aquel país, donde estaría a lo que se resuelva en definitiva sobre el fondo. El cuerpo colegiado dijo que el centro de vida estaba en la ciudad donde vivía con su mamá y que sería perjudicial separarla de su entorno, catalogando el caso como subsumible en la excepción de grave riesgo. Llegados los autos a la máxima instancia provincial, el ministro Caneo en su voto dejó sentado que la custodia, en los términos del Convenio de La Haya de 1980, comprende no sólo el cuidado de la persona menor de edad, sino en particular la posibilidad de decisión sobre su lugar de residencia en función de poder analizar, recién entonces, la licitud o no del desplazamiento. Abordó el concepto y concluyó afirmando que, a los fines del tratado, hace al interés superior de la niña su restitución a España, donde estaba su centro de vida (51).

La residencia habitual no es un concepto jurídico, sino una cuestión de hecho, y en eso coinciden con el centro de vida, al que, además, integra. En un fallo reciente puede leerse que *“La residencia habitual, el ‘centro de vida’, es la circunstancia de hecho que debe permitir una intervención dinámica del servicio de justicia respecto de los intereses en juego, traducido en inmediación, celeridad, concentración de los trámites, escucha, compromiso real con los involucrados, pronto acceso con los equipos interdisciplinarios, con el corolario de una respuesta jurisdiccional pronta y eficaz”* (52).

Lo dicho importa considerar el lugar donde la persona menor de edad desarrolla sus actividades, donde está establecida, con cierto grado de permanencia, despliega vivencias y mantiene relaciones interpersonales. Como se ve, alude al centro de gravedad, pero la diferencia reposa en que para hablar de centro de vida se requiere, además, que en él haya transcurrido en condiciones legítimas una buena porción de su existencia, cuestión que comprende el despliegue más amplio posible de construcciones vitales, seguridad, anclaje, cotidianeidad. Es, en definitiva, la vinculación del lugar con los seres y cosas que conforman su mundo real y emocional (53).

No es infrecuente en nuestro país que las familias se trasladen de un punto al otro por decisiones de los adultos, o bien que algún miembro del grupo familiar lo haga por razones laborales o educativas, por ejemplo. Se produce una mutación en la residencia habitual, mas el centro de vida, el punto de gravedad, puede permanecer en el lugar primigenio porque allí reside la otra parte de la familia, o los parientes, los amigos, todo lo que contribuyó y contribuye a que la persona sea quien es. En todo caso, y planteados los conflictos judiciales vinculados con los traslados no deseados o no consentidos que inciden en lo que la persona menor de edad siente como su centro de vida, lo que habrá de considerarse como ponderable es si el impacto puede ser conmensurable, a fin de determinar si resulta o no tolerable para el menor de edad.

Es de reiterar, ciertamente, que la misión específica de los tribunales especializados en ternas de familia queda totalmente desvirtuada si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar(54).

En función de la importancia que el centro de vida reviste para la niñez, y pensando en los supuestos en que un niño, niña o adolescente es declarado en situación de adoptabilidad, disponiéndose la guarda con fines de adopción por un plazo determinado, se impone un análisis concienzudo respecto del punto al momento de la audiencia en que se conozca a los futuros guardadores. Es que, no sólo es allí el momento en que se produce el encuentro entre la familia pretensa adoptante y el sistema judicial, sino que dicho acto es fundante para la siguiente etapa del proceso adoptivo.

Es así que podemos sostener que el artículo 615 funciona contemplando dos posibilidades: 1) en los casos de los pretensos adoptivos recién nacidos o de escasos meses de edad, su centro de vida no puede tenerse por configurado donde se produjo el desprendimiento o se llevaron a cabo las medidas excepcionales pues no fue allí, seguramente, donde se generaron los lazos fundantes debido a que, en general, el tiempo que transcurre hasta su ingreso a la guarda con fines de adopción es muy breve, y 2) en los supuestos de niños, niñas o adolescentes que convivieron durante espacios prolongados con sus familias (sea nuclear, ampliada, o con referentes afectivos comunitarios), con quienes probablemente el trabajo fue más arduo y las experiencias vitales son más profundas y han incidido en mayor medida en su conformación personal.

En el último supuesto es más difícil desplazar el centro de vida hacia el domicilio de los pretensos adoptantes, pues no sólo el concepto de residencia habitual juega en la cuestión, sino también este otro de corte sociológico y particular que ha dado en llamarse “*centro de vida*”. No obstante, nada lo impediría si tal cuestión forma parte de

la resolución que se dicte, debiendo en todo caso el juez efectuar una especial consideración sobre el punto.

El fundamento final para abogar por que el centro de vida figure expresamente en la sentencia de guarda para adopción reposa en el respeto al derecho a la identidad del sujeto principal del trámite adoptivo, y en ese contexto, no debe perderse de vista que la persona adoptada puede acceder al expediente de conformidad con las pautas legales que regulan el acceso(55). Se considera que esta apreciación cobra un gran valor desde el punto de vista práctico, pues en definitiva puede resultar de utilidad para determinar la competencia en caso de optar los pretensos adoptantes por su propio domicilio, desplazando el de origen.

En definitiva, cuando el Código Civil y Comercial establece la competencia para entender en el juicio de adopción, no dispone acerca de si será el juez de familia, el civil, el de la justicia de paz letrada, los que tengan aún competencia universal, etcétera. Únicamente de- marca un punto de conexión determinado en función de la consideración en un plano superlativo del sujeto principal: la persona a ser adoptada. Se ha desplazado la consideración de los adultos por la mirada hacia el niño, niña o adolescente, su historia, su identidad, aquello que lo hizo ese determinado ser humano, y en función de su interés superior es que intervendrá aquel magistrado que tenga jurisdicción donde desarrolló su centro de gravedad, construyendo su historia vital. Sólo de manera excepcional, y fundado oportunamente, la competencia podrá ser desplazada al domicilio de los pretensos adoptantes, confiriéndoles la opción.

Finalmente, debemos considerar la armonía que guarda la norma en comentario con el principio general que sienta el artículo 716 en el Título VIH dedicado a los Procesos de familia, basado en el principio general en materia de competencia cuando se involucran derechos de niños y adolescentes cuyo centro de gravitación es la noción de “*centro de vida*”. Al respecto señala textualmente: “*En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de*

comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”, y a ello habrá de recurrirse ante las lagunas legales o dudas en cuanto al órgano competente.

7. Concordancias normativas

Necesariamente, la etapa precedente al inicio del juicio de adopción propiamente dicho cobra especial virtualidad en los derechos del niño, niña o adolescente. Y lo hace por la incidencia que implica respecto del derecho fundamental a vivir en familia, siendo ése el punto en común entre las medidas excepcionales y la adopción.

Las primeras aparecen en escena a partir de dificultades en la relación parental entre el niño y su familia biológica, y se despliegan respecto de ella y de toda la familia de origen (incluyo aquí a la ampliada).

Sin embargo, las diferencias son igualmente notorias: mientras que las medidas de protección de derechos son transitorias y de excepción, la filiación adoptiva importa el nacimiento de un estado, con características de permanencia; además, en las primeras el objetivo está dado por agotar las medidas posibles para la reinserción en la familia de origen, mientras en la segunda se busca el acogimiento en una familia distinta, aunque podrá considerarse el mantenimiento de algunos vínculos especialmente importantes para el adoptivo.

En este sistema (normativamente plasmado en la ley 26.061 y sus homologas provinciales, y artículos 607 a 610 y 699 a 704, en cuanto correspondan), cabe preguntarse si existe la posibilidad de la prolongación de las medidas excepcionales más allá de los plazos legales; también, qué ocurriría si se culmina en una adopción sin previamente implementar una estrategia de reinserción familiar seria y sostenida con recursos adecuados (programas, operadores, seguimiento, etc.).

Aunque no sea éste el lugar para su tratamiento, corresponde señalar que es muy importante establecer plazos legales para que los organismos administrativos pongan a disposición del órgano judicial los recursos adecuados. Las acciones y los plazos deben exigirse no sólo a la familia en conflicto con los derechos de los niños que la componen.

También -y tal vez más enfáticamente- a los organismos que integran el sistema de protección integral. El sentido de determinar tiempos y acciones a los Servicios Zonales, Locales, o de protección de derechos para que brinden la respuesta adecuada, aunque no evitará que se escuden en la carencia del recurso sin dar alternativa viable, al menos servirá para diagramar otra acción posible tendiente a revertir la omisión en el deber de garantía del o de los derechos involucrados(56).

Esta modalidad, respecto de la familia, dejará muy en claro a los adultos cuyo cuidado parental está cuestionado cuáles son las transacciones exigibles, permitiéndoles alegar los impedimentos razonables o proponer acciones distintas e igualmente superadoras. Sólo así podrá tenerse por acreditada la imposibilidad de la familia de asumir la crianza y desarrollo del niño en su seno, y permitir -con validez constitucional- resolver la situación jurídica de modo permanente a través de una adopción.

Estamos convencidas de que no existen respuestas lineales frente a preguntas que encierran tanta complejidad, y que cada caso será motivo de análisis fundamentado en base a los derechos humanos y los principios generales plasmados en el artículo 595, las decisiones de nuestra Corte Suprema y, como ha acontecido recientemente con el caso *"Fornerón e hija vs. Argentina"* (57), la jurisprudencia de la Corte IDH, o la actividad de los otros organismos internacionales, que constituyen doctrina aplicable.

Sólo de ese modo se evitará que la historia de los niños, su identidad considerada en el sentido más vasto, se edifique sobre bases

inestables, signadas por la provisionalidad, la precariedad o la institucionalización prolongada, consecuencia de omitirse un obligado trabajo en paralelo con su grupo de origen, para permitir una externación responsable. Lo dicho encuentra base en la realidad de los tribunales, donde demasiados niños permanecen institucionalizados muchos de los años de su primera infancia, algunos transitan la adolescencia entre su casa y un establecimiento de cuidado alternativo con reiteración de respuestas ineficaces, a lo que se suman las enormes dificultades que acarrea lograr que los niños mayores sean concebidos por los adultos adoptantes como los hijos deseados en cuya búsqueda se inscribieron.

Estas circunstancias abonan la decisión legislativa de mantener la competencia, en principio, en el juez que dispuso las medidas excepcionales.

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

En lo particular, es decir, en la competencia en el juicio de adopción, el Código sigue esta línea legislativa general, amén de mantener la competencia del juez que otorgó la guarda para adopción, a elección de los pretendientes adoptantes.

Referencias Bibliográficas

(1) Sin embargo, AZPIRI, Jorge O., *La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, en RDFyP 2012 (julio), del 1-7-2012, p. 115, sostiene respecto de la filiación que emerge a partir de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida (IRHA), que no es correcto considerarla fuente autónoma. Expone que tanto en la filiación por naturaleza como en la que se utilizan las técnicas de reproducción la concepción se produce por el mismo hecho biológico: la conjunción del óvulo y el espermatozoide; la diferencia radica en que en uno el antecedente es el acto sexual, y en otro el acto médico. Eso lo lleva a afirmar que cuando la procreación por técnicas médicas se logra con material homólogo de la pareja, estamos ante una filiación biológica, mientras que cuando el material genético es total o parcialmente heterólogo (tercero donante), la filiación tiene sostén en base a la voluntad procreacional.

(2) En el *leading case* de nuestra CSJN, “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, del 13-3-2012, L. L. Online, AR/JUR/1682/2012, hallamos el supuesto descripto.

(3) En general los verbos utilizados para concentrar el momento en que quien gestó deja de tener contacto físico con quien fue gestado remiten desde el lenguaje a la posesión de bienes o cosas, por lo cual, estando involucrados individuos en ese acto, son altamente cuestionables. En un primer momento el término “*desprendimiento*” puede resultar de utilidad, siempre y cuando seamos conscientes de que se enlaza con lo netamente biológico, implicando un cuerpo que se desprende de otro, ya desde la misma concepción, para finalmente convertirse en persona.

(4) Desde la vigencia de ley 23.264, que derogó expresamente los artículos 311 a 344 del Código Civil de la República Argentina, ninguna norma ocupó ese espacio en el compendio, hasta que la ley 24.779 lo hace en cinco capítulos (*Disposiciones generales. Adopción plena, Adopción simple. Nulidad e inscripción, y Efectos de la adopción conferida en el extranjero*) distribuidos en treinta artículos, creando también el Registro

Único de Aspirantes a la Adopción, sin alterar la numeración correlativa del articulado.

(5) Para una profundización del tema, puede consultarse la obra de HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, 1ª ed., Universidad, Buenos Aires, 2008.

(6) Para ampliar, ALTAMIRANO, Florencia; ARMANINI, Adriana y GONZÁLEZ, Marcelo, *La adopción: una mirada no hegemónica*, en *Summa de Familia*, 1a.ed., dir. por Cecilia Grosman, Nora Lloverás y Marisa Herrera, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 2011.

(7) El Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata, en fecha 26-6-2008, en autos “P., F. B. M.”, que puede verse en *Revista Derecho de Familia*, enero/febrero de 2010, p. 105, explicó que “*La guarda preadoptiva ha sido ideada por la ley para evaluar el comportamiento de los guardadores y el niño durante una etapa de adaptación vincular necesaria; ello para construir lazos genuinos y no ficticios entre adoptantes y adoptado que justifiquen el posterior decreto judicial de adopción definitiva*”.

(8) Durante la vigencia del anterior sistema, se sostuvo que la guarda otorgada

con fines de adopción no generaba un “*derecho adquirido*” sino imperfecto, cuyo logro final está supeditado a lo que se resuelva respecto a la demanda de adopción; es decir, la misma se concederá siempre y cuando el guardador haya cumplido con el resto de los requisitos que le impusieron al otorgarle la guarda (CCCom. de Mar del Plata, 27-8-98, 107.284, RSI 680-98, L. L. B. A. 1999-82).

(9) D’ANTONIO, Daniel H., *Régimen legal de la adopción*, Rubinzal-Culzoni,

Santa Fe, 1997, citado por FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, *La guarda con fines de adopción*, en J. A. 1998-III-1082; *Summa de Familia*, 1a. ed., dir. por Cecilia Grosman, Nora Lloverás y Marisa Herrera, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 2293.

(10) PITRAU, Osvaldo F., *La guarda de menores*, en *Derecho de Familia. Revista*

Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 4, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 50.

(11) MEDINA, Graciela, en *Código Civil comentado. Derecho de Familia*, 1ª ed., dir. por Francisco A. M. Ferrer, Graciela Medina y María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II, p. 136.

(12) Recordemos que el gran avance del siglo anterior en materia de infancia fue, justamente, el reconocimiento de la calidad de sujetos de quienes integran ese colectivo. El dogma consiste en sostener que es titular de los derechos fundamentales que las constituciones, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, y goza además de protección específica a sus derechos, plasmados en instrumentos especiales y generales de derechos humanos, tanto de alcance universal como regional. A modo de ejemplos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, etc.

(13) Puede ampliarse sobre la incidencia del factor tiempo en SCHNEIDER, Mariel V., El tiempo como factor de respeto al interés superior del niño, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, *Abeledo-Perrot*,

Buenos Aires, 201 *I-V-101 y ss.*; OBLIGADO, Clara, La niñez institucionalizada. *El tiempo de la espera. El tiempo de la decisión. El tiempo del proceso. La construcción*

semiótica del fenómeno, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 56, *Abeledo-Perrot, Buenos Aires, septiembre de 2012*, *ps.* 83

y *ss.*; HERRERA, Marisa y GROSMAN, Cecilia, *¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal*, en *J. A. 2005-IV-26/38*,

del 5-10-2005. Y los señalamientos que hiciera PELLEGRINI, María Victoria, *Medidas*

excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el judicial (art. 35, inc. H, ley 13.298, decreto 300 y ley 13.634 y Res. MDH N° 171/07), en obra colectiva Temas clave en materia de protección y

promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires. Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el judicial, dir. por Cecilia P. Grosman, Nelly Minyersky y David Baigún, coord. por Marisa Herrera, publicación conjunta del Departamento de Publicaciones del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Unicef, 2009, ps. 112 a 137.

(14) GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia*, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia. Ley y democracia en América Latina*, 1a ed., Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 16, y también VILLA VERDE, María Silvia, *Nuevo Derecho de la infancia y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires. Parte I. Claves de interpretación de la reforma*, en LNBA 2007-11-1217.

(15) Sin entrar en consideraciones acerca de la teoría del órgano, se utiliza este término para evitar la usual confusión de considerar que sólo es posible que determinada persona (el juez o la jueza que inicialmente asumieron el caso) deba tomar intervención, soslayando la existencia de institutos como la excusación, recusación, o el orden de subrogancia que emerge a partir de licencias de los titulares de los juzgados intervinientes. En muchas ocasiones se apela al principio de intermediación para realizar interpretaciones forzadas encubriendo omisiones que resienten la garantía del acceso a la justicia en tiempo útil. En definitiva, será el juez, la jueza o eventualmente el tribunal que corresponda según el lugar en que se adopte la medida excepcional quien intervenga y deje fijada la competencia, que reviste carácter de indelegable.

(16) Ver Fundamentos, II, *Método*, 1.4, *El Código y las normas*, en *Código Civil*

y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012.

(17) Art. 595: "*Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad;*

c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años”.

(18) DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989, p. 72.

(19) CSJN, 2-8-2000, “Paino, Marisol c/ ATC (Argentina Televisora Color) y otros s/ Medidas precautorias”, Fallos: 323:2021; 5-9-2000, “Ramírez, Walter Damián s/ Robo en grado de tentativa”, Fallos: 323:2388, y 5-3-2002, “Schmidt, Edgardo Damián c/ Bordón, Jonathan Fabián s/ Protección de persona”, Fallos: 325:339, entre muchos otros.

(20) Ya en el texto sustituido el divorcio contenía disposiciones procesales (arts. 205, 215, 232, 236); también las contenía respecto de los alimentos (arts. 227, 228, 374, 376), o de la misma adopción (arts. 317, 321).

(21) PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, 2a ed., 5a reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 45.

(22) CApel. de Trelew, sala A, S. I. N° 02/2013, compulsada en la página oficial del Poder Judicial, <http://eureka.juschubut.gov.ar/ResultTextComp.aspxen>, que cita la S. D. E. N° 02 de 2010 en “Arabia, J. c/ James, H. R. y/o herederos de J. Illescas s/ Desalojo” (expte. 537/2009-R. C. A. T., sent. del 2-3-2010, voto del Dr. Velázquez); en el mismo sentido la S. I. C. N° 14 de 1996 en “Méndez, N. B. s/ Inc. de nulidad en autos «Oroquieta, J. J. s/ Juicio sucesorio»” (c. 12.155, registro de Cámara, entre otras), y en el mismo fallo se indica que desde muy antiguo la Corte Suprema nacional tiene declarado que el Congreso federal posee facultades para dictar normas de carácter procesal, en tanto en cuanto ello sea menester para asegurar la eficiencia de las instituciones contenidas en la legislación de fondo (desde el precedente de 1923 en “Bernabé Correa”, Fallos: 138:157, y en los posteriores casos “Netto” de 1924, Fallos: 141:254; “Real de Maciel” de 1928, Fallos: 151:315; “Arzobispado de Buenos Aires”

de 1931, Fallos: 162:376; “*Nelly Ward de Smyth*” de 1949, Fallos: 214:533; “*Miranda*” de 1951, Fallos: 219:400; “*Livi*” de 1953, Fallos: 227:387; “*Perelló*” de 1960, Fallos: 247:524; “*Santander*” de 1962, Fallos: 254:282; “*Vega*” de 1966, Fallos: 265:30; “*Spinetto*” de 1968, Fallos: 271:36; “*Turia*” de 1977, Fallos: 297:458, y “*Feito García*” de 1977, Fallos: 299:45).

(23) FENOCHIETTO. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con los códigos procesales provinciales. 1999, t.1, con cita de CALAMANDREI. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 1966, citados por DE LOS SANTOS, Mabel, en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 1a. ed. dir. Por Elena I. Highton y Beatriz A. Areán. Hammurabi, Buenos Aires, 2004. t. 1. p. 1.

(24) DE LOS SANTOS, en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación... cit., ps. 3 y ss.

(25) KIELMANOVICH, Jorge, Derecho Procesal de Familia, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, ps. 56 y ss.

(26) Ley 19.134, art. 10: “*En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: a) la acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante, o del lugar donde se otorgó la guarda...*”

(27) Ley 24.779, art. 321: “*En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda...*”

(28) Proyecto de la Comisión Reformadora, art. 652: “*Competencia. Es competente para entender en el juicio de adopción el tribunal del domicilio del adoptante o el que otorgó la guarda previa*”.

(29) CNCiv., sala J, 27-12-2005, “B., C. G.”, L. L. 2007-B-623.

(30) PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia. Adopción. Juicio de adopción. Generalidades*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

(31) CSJN, 6-6-89, “*Caputo, Antonio L. c/ Corp. Mercado Central de Buenos Aires s/ Cobro*”, Fallos: 312:808; 5-9-2006, “*B., J. M. s/ Guarda judicial solicitada por Hipólito Lorenzo Subelza*”, Fallos: 329:3839, entre otros.

(32) Además de lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución Nacional, el Código Procesal nacional, y los de los Estados provinciales que lo siguen, dispone: Capítulo II, Cuestiones de

competencia, art. 7º: *“Procedencia. Las cuestiones de competencia sólo podrán promoverse por vía de declinatoria, con excepción de las que se susciten entre jueces de distintas circunscripciones judiciales, en las que también procederá la inhibitoria. En uno y otro caso, la cuestión sólo podrá promoverse antes de haberse consentido la competencia de que se reclama. Elegida una vía no podrá en lo sucesivo usarse de otra”*; art. 8º: *“Declinatoria e inhibitoria. La declinatoria se sustanciará como las demás excepciones previas y, declarada procedente, se remitirá la causa al juez tenido por competente. La inhibitoria podrá plantearse hasta el momento de oponer excepciones o de contestar la demanda si aquel trámite no se hallare establecido como previo en el proceso de que se trata”*; art. 9º: *“Planteamiento y decisión de la inhibitoria. Si entablada la inhibitoria el juez se declarase competente, librará oficio o exhorto acompañando testimonio del escrito en que se hubiere planteado la cuestión, de la resolución recaída y demás recaudos que estime necesarios para fundar su competencia. Solicitará, asimismo, la remisión del expediente o, en su defecto, su elevación al tribunal competente para dirimir la contienda. La resolución sólo será apelable si se declarase incompetente”*; art. 10: *“Trámite de la inhibitoria ante el juez requerido. Recibido el oficio o exhorto, el juez requerido se pronunciará aceptando o no la inhibición. Sólo en el primer caso su resolución será apelable. Una vez consentida o ejecutoriada, remitirá la causa al tribunal requirente, emplazando a las partes para que comparezcan ante él a usar de su derecho. Si mantuviere su competencia, enviará sin otra sustanciación las actuaciones al tribunal competente para dirimir la contienda y lo comunicará sin demora al tribunal requirente para que remita las suyas”*; art. 11: *“Trámite de la inhibitoria ante el tribunal superior. Dentro de los cinco (5) días de recibidas las actuaciones de ambos jueces, el tribunal superior resolverá la contienda sin más sustanciación y las devolverá al que declare competente, informando al otro por oficio o exhorto. Si el juez que requirió la inhibitoria no remitiere las actuaciones dentro de un plazo prudencial ajuicio del tribunal superior, éste lo intimará para que lo haga en un plazo de diez (10) a quince (15) días, según la distancia, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de su pretensión”*.

(33) Autos *“González, Oscar Hipólito y Arguello, Sara Beatriz c/Salinas, María Ester s/Guarda con fines de adopción”*, Comp. N° 1169, L. XLIII (Fallos-. 331:1336).

(34) Precedentes: Competencia N° 1524.XLI, *“Cano, Miguel Ángel s/Insania”* y Competencia N° 1511.XL, *“Tufano, R. A. s/Insania”* (Fallos-. 328:4832) del 27-12-2005; Competencia N° 795.XLIII,

“Asesoría Civil de Familia e Incapaces (DAÑA) s/ Medida de protección s/ Solicita informe en Baradero s/ Remite actuaciones (expediente N° 20.690)” del 18-12-2007, y Competencia N° 1195.XLII, “A. R., M. J. s/ Insania” del 19-2-2008.

(35) *“Vallejos Norambuena y Gaccio, Fabiana Noemí s/ Guarda con miras a adopción”, Fallos: 331:1344.*

(36) STJ de Chubut, sentencia dictada el 1-8-2012 en los autos *“F., C. E. c/S., P. L. s/ Sumario (custodia)”* (expte. 22.708-F-2012), SAIJ, S. I. N° 45/2012, sumario 26579, donde se expresó: *“Es la práctica cotidiana de los casos que tratamos, la que nos obliga a repensar ciertos principios y normas procesales generales que están escritos como dogmáticos, que trascienden las fronteras de lo general, incidiendo de una manera particular en los casos de familia”. “Es evidente que los principios generales y las normas generales sobre competencia por territorio aplicables a todo tipo de juicios, se desdibujan, si tenemos en cuenta un factor altamente relevante: las situaciones de hecho de las familias cambian permanentemente y hasta mudan su lugar de residencia”.*

(37) KIELMANOVICH, Jorge L., Derecho Procesal de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 2009, N° 9219/001330.

(38) Como antecedente legislativo, puede citarse el proyecto de ley ingresado con el N° 2384-S-04, de la senadora Muller, donde se definía *“centro de vida”* como *“...el lugar donde el niño, la niña o el adolescente hubiere transcurrido la mayor parte de su existencia y, para su determinación, se tomarán en consideración los siguientes aspectos: a) El lugar donde hubiese desarrollado los vínculos afectivos, sociales, educativos y culturales esenciales para la definición de su personalidad; b) De no poder establecerse el centro de vida conforme a lo normado en el inciso anterior, resultará del lugar donde sus padres se hubieren casado, tuvieren el último domicilio en común o hubiere nacido el niño, la niña o el adolescente, en vista de su interés superior, asegurando la satisfacción y vigencia simultánea de sus derechos y garantías”.* El sentido del proyecto era determinar la competencia en razón del lugar en aquellas cuestiones que afectaban intereses de los niños, niñas y adolescentes.

(39) Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. art. 3°: *“...Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba*

desempeñarse...” El decreto reglamentario de dicha ley, identificado bajo el N° 415/2006, lo conceptualiza como la “*residencia habitual de la niña, niño o adolescente*”, pero vamos a plantearnos luego si el lugar donde se habita un determinado tiempo puede llenar el concepto de centro de vida personal.

(40) En general, al abordar casos vinculados con el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980). Para un análisis de los criterios establecidos, pueden verse Fallos: 318:1269, 328:4511. 333:604, 334:913, 1287 y 1445; “G., P. C. c/H., S. M. s/Reintegro de hijo”, del 22-8-2012, Abeledo-Perrot N° AP/JUR/2043/2012, y “H. C. A. s/Restitución internacional de menor s/Oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, del 21-2-2013, Abeledo-Perrot N° AP/JUR/42/2013.

(41) FERNANDEZ, Silvia Eugenia. Sistema de protección integral en la Provincia de Buenos Aires. La reformulación de roles de los poderes administrativo y judicial a partir de las leyes 13.298. 13.634 y decretos reglamentarios 300/05 y 44/07, en L. L. B. A. 2008 (mayo), p. 341.

(42) SABSAY, Daniel Alberto. La dimensión constitucional de la ley 26.061 y del decreto 1293/05, en Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes: análisis de la ley 26.061, 1a. ed. comp. por Emilio García Méndez. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2006.

(43) HERRERA, Marisa y FAMÁ, María Victoria. Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 39. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2008. p. 19.

(44) La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas. Niños y Adolescentes en su art. 3o. inc. f. definía al “*centro de vida*” como “*el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia*”. Por su parte, el decreto reglamentario 415/2006 aclaraba que “*El concepto de 'centro de vida' a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la definición de “residencia habitual” de la niña, niño o adolescente contenida*

en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”.

(45) AMOREO, María Cristina. *Centro de vida*, ponencia presentada en la V Conferencia Internacional de Derecho de Familia. Hacia una armonización del Derecho de Familia. Cuba, 12 al 14 de mayo de 2009, en <http://www.projusticiafamiliar.org/wpcontent/uploads/2011/02/PonenciaCubaI.pdf> (compulsada el 8-5-2012).

(46) Art. 7° del decreto 415/2006 reglamentario de la ley 26.061.

(47) Opinión Consultiva OC-17/02, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 28-8-2002, Serie A, N° 17, párr. 73.

(48) Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4° y 42, y párrafo 6° del art. 44), 2003, HRI/GEN/1/Rev. 7, párr. 12, p. 365.

(49) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 47.

(50) Prestar atención no es lo mismo que cuestionar fuertemente esta pauta, como lo hace Ursula Basset, por sus propios fundamentos, en La ley 26.061, de protección integral del niño, la niña y el adolescente, y la protección de la familia como derecho de los niños, en J. A. 2008-11, fase. 13, del 25-6-2008, ps. 5 y ss.

(51) STJ de Chubut, sentencia dictada el 13-11-2012, en autos “*Oficina de la Defensa Pública C. R. (E. M.) S/Restitución internacional de menor de edad*”, expte. 22.652-0-2012, que puede consultarse en la página oficial www.juschubut.gov.ar.

(52) STJ de Chubut. S. I. N° 45 del 1-8-2012, en autos “*F. C. E. c/S., P. L. s/Sumario (custodia)*”, expte. 22.708-F-2012, publicada en www.juschubut.gov.ar.

(53) BIOCCA, Stella Maris, Interés superior del niño, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 30, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 23.

(54) CSJN, 2-8-2005, “*S., C. s/Adopción*”.

(55) Artículo 596 del Cód. Civ. y Com.

(56) Entre otras: intimaciones a funcionarios públicos, astreintes, obligaciones de hacer a cargo de terceros con cargo al organismo remiso, denuncia penal, sin descontar la acción de amparo por omisión que corresponderá impetrar al Ministerio Público, de ser el caso.

(57) Corte IDH, 27-4-2012, “*Caso Fornerón e hija vs. Argentina*”, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 242.

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 616

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

[Consultado el: 07/10/2021]

CAPÍTULO 4

Juicio de adopción

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

1. Algunos vaivenes en las regulaciones de los sistemas de adopción

La adopción como filiación se incorpora al campo legislativo recién en el año 1948 con la ley 13.252, habiendo sido desechada expresamente por el decodificador (1). A lo largo de las sucesivas reformas introducidas, y siempre con una sociedad insatisfecha con las respuestas legales, se fueron modificando los requisitos rígidos (2) (como las edades de los adoptantes, el tiempo de casados, el plazo de guarda), aunque sin lograr abreviar los tiempos que demandaban los pretensos adoptantes ni evitar los arrepentimientos, dos de las cuestiones más álgidas de la filiación adoptiva.

Un análisis comparativo de las sucesivas leyes que se ocuparon de la filiación adoptiva no permite advertir que las etapas

del proceso tuvieron diferente tratamiento. En sus orígenes, se requería sólo el juicio de adopción, y la intervención de la familia nuclear y ampliada era casi nula, dando lugar a numerosas violaciones al derecho de defensa tanto de los adultos como de los niños. El sistema se caracterizó por el alto contenido discrecional con que se manejaban los operadores judiciales, siempre fundados en conceptos como "*peligro material o moral*", "*abandono*", "*riesgo*" o "*interés superior*", en muchas ocasiones invisibilizando condiciones socioeconómicas adversas, con las consecuencias de desprendimientos insuficientemente prevenidos.

A partir de la vigencia de la ley 24.779 se regularon dos procedimientos: el de guarda con fines de adopción y el de adopción propiamente dicho, que, si bien perfectibles, ponderaron los conflictos llevados a los estrados judiciales por los padres de sangre, las apropiaciones de niños, incluso las ventas o entregas por necesidades económicas, con el afán de reducir las consecuencias negativas de un sistema siempre complejo. El artículo 2º de la ley 24.779 *preveía "la organización en el orden nacional y en el provincial de un Registro único de aspirantes a la adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios"* (3)

Esta norma, en particular , provocó diversas reacciones, en general negativas, por considerarla un avance sobre las autonomías provinciales, pues casi todas las provincias tenían desarrollados, vía legislativa o por acordadas, los registros de adoptantes, y en los hechos no se implementó la organización del Registro nacional hasta que en el año 2004, y con escasísimo tratamiento legislativo, se dicta la ley 25.854 (4) que organiza el Registro Único de Adoptantes, derogando (art. 18) el mentado artículo 2º. Su vigencia dependería de la adhesión que hicieran los Estados provinciales (5), aunque en el texto se continuara denominando registro "único" a un registro "nacional", puesto que, como se dijo, las provincias contaban con sus propias fuentes de datos sobre personas dispuestas a adoptar. La ley fue reglamentada por los decretos 383/2005(6), 1022/2005(7) y 1328/2009(8), y si bien entre los fundamentos de creación hallamos,

justamente, el de reducir el tráfico de niños, posteriormente debió finalmente reconocerse que lejos estaba esa herramienta de procurar tan ambicioso objetivo (9). Minyersky y Levy llegaron a sostener que *"Si bien esta ley proyecta sus efectos a nivel administrativo sobre los aspirantes a una guarda preadoptiva y los mismos pueden llegar a extenderse benéficamente sobre el vínculo a crear y, por ende, sobre el niño lo cierto que aparece como un instrumento destinado a proteger de arbitrariedad a los adultos. Precariamente puede contribuir a proteger el derecho a la identidad de los adoptados. Consecuentemente, el destino de esta ley, y contrariando al artículo 3° de la Convención, prioriza el interés de los adultos por sobre el interés del menor"*(10). Analizando críticas y comparativamente el Registro Único y sus homólogos provinciales, en función de una política integral que relacione los problemas de la infancia con el mejor sistema de adopción posible, se sostuvo que *"...no se advierte cómo la creación del Registro Nacional para pretensos adoptantes puedan estar inscripto en el diseño de políticas públicas 'para' la infancia si todas sus normas están dirigidas a proteger a los pretensos adoptantes -de múltiples inscripciones, elevados costos por desplazamientos interprovincias, esperas para poder adoptar, arbitrariedades en las entregas, etcétera- y no a los niños sujetos a adopción"*(11).

Aun así, y pese a los intentos, no se logró que los conflictos derivados de arrepentimientos o reclamos de las familias de origen cesaran, ni tampoco se previnieron las adopciones ilegítimas derivadas de las gestiones de verdaderas redes destinadas al tráfico de niños. Tampoco se redujo el tiempo de espera de los aspirantes a padres y madres adoptivos.

En la actualidad se instaura el sistema desde un lugar diferente: el que coloca en el centro de la escena al niño, niña o adolescente respecto de cuyos derechos deberá trabajar el operador.

Consecuencia de ello es que existe un sistema destinado a intentar la permanencia en la familia de origen, superando las dificultades que impiden el crecimiento en su seno, y producto del cual se llegará, en todo caso, a la declaración de situación de

adoptabilidad, y se conferirá la guarda con fines de adopción (arts. 607 a 610, y 612 a 614).

En esta nueva estrategia estatal, concedemos que se mantiene la necesidad de buscar el equilibrio entre: "a) el derecho del niño a la estabilidad para poder desarrollar su crecimiento así como el deber de procurar al niño el ámbito más idóneo para su desarrollo personal óptimo; y, b) las medidas tomadas por el Estado para procurar cumplir con el mandato de la CDN en el sentido de *afianzar la familia de origen*"(12), pero, a diferencia de lo que sostiene la autora de esa frase, el nuevo régimen legal tiende a su logro.

Un segundo procedimiento consiste en la adopción propiamente dicha, aunque a diferencia del anterior, en éste los actos procesales: pueden ser concentrados en una sola audiencia, con la consecuente economía de tiempo, si las etapas previas fueron cumplidas con criterio constitucional. Por ello debe entenderse el irrestricto respeto a las pautas básicas fijadas: a) derecho a la convivencia familiar, en principio en la familia de origen, sea nuclear o ampliada; b) derecho a que se respete la identidad, y con ello a la permanencia en el medio donde se desarrolló el centro de vida; c) derecho a ser oído y participar activamente en la propia adopción; d) derecho a exigir la cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales y a reducir la incidencia de la falta de satisfacción de los mismos en la problemática que lleva a la adopción de medidas excepcionales de limitación de derechos parentales; e) derecho de acceso a la justicia y defensa en juicio de todos los involucrados.

2. Notas sobre la técnica legislativa

Siguiendo la modalidad utilizada en el Proyecto elaborado en 1998, el Código Civil y Comercial contiene un Título Preliminar y una Parte general para todo el compendio, a los cuales se acude en supuestos de dudas en la interpretación normativa. Igualmente, añade partes generales para las diversas instituciones que regula. En el tema que nos atañe, se agrega la particularidad de la definición legal (13),

señalando el codificador que la adopción tiene como objeto la protección del derecho de la niñez a vivir y desarrollarse en una familia(14), cuando la de origen no pudo proporcionarle los cuidados necesarios para la satisfacción de las necesidades afectivas y materiales que, bajo el resguardo de los derechos reconocidos, titularizan los niños, niñas y adolescentes.

El sistema se reorganiza, entonces, poniendo el foco no en los adultos que adoptan sino en las personas menores de edad, a partir del reconocimiento de un derecho fundamental: vivir en familia (15).

Alguna prestigiosa doctrina sostiene, sin embargo, que el concepto legal luce incompleto, pues en rigor se refiere únicamente a uno de los cuatro tipos de adopción posible: la de niños, quedando excluidas de esa definición las adopciones de integración, de mayores de edad y extranjeras, también contempladas en el Código (16).

Tomando como punto de partida la definición, los principios generales rigen todo el proceso y serán la fuente a la que recurrirá el intérprete para llenar las posibles lagunas legales, o para armonizar la posible tensión entre dos normas, pero también demarcarán su actividad reduciendo el arbitrio. De ese modo, se señalan el interés superior del niño, el derecho a la identidad, a ser oído, a conocer el origen, al agotamiento de la permanencia en la familia, la preservación de los vínculos fraternos, como pautas o ejes a los que recurrir al subsumir los casos en la normas.

El artículo en comentario ha impuesto esta introducción por cuanto incluye una novedad respecto de todos los sistemas anteriores, al disponer que el inicio de la adopción puede estar a cargo, además de los adoptantes que tradicionalmente eran los habilitados, de la autoridad administrativa o del juez.

3. El plazo de la guarda para la adopción

El juicio de adopción sólo puede iniciarse una vez fenecido el plazo fijado como periodo de guarda con fines de adopción, que conforme el artículo 614 es dispuesto por el juez y no puede superar los seis meses.

El texto, así redactado, habilita a sostener dos cosas: a) que la demanda sólo podrá presentarse una vez concluido el término dispuesto; b) que el magistrado que discierne la guarda con un fin adoptivo podrá considerar que la mutua adaptación de los sujetos involucrado (pretensos adoptantes y adoptivo) no requiere del plazo de seis meses, pues el mismo es previsto como un máximo. En consecuencia, al momento de conferir la guarda con fines de adopción podrá, a pedido de parte o de oficio, disponer un término más breve, conforme el principio rector: mejor interés del niño, niña o adolescente.

4. El juez y la justicia de familia

4.1. Consideraciones generales

El artículo 594 establece que el vínculo filial adoptivo únicamente puede nacer a partir de una sentencia judicial, el acto jurisdiccional por excelencia.

Esta exigencia nos lleva a pensar en la delicada misión de los jueces y juezas, cual es la de decidir los casos concretos que se someten a la jurisdicción y caen dentro de la competencia del fuero de familia -donde ella existe-, o en materia civil con competencia en Derecho de Familia, cuando así se determinó legislativamente. A ese juez la ley le impone una serie de deberes vinculados con el despliegue de su actuar en tanto órgano que ejerce una de las funciones del Estado, limitada -en general- en lo que hace al Derecho Privado, a la actividad de las partes del proceso. No obstante que el principio dispositivo colocará al magistrado en un papel de tercero,

pasivo, observador, ejerciendo una función de control de cumplimiento de los pasos procesales que lleven al acto sentencial, desde siempre también existieron supuestos en los que cobra relevancia el sistema inquisitivo, y en los que se dio predominio a la iniciativa del juzgador. En otras palabras, ninguno de los dos sistemas es absoluto, pues la evolución del Derecho Procesal ha impuesto como necesidad de justicia que no lo sean, en función de lo inexcusable de dar respuesta al reconocimiento de derechos de interés social, más que individual(17).

Dentro de los deberes que se impone a la judicatura, y junto a la asistencia a determinadas audiencia resolver las causas a medida que se encuentran en estado, sujetarse a los plazos legales, fundamentar las decisiones, se incluye el de dirigir el procedimiento. Respecto de este último, ha de procurar la economía del proceso y la concentración de actos, reduciendo el factor tiempo; el mantenimiento de la igualdad de armas durante el desarrollo del mismo; el saneamiento o expurgación de actos, etcétera. En líneas generales, se puede sostener que se le reconoce una actividad proactiva en los compendios procesales, que en el caso de los procesos de familia se amplía mucho más (18).

En el plano regional, la Opinión Consultiva N° 17 sobre la Condición jurídica del niño, respecto de la justicia especializada sostuvo: *"78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño. En este sentido, el inciso tercero del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño determina lo siguiente: 3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada";*

"79. [...] No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos"; "120. La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales. A este respecto, la Regla N° 6 de Beijing regula las atribuciones de los jueces para la determinación de los derechos de los niños: 6.1. Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones. 6.2. Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales. 6.3. Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente parados o capacitados para hacerlo Juiciosamente y en consonancia con sus re respectivas funciones y mandatos".

Brevemente, y sin perjuicio del tratamiento en extenso en la parte pertinente, los principios que rigen en materia de derecho de Familia con los siguientes: a) gratuidad; b) interdisciplina; c) celeridad; d) oficiosidad; e) flexibilización de las formas procesales; f) flexibilización de los principios de preclusión y congruencia; g) intermediación y oralidad; h) acentuación de la conciliación; i) acceso limitado al expediente; j) buena fe y lealtad procesal.

Además, por los principios generales del Derecho sustancial de interés superior del niño y tutela judicial efectiva ya mencionados, se producen profundas modificaciones procesales en ámbitos como la prueba, dando lugar al principio del *favor probationem*, o a la *perpetuatio iurisdictionis* en cuestiones de competencia, todos los cuales son objeto de estudio en la parte correspondiente al Título VIII, Capítulo I, dedicada a los Procesos de familia, en especial el artículo 706.

Muy especialmente señalamos que el juez en el nuevo paradigma de la justicia de familia, incluido de los derechos fundamentales, despliega su trabajo en función del Derecho Constitucional de Familia, en el que la persona es el eje de protección , pero no la persona aislada, sino inmersa en sus relaciones familiares y sujetas, algunas de ellas, a las protecciones especiales vinculadas con la desigualdad estructural, debido a un Derecho Privado que ya no puede funcionar aislado, pues hay un Derecho Constitucional integrado a las normas del Derecho familiar(19)

Esta realidad ya ineludible es la que establece, condiciona, demarca, la actividad de los operadores jurídicos, y como consecuencia de ello, provoca modificaciones en lo que respecta a la tutela jurisdiccional. Frente a los tratados de derechos humanos, es el Poder Judicial el que se erige en garante principal y último en una serie de responsabilidades participadas por los tres compartimentos en que se divide nuestro Estado constitucional. La manera concreta en que los derechos se efectivicen, por supuesto que es por intermedio de un proceso, lo que ha llevado a sostener a los procesalistas que la herramienta idónea para la efectivización de todos los derechos humanos es precisamente el proceso judicial (20).

4.2. Los fundamentos del activismo del juez. La actuación de oficio

Como consecuencia del avance del interés social que incluye a la figura de la adopción, principalmente en tanto en cuanto aparece constitucionalmente reconocida como posibilidad de acceso de los niños al derecho a la vida familiar (Preámbulo(21) y art. 20(22), CDN, en función del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), el nuevo texto legal dispone que el propio juez inicia el procedimiento, sea oficiosamente o por ser instado por quienes la misma norma señala: la autoridad administrativa o una parte.

Advertimos aquí que así como en el Derecho sustancial vinculado con los derechos familiares las normas han adquirido

diferente jerarquía por resultar trasvasadas por los tratados de derechos humanos necesariamente el Derecho Procesal debe producir los ajustes tendientes a la misma finalidad (23), pues los derechos fundamentales impregnan a todo el ordenamiento (24). Los caracteres, principios y reglas se han modificado, o deben hacerlo en función de los nuevos requerimientos constitucionales y de que el Derecho procedimental está al servicio de la concreción de los derechos sustanciales (25). Si bien estas afirmaciones se extienden a todas las ramas de la ciencia jurídica, es en lo relativo al Derecho familiar en donde dos principios resultan relevantes a la hora de la intervención judicial: la tutela judicial efectiva y el interés superior del niño (26). En ellos deberemos hallar el fundamento de la nueva disposición que trae el Código Civil y Comercial de la República Argentina cuando habilita al juez a iniciar el proceso adoptivo.

De lo estipulado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (27) se desprende el derecho a la tutela efectiva, principio que comprende no sólo el derecho a ser oído, a rendir prueba, a que se dicte una sentencia dentro de un plazo razonable por parte de un juez independiente, sino a que esa sentencia se cumpla, pues ése es el único modo en que sea efectiva. Se sostiene entonces que existe un derecho fundamental a la eficacia de la sentencia (28)

En ese contexto en el proceso adoptivo que venimos analizando, dispuesta por sentencia judicial la situación de adoptabilidad, y posteriormente discernida la guarda para adopción, asiste a la persona menor de edad el derecho a acceder a la efectividad de aquel acto jurídico que tuvo como consecuencia la privación de la responsabilidad parental de los progenitores (art. 610). Conferirle efectividad implica, en el caso, procurar que la guarda con fines de adopción se transforme en un emplazamiento adoptivo que sustituya los deberes y derecho respecto del nuevo grupo familiar en que el niño verá garantizado su derecho a vivir y desarrollarse. Su fundamento constitucional se asienta en el artículo 4º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en cuanto

establece que *"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención..."*

También nuestro máximo organismo jurisdiccional ha participado de instar al cumplimiento de los derechos soslayando formalidades, en los siguientes términos: *"Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional"*(29), y algunos tribunales superiores, como la Suprema Corte de Buenos Aires, al señalar que *"Encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en los que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible"*(30)

Respecto del otro principio invocado, es decir, el interés superior del niño, lo que éste importa en cuanto al alcance de la disposición en comentario es llenar prontamente el cometido del emplazamiento filial, llamado a ejercer la función fijada por el artículo 638: protección, desarrollo y formación integral, asumiendo todo los derechos y deberes que sean consecuencia de ello. Principalmente para que la celeridad y la certeza jurídica en la determinación de la situación de la persona menor de edad provoquen la existencia de *"huérfanos con padres vivos"*(31).

En los regímenes adoptivos anteriores, no se confería legitimación ni al magistrado ni al organismo administrativo para dar inicio al trámite. Merecen efectuarse algunas aclaraciones respecto del carácter en que el Derecho de fondo habilita a aquéllos a dar inicio al trámite a fin de procurar el emplazamiento adoptivo.

5. Legitimación procesal

5.1. Consideraciones generales

Como regla general, ningún sujeto está genéricamente legitimado para intervenir en cualquier causa, sea cual fuere su objeto, sino que tendrá o no legitimación según cuál sea su relación con la pretensión que introdujo, es decir, con el interés que denuncia como afectado y para el cual requiere protección o remedio judicial (32). Este principio admite sus excepciones, sobre todo a partir del reconocimiento de la Corte Suprema de ciertas categorías fragilizadas(33), pero, como tal, lo extraordinario de la procedencia tiene recaudos específicos que no alcanzan a los casos individualmente considerados.

La procedencia o no de la legitimación guarda estricta relación con la pretensión, con el interés que denuncia como afectado y para el cual requiere protección o remedio judicial. Esta afirmación tiene base constitucional, puesto que el artículo 19 es la garantía en la que reposa el sistema republicano, pues allí la Constitución consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, y presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen. Importa para cada habitante la posibilidad de disponer de sus derechos, sin ninguna explicación sobre el destino que dé a ellos, salvo perjuicio a otros o ilicitud. Ello ha llevado al máximo tribunal federal a sostener que para la intervención de los tribunales es necesario el ejercicio de un derecho o interés. La regla ha sido formulada mediante el uso de una expresión técnica: *"las partes del juicio deben tener, para ser tales, 'la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso' (Fallos: 327:2722 y 327:1890, entre otros)"*.

Al emitir su voto en el caso *"Mujeres por la Vida"*, el doctor Lorenzetti sostuvo algunas apreciaciones que tomaremos en consideración: *"8°) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos*

individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un 'caso' es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2° de la ley 27; y Fallos: 310:2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; 326:3007, considerando 6° y 7°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el 'caso' tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerando siguientes". En el mismo voto, pero en el siguiente considerando afirmó que "la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular". Y agregó: "también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357)". La importancia del fallo extractado es superlativa en términos de legitimación, pero en lo tocante al tema que nos ocupa, sirve para demarcar la frontera de la actividad que el Derecho de fondo pone en cabeza del juez de familia en los supuestos de guardas con fines de adopción cuyo término se encuentra vencido.

La clave está en el verbo utilizado por el legislador en el artículo 616: el juez interviniente (de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa) inicia el proceso de adopción. En rigor de verdad, siempre es el juez quien inicia los procesos mediante los despachos; que como providencias simples emite a tal efecto, una vez activada la jurisdicción por quien tiene legitimación para ello. En el supuesto que estamos tratando, puede suceder que omitan ejercer la acción correspondiente a los legitimados activos (es decir, quienes tienen interés o titularizan la pretensión), y es allí donde el órgano administrativo, el Ministerio Público, o el mismo juez oficiosamente impulsarán el ejercicio del derecho subjetivo, con una salvedad: no pueden los pretensos adoptantes ni el niño, niña o adolescente ser compelidos para el emplazamiento filial adoptivo.

En los hechos, cabe preguntarse si tanto el órgano administrativo como los judiciales (Ministerio Público o judicante) limitarían su actividad a instar a los adoptantes a ejercer o no el derecho acordado por el ordenamiento jurídico, para lo cual se estima apropiado conferir un plazo sujeto al arbitrio judicial, o emprenderán el juicio de adopción sin la anuencia de los pretendientes adoptantes.

Como sabemos, el emplazamiento adoptivo confiere derechos y obligaciones recíprocos, hace nacer un estado de familia con caracteres propios, de modo que, en principio, implicaría una injerencia indebida del Estado, además de un tiempo de violencia estatal que viciaría el consentimiento, que un Juez imponga de alguna forma la promoción de una pretensión no deseada.

5.2. El Ministerio Público

A. Consideraciones generales

Conforme la simple lectura de la norma siguiente, el Ministerio Público, de acuerdo a la organización que del mismo tenga cada Estado provincial, deberá ajustar su cometido a las disposiciones del actual artículo 103, que vino a reemplazar el anterior artículo 59 del Código Civil de la República Argentina.

La "*actuación del Ministerio Público*" que se dispone lo es en los siguientes términos: "*...respecto de personas menores de edad y de personas con capacidad restringida puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad y con capacidad restringida cuya falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: (i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; (iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales*".

La función del Ministerio de Menores no se limita a una simple ratificación de lo actuado por los representantes necesarios, sino que suple la negligencia de éstos y se atiende en la medida que lo requiere la defensa del asistido. En tal sentido, es parte esencial en los asuntos en que intervienen personas menores de edad o con capacidad restringida para suplir las omisiones de sus representantes legales. En el supuesto específico de la adopción podrá intervenir en calidad de parte complementaria o principal. Esta afirmación se aplica para el artículo 616, donde estará legitimado para requerir al juez intimo a los adoptante a iniciar el proceso, o eventualmente a iniciarlo derechamente.

B. Un caso

En un recurso de queja interpuesto ante la CSJN, por denegación del extraordinario federal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos contra la sentencia que había dejado sin efecto la resolución que en las instancias anteriores concedió la adopción post mórtem de una persona menor de edad, el máximo tribunal nacional debió analizar los argumentos de su par provincial, que había revertido la decisión de emplazar adoptivamente a la criatura (34).

El caso era el siguiente: el 30 de agosto de 2005 se otorgó a M. I. M. d. S., viuda de R., la guarda preadoptiva del niño A. J. R. S. - nacido el 30 de enero de 2003-, quien permaneció bajo su cuidado y con trato de hijo desde los primeros días de septiembre de 2003, cuando tenía ocho meses de vida. Dicha decisión se fundó no sólo en el hecho de que la solicitante había demostrado su solvencia e idoneidad moral, espiritual, afectiva, económica y material, sino también porque el juez entendió que en el hogar provisto por la guardadora se había generado una realidad afectiva favorable. Días después de haber aceptado formalmente el cargo de guardadora preadoptante, el 16 de abril de 2006 M. I. M.d. S. falleció como consecuencia de un accidente automovilístico en la Provincia de Buenos Aires, sin que hasta ese momento hubiese promovido el

correspondiente juicio de adopción, pese a la convivencia de más de dos años y medio, que incluyó la imposición del nombre por el que era familiarmente conocido el niño. El 3 de mayo de 2006 la Defensoría de Pobre y Menor N°1 de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos, en ejercicio de la representación promiscua, solicitó como medida autosatisfactiva que se declare al niño hijo adoptivo de su guardadora fallecida. Admitido el planteo y concedida la adopción plena, se le designó una tutora legal.

En forma simultánea, el 4 de mayo de 2006, los padres de la guardadora promovieron la sucesión ab intestato de su hija, en la que el hijo adoptado fue declarado único heredero el 19 de abril de 2007 (con posterioridad la resolución fue ampliada, nombrándose a una hermana de la causante, heredera instituida según testamento ológrafo declarado válido). El 26 de abril de 2007, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Entre Ríos confirmó la sentencia de grado que había designado tutora del niño a otra de las hermanas de la causante, con fundamento en la aludida disposición de última voluntad.

Ante tal situación, alegando como perjuicio concreto que el menor los desplazaba de la línea sucesoria los progenitores de la causante promovieron acción autónoma de revisión de la cosa juzgada, con el objeto de que se declarara la nulidad de la sentencia de adopción y de la declaratoria de herederos. Invocaron que existían vicios formales y sustanciales que invalidaban los distintos pronunciamientos, tales como la extinción de la guarda preadoptiva por el fallecimiento de la guardadora, la falta de legitimación de la defensora de menores para promover la adopción, la improcedencia del trámite de medida autosatisfactiva acordado a la causa y la incompetencia del juez de familia para decidir sobre dicho aspecto al haberse iniciado la sucesión. El Superior Tribunal de Entre Ríos casó la sentencia, hizo lugar a la acción planteada y declaró la nulidad de las citadas resoluciones.

Sostuvo el Tribunal entrerriano: "*el proceso autónomo de adopción no es una mera continuación del trámite -también autónomo- de la guarda preadoptiva; si bien la solicitud de la guarda preadoptiva haría presumir la futura intención de adoptar, la voluntad y legitimación activa a tal fin no es sustituible (art. 315, Cód. Civ.), de manera que sin el acto del adoptante cuya función es impulsar el emplazamiento en el estado de familia adoptivo, tal emplazamiento no es viable; el ejercicio de los derechos y obligaciones que conlleva la guarda preadoptiva es intransmisible; cuando el deceso del aspirante se produce con anterioridad al inicio de la adopción, el dato antes indicado no puede soslayarse con la intervención del Ministerio Pupilar, que carece de legitimación adoptiva, puesto que dicha legitimación le es atribuida por la ley al adoptante, exclusiva y excluyentemente; la imprescindible participación en el proceso de adopción y la representación promiscua, en los términos de los artículos 59 y 321, inciso a, Código Civil, no le confieren legitimación adoptiva a la Defensoría de Menores; la urgencia provocada por la súbita carencia de representación del menor a raíz de la muerte de la guardadora, no es fundamento válido para la injerencia del Ministerio de la Defensa al amparo de las normas que rigen su función; la invocación de este último estatuto es excesiva e irrazonable a todas luces, en tanto se da al artículo 40 inciso e, ley provincial 9544, una inadmisibles extensión que violenta el régimen adoptivo vigente; en los procesos de guarda y adopción el Ministerio Pupilar no es representante legal del adoptando como tampoco lo son el guardador o el adoptante postulado; el vicio esencial de falta de legitimación no puede ser subsanado; aun sorteando el defecto apuntado, la adopción no es compatible con el interés superior del niño, puesto que -por ser material y jurídicamente imposible- no podrá cumplirse el objeto primordial de este arbitrio, cual es la relación afectiva que justifica ese tipo de filiación y el compromiso legal y moral de cuidado y formación; resulta paradójico y contrario a dicha finalidad, que el acto constitutivo de la filiación implique simultáneamente la puesta del menor en desamparo y en estado de adoptabilidad. En ese orden, sostuvo, frente al deceso del adoptante, el legislador no ha seguido los lineamientos diseñados para la filiación biológica -en cuyo ámbito, prevé la designación de tutor- sino que establece específicamente el otorgamiento de una segunda adopción (arts. 312, párr. 1° in fine, 377, 378, 389, 392 y concs., Cód. Civ.); este caso no puede asimilarse al supuesto que contempla el artículo 324, Código Civil -referido a la muerte de uno de los esposos postulantes- pues allí el principal designio del sistema permanece intacto; también difiere sustancialmente del precedente jurisprudencia que otorgó la*

adopción post mórtem en favor de un aspirante fallecido en el curso del proceso de adopción, dado que allí se había ejercido la acción por la parte legitimada y se trataba de una larga historia vital consolidada con vínculos biológicos compartidos"

En el recurso ante la Corte, dos fueron los argumentos de peso. En primer lugar, que al decidir como lo hizo, el Tribunal entrerriano conculcó el derecho de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional pues si el niño hubiera estado bajo la guarda preadoptiva de un matrimonio y uno de ellos falleciere, el artículo 324 Código Civil, autorizaría que sea adoptado por el cónyuge sobreviviente y como hijo del matrimonio, pero tratándose de una guardadora individual que fallece, dicha opción no existiría pese a verificarse la total integración del niño a la familia extensa de ella, vulnerándose la identidad dinámica.

Respecto del eje conceptual de la sentencia relativo a la falta de legitimación del defensor de menores para promover la demanda de adopción, el dictamen de la Procuración (35) fue contundente, reafirmando la doctrina de que el Ministerio Público Pupilar tiene la atribución -entre otras- de entablar cuantas acciones hagan a la defensa de los intereses de los menores de edad; potestad que es facultad y deber, y adquiere magnitud singular cuando el niño carece de representación legal. En V.154.XLIV, "*Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Haydée Inés Vargas, Moisés Iván Vargas, V. A.V. y A. z. V. en la causa «Vargas, Moisés Roberto c/Balut Hermanos SRL»*", análogo a lo juzgado en sentencia de 6 de julio de 2010 en R.221.XLIV, "*Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) e/Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/Daños y perjuicios ordinarios*"(36), con fecha 7 de junio de 2011, la CSJN se expidió respecto de la actuación del Ministerio Público en una causa en la que el máximo tribunal de la Provincia de Jujuy juzgó la caducidad de instancia(37), o cual perjudicó a personas menores de edad.

Para ello tuvo en consideración que: 1) la perención no clausura la posibilidad de replantear la cuestión de fondo

promoviendo un nuevo juicio; en autos la resolución impugnada es susceptible de ocasionar un perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior, en función de la eventual prescripción; 2) los argumentos de la Procuración en cuanto a la intervención del Ministerio Público, a saber: i) los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que aquéllos demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación (v. Fallos: 331:994, consid. 5º, con cita de Fallo: 312:1580 y de lo dispuesto concordantemente por los arts. 59, 494 y ss. del Código Civil); ii) en el precedente de Fallos: 331:994 (consider. 5º), la Corte puso de resalto que, con la sanción de la ley 24.946 entre los deberes y atribuciones de los defensores públicos de menores e incapaces se cuenta el de "*...intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil, en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores e incapaces, y entablar en defensa de éstos, las acciones y recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios; así como el promover o intervenir en cualquier causa y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos (arts. 25, inc. i; 54, incs. a, y c; 55, inc. b, y Fallos:324:245)*"; iii) en Fallos: 323:1250 (consids. 13 y 14), se hizo mérito de la nota del Codificador al artículo 58 del Código Civil para remarcar el alto cometido que la ley ha signado al Ministerio Pupilar y valorizar su función institucional, adoptando una postura contraria al menoscabo de los derechos de los herederos menores cuyos intereses no fueron defendidos con el celo necesario por sus diversos representantes; iv) la incapacidad de hecho suple a partir de la representación necesaria que prevé el Código Civil - esquema que reviste sine qua non un carácter dual-, y en la especie, el litigio no se había conformado regularmente, por no haber sido integrada la Litis con la Defensoría Oficial, y no poder sostenerse entonces que a representación de los herederos menores

cumpliera ambos extremos –el legal y el promiscuo-; con lo cual, el proceso no llegó a constituirse debidamente a su respecto (arg. a contrario sensu de Fallos: 331:994 [consids. 6° y 10]).

En función de lo que se ha explicado, el órgano Ministerio Público (asesor de menores, asesor de familia, defensor de menores e incapaces, etc.) podrá intervenir de manera principal si se trata de un adolescente o joven (conf. arts. 24, 25, 26, 595, inc. f, 639, inc. b, 707 conc. del Cód. Civ. y Com.) que requiere por sí mismo el inicio del trámite, frente a lo cual habrá de convocarse a los pretensos adoptante.

Lo usual, sin embargo, será que el Ministerio Público despliegue su función complementaria, a partir de la promoción de la acción en procura de la adopción por los pretensos adoptantes, pues es de esperar que la selección de los guardadores adecuados considere todas las aristas posibles, justamente a fin de prevenir arrepentimientos o nueva frustraciones de los involucrados.

No obstante, como en los hechos juzgados por la Corte, también podría admitirse la promoción directa de la adopción como parte en representación de los derechos de sus asistidos, en supuestos extraordinarios.

5.3. La autoridad de aplicación

A. Consideraciones preliminares

La legitimación para peticionar la actividad jurisdiccional que imponga a los adoptantes el expedirse acerca de si ejercerán o no la pretensión adoptiva con la promoción de la acción correspondiente surge de la intervención otorgada durante la tapa previa de declaración de situación de adoptabilidad (art. 608, inc. c).

Bajo la figura de servicios de Protección de Derechos, Servicios Zonales, Departamentales, Consejos de Niñez y

Adolescencia, u otras denominaciones, pero siempre formando parte del sistema de protección integral, tanto a nivel provincial como nacional, se ha organizado la actividad del Poder Ejecutivo diagramada en función de acciones concertadas, y a la vez bajo el paradigma de la descentralización, con la finalidad de la protección de los derechos que titularizan quienes integran la infancia en la Argentina(38).

En líneas generales, las leyes de protección integral de las provincias, sean precedentes o adherentes a la ley nacional 26.061(39), conservan el mismo esquema de trabajo (40).

Por eso vamos a esbozar en primer término y muy sucintamente un croquis de su funcionamiento, y posteriormente daremos noticia de un fallo dictado por un tribunal de la Provincia de Buenos Aires respecto del circuito virtuoso en que debe moverse el sistema.

Entre las competencias de la autoridad de aplicación se encuentra proponer la adopción de medidas que implican la restricción del derecho a la convivencia familiar con las familias de origen(41), denominadas excepcionales(42), con el recaudo del agotamiento debidamente acreditado de instancias previas dispuestas para la restitución del o de los derechos vulnerados, y la posterior implementación de aquellas diagramadas por el organismo administrativo, o por el juez interviniente (arts. 40, 41 y cones. de la ley 26.061). El sistema se rige por determinados principios de derechos humanos: de integralidad, universalidad y no discriminación, irrenunciable, interdependientes, indivisibles e intransigibles; por ello se destaca en la normativa la vigencia del orden público. En lo específico, rigen el interés superior del niño, conceptualizado a través de pauta como el "*centro de vida*", la garantía de prioridad, la responsabilidad gubernamental, el principio de efectividad: máxima exigibilidad, medidas expeditivas y eficaces, deber de comunicar. Respecto del Estado como garante: el principio de corresponsabilidad:

responsabilidad indelegable del Estado, participación comunitaria y responsabilidad familiar en forma prioritaria.

Si la actividad desplegada por el sistema integral de protección (es decir el Estado en su función administrativa y judicial)(43) desemboca en la declaración de situaciones de adoptabilidad, lógicamente la intervención del órgano administrativo que fue quien tuvo a su cargo la implementación de los programas trabajó con el niño, la familia nuclear y/o ampliada, desplegó estrategia tendientes a la reversión de la situación de vulneración de derecho deberá estar presente promoviendo que se adopte una decisión definitiva. Son las personas que se desempeñan en los organismos descentralizados quienes manejan la información "de primera mano", conocen a los componentes de la familia, su casa, el entorno, el barrio, la escuela, etcétera, y por eso, lo que tengan para decir audible.

El control de legalidad no importa una mera confirmación de lo actuado en sede administrativa, al contrario, exige el cumplimiento de todas las garantías para todos los involucrados, de modo que si no resultan positivas las acciones emprendidas, dentro de ese mismo ámbito puede darse por agotada la intervención estatal respecto de la permanencia en la familia de origen (con consecuencia equivalente a la privación de la responsabilidad parental, conforme artículo 610).

Lo que el Código Civil y Comercial de la República Argentina introduce es un orden a un sistema que rige a nivel nacional, con matices e interpretaciones antojadizas que muchas veces vulneran los derechos fundamentales. En ese camino, dispone claramente que hay un procedimiento que puede (44) concluir en la declaración judicial de situación de adoptabilidad, a partir de tres supuestos -distintos-enumera (niños huérfanos, desprendimientos parentales o fracaso de las medidas administrativo-judiciales). Esta interpretación respaldada por la práctica forense, hecha por tierra la postura que sostiene que: existe un procedimiento administrativo y otro judicial en cuanto a las medidas que puedan desembocar en declaraciones de estado de adoptabilidad, acusando que el sistema introduce más demora en la

resolución de la situación personal y jurídica de los niños, niñas y adolescentes (45). Al contrario, la fijación específica de plazo para cada uno de los supuestos permite reducir el flagelo de la institucionalización prolongada, o las medidas dictada por quienes persisten en la idea del sistema tutelar, aun conociendo la vigencia del de protección integral, coadyuvando a la reducción del factor más criticado del sistema de justicia: el tiempo del proceso(46).

En definitiva, el alcance de la intervención de la autoridad administrativa, entonces, es el de requerir al magistrado competente se inste la promoción del juicio de adopción, si continuaron interviniendo luego de discernida la guarda.

B. ¿Quién es la "autoridad administrativa"?

Dependiendo de la organización de cada Estado provincial, en principio será el Registro de Pretensos Adoptantes el organismo facultado en los términos del artículo 616 para requerir se interpele a los pretensos a iniciar o no el procedimiento establecido en los artículos 615 y siguientes, pues en aquellas provincias donde el Registro funciona en la órbita del Poder Ejecutivo, y tiene a su cargo el seguimiento de la guarda conferida con fines de adopción, hace a su exclusiva misión⁴⁵⁷. Dependiendo del alcance de las modificaciones que pudieron haber efectuado por la adhesión a la ley 25.854, aun los Registros que funcionan bajo la órbita del Poder Judicial (por ley o acordada) podrán oficiar de autoridad administrativa a los efectos de la norma. En función de que nos hallamos frente a un sistema que se caracteriza por la corresponsabilidad, también corresponderá a los Servicios Departamentales o de Protección de Derechos del lugar donde la guarda para la adopción fue discernida la posibilidad de requerir se inste a iniciar la instancia adoptiva.

Con relación a la intervención de la autoridad administrativa respecto de una medida de "abrigo", se extracta un caso que fue resuelto por el Tribunal de Familia N° 2 de La Plata, el 4 de junio de 2010, en autos "M. J. y M. s./Abrigo"(48). Allí se declaró la ilegalidad de

la medida de protección de derecho excepcional -abrigo- dictada por los organismos administrativos y presentada a la Justicia a los fines del control de legalidad dispuesto por el artículo 35, inciso h, de la ley 13.298, por carecer de la intervención del servicio Zonal de Protección de Derechos en su adopción. La sentencia se pronunció respecto de las facultades del juez de familia en el ejercicio de este control de legalidad dispuesto por el artículo 35 en cuestión y el marco regulatorio del decreto 300/2005, entendiendo que dicho contralor abarca: la comprobación del agotamiento de todas las medidas ordinarias previas (art. 35, incs. a, a g, ley 13.298) sin resultado positivo; la proporcionalidad de la medida adoptada con el caso concreto de intervención; que la medida adoptada resulta la más idónea entre todas las posibles; la mayor cantidad de beneficio frente a perjuicios que pudiera causar dicha medida elegida. El Tribunal afirma, además, que resulta indispensable que la comunicación al Poder Judicial sea realizada por parte del Servicio Zonal de Protección, como organismo superior de la esfera administrativa, quien además habrá de revisar, en el ámbito de facultades, lo actuado en su caso por los servicios locales, sus prestando su conformidad con la medida, conforme a lo dispuesto por el artículo 2º, resolución del Ministerio de Desarrollo Social 332/2010. No habiéndose cumplido con este recaudo, ante la irregularidad de lo actuado por el órgano administrador, declara la ilegalidad de la medida de abrigo dispuesta por la Dirección de Niñez y Adolescencia de la Municipalidad de La Plata, ordenando en consecuencia dar intervención al Servicio Zonal departamental.

Deberá prestarse especial atención a que, si se trata de niños institucionalizados o que forman parte de programas de inserción en familias de tránsito (de variadas denominaciones)(49), esos organismos dependen administrativamente del mismo Poder Ejecutivo, formando parte de lo que el Código denomina "*autoridad de aplicación*". En definitiva, no podrá el juez omitir cumplir con la disposición de iniciar el proceso de adopción cuando le es requerido por cualquiera de las dependencias administrativas que se vinculan

con el sistema de protección integral, máxime si se trata de aquellos más cercanos a la cotidianidad del niño, niña o adolescente.

5.4. El juez

Como se señaló párrafos más arriba, el juez deberá ejercer su imperio a fin de dotar de operatividad a la sentencia que declaró la situación de adaptabilidad y transformar el estado nacido a partir de la guarda con fines de adopción en un emplazamiento filial.

En cuanto al alcance de su actuación de oficio, en primer lugar el artículo no confiere opción, es decir, no puede esperar a ser instado por las partes o la autoridad administrativa. La norma debe ser leída e interpretada junto con el artículo 709(50), y por lo tanto el magistrado procurará llevar registro adecuado del vencimiento de las guardas con fines de adopción, a fin de instar la promoción de la acción una vez vencido el término. La dificultad puede darse en el supuesto de que los pretensos muden su domicilio, cuestión que deberá ser considerada al momento del discernimiento de la guarda, debiendo eventualmente constituir domicilio a los efectos de este artículo, o bien comprometerse a informar la variación del mismo, para allí validar la convocatoria, de ser el caso.

Ahora bien, como ya se explicó, la oficiosidad de la actuación no puede ser extendida al límite de transformarse en una violación de los derechos que asisten a los pretensos adoptantes, por eso lo conveniente ante el vencimiento del plazo sin que se presente la demanda requiriendo la filiación adoptiva será iniciar un expediente donde el primer despacho consista en una intimación a los guardadores a presentarla en un plazo que se fijará en función de las circunstancias de hecho, bajo apercibimiento de entender el silencio como negativa, revocar la guarda y conferir una nueva a quien corresponda de la nómina.

Recordemos que nuestro máximo tribunal ha reiterado en el precedente "*Roquel, Héctor A. e/Provincia de Santa Cruz (Estado nacional)*

s/*Acción de amparo*", del 10 de diciembre de 2013, que constituye un presupuesto necesario para la intervención jurisdiccional que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el tribunal (Fallos: 323:4098). En el tradicional precedente de Fallos: 156:318, la Corte definió a esas causas como los asuntos en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas (considerando 5º) que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante (Fallos: 326:3007). Esos argumentos, sumados a que no podría el juez fundar su legitimación para accionar en el interés general en que cumplan la Constitución y las leyes (arg. Fallos: 321:1352) y a que en definitiva la adopción persigue un emplazamiento filial que no puede ser impuesto contra el consentimiento de los involucrados, dan cabida al verdadero alcance de la disposición en comentario.

Desde el punto de vista práctico, parece oportuno que la notificación intimando a decidir el emplazamiento o desistir de él se realice con intervención de miembros de un equipo interdisciplinario, para recibir velozmente la información y establecer cursos de acción. En idéntico momento se ordenará la notificación de lo despachado al Ministerio Público y la autoridad administrativa que tenga a su cargo el Registro de Pretensos Adoptantes, y en su caso, al organismo que desempeñe la función de restituir derechos en el ámbito administrativo. Ello, in perjuicio de cualquier otra medida de naturaleza cautelar que entendiéndose necesario adoptar.

5.5. Acerca del alcance del rol del juez

Si bien con el alcance brindado en párrafo precedente claro que el inicio del procedimiento que concluirá con el reemplazamiento adoptivo puede estar en cabeza del juez en función de una creciente proactividad jurisdiccional cuando de derechos fundamentales se trata, en lo que hace a las cuestiones procesales se ha desarrollado la idea de la vigencia de una justicia de acompañamiento que obliga al magistrado a conocer más que las normas, a desarrollar estrategias y nutrirse de otras disciplinas, a "*poner el cuerpo*", la imaginación, la

creatividad, el compromiso personal, en ocasiones en que la letra de la ley es notoriamente insuficiente (51)

No obstante, el desarrollo de la tarea jurisdiccional debe ser demarcada bajo reglas de prudencia, a fin de evitar incurrir en desmesura jurisdiccional. Su límite reposa en el principio de congruencia, que impone al juez no fallar más allá de los hechos invocados por las partes, aunque, claro está, con la flexibilización propia que ampara al Derecho de Familia. Todos los jueces deben valorar de forma equilibrada los hechos del caso, así como las normas y principios jurídicos en juego, y resolver las tensiones entre ellos mediante una ponderación adecuada que logre obtener una realización lo más completa posible de las reglas y principios fundamentales del Derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico (52). Puede válidamente sostenerse que el verdadero confín del activismo judicial en la materia está en las garantías, desde que una de las características del proceso de familia reposa en la permanente ponderación entre principios que realiza la magistratura en la resolución de los conflictos, más que en la selección de normas escritas.

En una publicación que analiza el rol del juez en el proceso adoptivo se sostuvo que *"Resulta necesario entonces que el magistrado ejerza un rol de acompañamiento, afianzamiento y fortalecimiento de esa familia que recibe a un niño en su seno. En definitiva no será otra cosa que el cumplimiento al 'principio de efectividad' que el sistema jurídico proclama en forma reiterada (art. 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 29 de la ley 26.061)"* y bajo esa afirmación se llegó a concluir que el juez debería continuar con su tarea aun después de discernida la guarda para adopción (53). Muy especialmente en aquellas situaciones que involucran a niño, que ya no se encuentran en el período correspondiente a la primera infancia.

Ciertamente, no es éticamente posible delegar o desentenderse del desarrollo del ensamble familiar intentado a partir de que se confiere la guarda para adopción. Pero habrá que ponderar

hasta qué punto es productiva la actividad del magistrado, por sí mismo o a través de sus auxiliares, o si el seguimiento del caso deberá ser puesto a consideración, acompañamiento y guía de la esfera administrativa. Cada caso marcará el rumbo de este magistrado activo, partícipe, ocupado en la suerte de su tarea, pues tan nocivo es desentenderse en absoluto como sobreinvolucrarse al límite de la injerencia indebida. Será a partir de las pautas de la tutela judicial efectiva y el acceso a una sentencia que se cumpla, en función del interés superior del niño, que habrá de conducirse en cada supuesto.

Sin perjuicio de que la norma en comentario indicaría que la actividad judicial del magistrado concluiría con instar a las partes a iniciar la acción de adopción bajo apercibimiento de que su silencio será entendido como negativa, procediéndose a revocar la guarda para adopción no siempre las respuestas son lineales.

Pensemos en la guarda discernida respecto de adolescentes, cuya inserción familiar en grupos alternativos a los que crecieron suele ser harto compleja. El límite legal máximo es de seis meses, conforme el artículo 614 y el texto vedaría al juzgador su prórroga. Pero podría suceder -en realidad, es bastante frecuente que ocurra-, incluso como parte del ciclo vital que atraviesan las personas en esa etapa, que el consentimiento que debe ser prestado no se obtiene, o los mismos guardadores ven dificultado el ejercicio de la paternidad y la maternidad que pretenden y muestran dudas para seguir adelante.

El magistrado, oficiosamente o a requerimiento de la autoridad administrativa o del Ministerio Público, vencido el plazo estipulado, debería instar a los pretensos adoptantes o al niño, niña o adolescente con edad y madurez suficiente, o a ambos, a iniciar el trámite de adopción en un plazo determinado que debería fijar. Si comparecen las partes, aun manifestando los inconvenientes que se les plantean, el juez competente contará con muchas más posibilidades de actuación, pues podrá dar intervención a organismos especializados que trabajen aquellos obstáculos que aparecieron, siempre con la finalidad de res- petar el derecho a vivir y desarrollarse

en una familia, que puede o no ser la guardadora. El fundamento de los poderes con los que cuenta el magistrado radica en el principio de oficiosidad que es enunciado, de manera general, como principio procesal en el Título VIII del Libro Segundo sobre Procesos de familia , en especial, resultan aplicable los artículos 706 y 709.

Allí se establece que el impulso procesal está a cargo del juez, a quien se faculta a ordenar pruebas oficiosamente o dictar, en determinados caso, medidas urgentes. La mayor actuación judicial prevista en este tema no es única en la nueva codificación, pudiendo observar a amplitud de las funciones de la judicatura en todo aquello que interesa a los derechos fundamentales de los vulnerables: así, en materia de alimentos, se pueden imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución; también ante la reiteración de incumplimientos en el régimen de comunicación (arts. 553 y 557, respectivamente); asimismo puede el juez disponer la intervención de equipos especializados si una persona menor de edad pretende acceder al expediente de guarda y adopción procurando ejercer su derecho a conocer su historia, el origen de su filiación adoptiva (art. 596).

6. Las partes en el procedimiento adoptivo

A diferencia de lo que acontece en la porción del proceso adoptivo que concluye con la declaración en situación de adaptabilidad, en esta etapa quedan excluidos los progenitores (54).

En efecto, antes de que se entable formalmente la demanda adoptiva, se llevó a cabo una etapa en la que se debió otorgar intervención al organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial y al Ministerio Público. También, pero en calidad de parte, al niño, niña o adolescente y sus progenitores u otros representantes legales, contando el juez con la posibilidad de citar para oír a otros parientes.

Sin perjuicio de lo que se señalará al comentar el artículo 617, a los fines de esta disposición legal parte para solicitar el emplazamiento adoptivo son los pretensos adoptante/s y adoptado/s, y el Ministerio Público, este último actuando como principal o complementariamente, según las circunstancias fácticas.

7. Consecuencias de la falta de inicio

Dispuesta la citación para presentar la demanda de adopción, puede suceder que:

a) Comparezcan los pretensos adoptantes y soliciten la adopción, y en este caso, consignando o no el consentimiento del niño, niña o adolescente.

b) Comparezca el adolescente con patrocinio su propia adopción; aquí también puede ocurrir que la pretensión de los pretensos adoptantes sea concomitante, o no.

c) No comparezcan los pretensos adoptantes pero lo haga el niño, la niña o adolescente con la participación del Ministerio Público invocando la representación que le confiere el artículo 103.

En los dos primeros supuestos, el juez inicia formalmente el trámite de adopción de conformidad con las reglas fijadas y que se comentan seguidamente. Aunque sea infrecuente que la demanda sea presentada por una sola de las partes, no se puede descartar que ello ocurra.

La restante opción es que citado los miembros del grupo (pretensos adoptantes y adoptado/s), ellos no comparecieran. En ese caso, en virtud de los mismos principios que venimos citando, será deber del juez revocar la guarda para adopción, si es que no resulta posible disponer medidas necesarias para que los guardadores/pretensos adoptante reviertan su inacción. Aquí, simultáneamente, se decretará un nuevo resolutorio declarando la

situación de adoptabilidad, debiendo -con la premura que el caso amerita- obtener, de la nómina de pretendientes adoptantes, los que resulten adecuados para ser padres de esa persona menor de edad.

Referencias Bibliográficas

(1) WAGMAISTER, Adriana y PODESTÁ, Andrea, Algunas consideraciones respecto del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y sus normativas locales, en J. A. del 2-3-2005, donde citan las expresiones del Codificador en nota elevada al Ministerio de Justicia con el primer libro del Proyecto del Código Civil de la República Argentina, y mencionan que Vélez rechazó la figura argumentando que *"...no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos los grados, un individuo que la naturaleza no había colocado en ella [...] tampoco está en nuestra costumbre, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella, sino en casos muy singulares"*.

(2) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, De los llamados requisitos "rígidos" de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana Y argentina, en J. A. 1998-ID-972, Lexis N° 0003/000491.

(3) Conforme Antecedentes parlamentarios, fundamento 3°, en L. L. 1997-A-956: *"La finalidad de esta creación radica en que todos los aspirantes a la adopción tengan las mismas posibilidades, unificándose las diversas solicitudes que se registren a nivel nacional respecto a los peticionantes. Asimismo, se establece el respeto irrestricto al orden cronológico de la inscripción de los aspirantes a la adopción, evitando de este modo todo tipo de maniobras y dilaciones absolutamente injustas en el trámite tal como ocurre en nuestros días"*.

(4) Sancionada el 4-12-2003; promulgada el 6-1-2004, y publicada en el B. O. el 8-1-2004.

(5) Disponía el dec. 383/2005 en el artículo 36: *"Los Jueces Nacionales en lo Civil con competencia en Asuntos de Familia, desde la entrada en vigencia de la presente reglamentación, y los magistrados con competencia en el otorgamiento de guardas con fines de adopción y adopciones que ejerzan su jurisdicción en las provincias adherentes, a partir de la fecha de la pertinente adhesión, sólo podrán*

otorgar guardas con fines adoptivos a postulante incluidos en la N6mina de Aspirantes admitidos del Registro 6nico de aspirantes con fines adoptivos".

(6) Primera disposici6n que aclara acerca el sentido de la Ley de creaci6n del Registro en los siguiente t6rminos: "*dotar de transparencia al otorgamiento de guardas con fines adoptivos, proporcionando a los jueces y organismos oficiales que tienen a su cargo los tr6mites relacionado a la adopci6n una lista centralizada 6ntegra y segura de aspirantes admitidos (...) y agilizar y economizar los tr6mites de adopci6n evitando que los aspirantes tengan que inscribirse en m6ltiples registros para acceder a la adopci6n de menores domiciliados en distintas provincias".*

(7) Publicado en el B. O. el 29-8-2005, y que respecto del alcance de los m6ltiples cuestionamientos realizados al dec. 383/2005 expres6: "*en raz6n de haberse recibido ciertos cuestionamientos a la validez de las n6minas de ni6os dados en guarda y en adopci6n y al art6culo 9º y teniendo en cuenta que la ley 25.854 invita a las provincias a adherir a su r6gimen, resulta indispensable adoptar medidas para contar con una norma carente de reparos que permita la implementaci6n del r6gimen..."*

(8) Publicado en B. O. el 1-10-2009.

(9) Para profundizar, v6ase el trabajo de PERACCA, Ana, Registro 6nico (nacional) de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopci6n. An6lisis de su funcionamiento en las jurisdicciones locales (con especial referencia a la Provincia de Catamarca), en RDF, N6 49, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, abril de 2011, ps. 285 y ss.

(10) MERESKY, N. y LEVY, L., Reflexiones sobre la ley 25.854. Creaci6n del Registro 6nico de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, en RDF 27-131, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

(11) PERACCA, Registro 6nico (nacional) de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopci6n... cit.

(12) BASSET, 6rsula C., An6lisis del T6tulo VI de "Adopci6n" en el C6digo Civil proyectado, en Revista Derecho de Familia y de las Personas, 2012 (julio), p. 149.

(13) En el Proyecto de C6digo Civil de la Rep6blica Argentina del a6o 1998, la adopci6n era tratada en el T6tulo IX del Libro Tercero, art6culos 636 a 664, dividido en nueve cap6tulos. En los Fundamentos, los autores explicaron que se siguieron b6sicamente los textos del C6digo Civil incorporados por la ley 24.779, sancionada el 28-2-97 y

promulgada el 26-3-97, que en su artículo 1º disponía la incorporación al Código Civil, como Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero, el sistema adoptivo. Es decir, como ocurrió con la redacción actual, se cuidaba de no romper con los avances que recientemente se habían logrado en la materia. Con posterioridad a la primera regulación legislativa, la ley 13.252/48, el Derecho se ha ocupado sistemáticamente de la modificación de la regulación legal en tomo al tema. Además de las tres leyes sancionadas (13.252, 19.134 y 24.779), fueron numerosos los proyectos de ley de ambas Cámaras tendientes a la modificación del sistema, algunos incluso inmediatamente posteriores a la sanción de la ley 24.779, y de este fenómeno no estuvo exento el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998. Esta sola circunstancia autoriza a sostener que la adopción como institución social, no nos es indiferente, y tal vez ello obedezca a la íntima relación que tiene con un derecho fundamental, como es el de identidad.

(14) BASSET, *Análisis del Título VI de "Adopción"*... cit., cuestiona la inclusión en la definición de este derecho aludiendo a que trata de una norma programática ya contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño. Pero lo que la autora no alcanza a advertir es que se apela a reducir el sistemático funcionalismo que tuvo la adopción en nuestro país dotado de hijos a parejas heterosexuales unidas en matrimonio, aun cuando ello importaba arrasar los derechos del propio niño a mantener su familia de origen; para morigerar esta realidad, lo que se propicia es que esta modalidad de ahijamiento logre que sean los niños los verdaderos beneficiados, a partir de adopciones segura para todos los involucrados. Con sólo leer las Exposiciones de Motivos de las leyes de adopción se advierte que sistemáticamente se ponderó la conformación de "*la familia*" entendida como la que funciona bajo el paradigma judeocristiano de madre, padre e hijos. Lo afirmado puede ampliarse con la lectura de la investigación realizada por HERRERA, Marisa y SPAVENTA, Verónica, *El caleidoscopio judicial en cuestiones de adopción*, en RDF, Abeledo-Perrot, 2004-27-231. En tiempos donde impera la diversidad, el Derecho positivo, como parte de un sistema regido por los derechos fundamentales, no puede ser ajeno a plasmar en las normas las necesidades sociales. Y

que todo niño tenga una familia que le garantice sus derechos sin duda lo es, por lo tanto no parece que se trate de una cláusula programática, ya que hasta por definición es autoejecutiva: lo usual es la convivencia familiar, que puede verse afectada, pero sólo transitoriamente. En rigor, se trata de un derecho contenido en la definición, con el propósito de evitar la institucionalización o reducirla a su mínima expresión, así como la creencia de que existiría un "derecho al hijo", o a determinado tipo de familia. Lo que el Derecho reconoce es la prerrogativa de vivir y desarrollarse en una familia, con independencia de la categorización que se quiera hacer de ella, mientras se satisfagan las necesidades de cada uno de sus miembros.

(15) El derecho de todo niño a desarrollarse y educarse en su familia de origen y, excepcionalmente, en familia sustituta está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo, párr. 5º, y arts. 7.1, 9º, 18, 20 y 27) y en muchas normas del Derecho interno de los países de la región como el Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil (art. 19), el Código del Menor de Bolivia (art. 31), el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Nicaragua (art. 21), el Código para la protección de Niño, Niña y Adolescentes de República Dominicana (art. 13). En el ámbito local, además de lo que establecen las leyes provinciales que regulan los procedimientos relacionados con los derechos, de la infancia, la ley nacional reglamentaria de la Convención (26.061). La Opinión Consultiva N°17 emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 28-8-2002, expresó: *"...la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del grupo familiar"*. Y agrega en el párr. 77: *"El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño. Y además está expresamente reconocido por los arts. 12.1, Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de*

Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos"

(16) MEDINA, Graciela, *La adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial - I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 473. Señala que se distinguen y regulan de manera diferenciada: 1) adopción de menores, que a su vez puede ser simple o plena; 2) adopción de mayores, en el artículo 597, inciso a y b; 3) adopción de integración, contemplada en la Sección 4ª, artículos 630 a 633, y 4) Adopción en el extranjero, artículo 2635 a 2638. Cabe señalar que la misma autora, en posición que no compartimos, sostiene que se establecen cuatro tipos de procesos para llegar a la adopción: uno administrativo y tres judiciales. Como se explicará en su lugar, y basado en las prácticas que desplegamos en la primera instancia algunos juzgaos de familia, existe un procedimiento de corte administrativo-judicial que puede concluir en declaración de situación de adoptabilidad, confiriendo la guarda (como estado) con fines de adopción, y un procedimiento para la adopción propiamente dicha.

(17) DÍAZ DE VIVAR, Elisa M., *Deberes y facultades de los jueces*, en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial cit., ps. 538/539.

(18) BERIZONCE, Roberto; BERMEJO, Patricia y AMENDOLARA, Zulma, *Tribunales y proceso de familia (Ley 11.453 modificada por ley 12.318)*, Platense, La Plata, 2001; BERTOLDI, María y FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, *Régimen procesal del fuero de familia*, Depalma, Buenos Aires, 1999; MORELLO, Augusto Y MORELLO DE RAMÍREZ, María, *El moderno Derecho de Familia. Aspectos de fondo y procesales*, Platense, La Plata, 2002; *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-1, *Derecho Procesal de Familia - 1*, y N° 2002-2, *Derecho Procesal de Familia- II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; KIELMANOVICH, Jorge, *Derecho Procesal de Familia*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, entre otros.

(19) Para ampliar, compulsar GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María V. y HERRER, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, con prólogo de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006, ts. I y II, y LLOVERAS, Nora Y SALOMON, Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, Universidad, Buenos Aires, 2009.

(20) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al estudio del Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, t. 1, que lo ha entendido como método dialéctico de debate entre dos partes, actuando en un plano de igualdad, ante un tercero imparcial e independiente.

(21) Quinto párrafo: *"Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad"*, y, en lo particular, el sexto párrafo: *"Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"*.

(22) Art. 20: *"1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, 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"*.

(23) MORELLO, Augusto M., Motivación adecuada de la sentencia. Matices, en E. D. del 24-8-2007, sostuvo con sumo acierto: *"Los jueces no pueden sustraerse a la influencia de las nuevas coordenadas jurídicas, diferentes a las que tradicionalmente constituían su arsenal formativo y, en no pocas decisiones, especialmente en el delicado tema de los derechos humanos, han debido renovar el derecho judicial"*.

(24) MORELLO, Augusto M., Constitución y proceso. Edad actual de las garantías, Astrea, Buenos Aires, 1998, entre muchos otros,

sostuvo a propósito del fenómeno que se trataba de *"una invasión del Derecho Constitucional que penetra por todos los poros de las restantes disciplinas y enérgicamente en el territorio procesal"*.

(25) VARGAS, Abraham Luis, Los procesos de familia y sus principios específicos, en PEYRANO, Jorge W. (dir.), Principios procesales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. II, p. 408.

(26) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Derecho Procesal de Familia. Principios procesales, en MJ-DOC-5283-AR, MJD5283, del 31-3-2011.

(27) Art. 8.1: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

(28) RUIZ DE LA FUE NTE, María C. El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes, en CACHÓN CADENAS y PICÓ I JUNOY (ccords.). La ejecución civil, Atelier, Barcelona, 2008, p. 21, citada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Derecho Procesal de Familia... cit.

(29) CSJN, 23-11-2004, *"M. S. A. S/Materia previsional s/Recurso de amparo"* Abeledo-Perrot N° 35001153.

(30) SCJBA, 15-7-2009, *"V., M. J."*, RDF, N° 45, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 192, con nota de Lorena Greselin.

(31) WAGMAISTER, Adriana M., Declaración de estado de adaptabilidad, en L. L. 1981-D-919; Por una adopción segura, en L. L. 1985-C-968, y La guarda preadoptiva, la adopción y el interés superior del niño en los recientes fallos de altos tribunales, en RDF, N° 45, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, ps. 135 y ss.

(32) Disidencia de la ministra Dra. Carmen Argibay, considerando 4° en autos M.970.XXXIX, *"Mujeres por la Vida, Asociación Civil sin Fines de Lucro filial Córdoba- e/EN -PEN-. Min. de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo"*, del 31-10-2006, J. A. 2007-1-19.

(33) *"Se admitió, en el plano legislativo primero y constitucional más tarde, la defensa del interés de terceros ya no en beneficio del actor sino del mismo tercero - una suerte de altruismo judicial - al reconocer, por ejemplo, la posibilidad de que cualquier persona pudiese interponer acción de hábeas corpus en beneficio de otro"*

(art. 5° de la Ley 23.098 y art. 43, cuarto párrafo, de la Constitución Nacional). En fallos más recientes, esta Corte ha extendido esta posibilidad al admitir que ciertas organizaciones defiendan el interés de terceros que se encontraban con serias dificultades para hacerlo por sí mismos por encontrarse en prisión (Fallos: 325:524 y 328:1146). Interpreto todos estos casos como aplicaciones y excepción de la regla tradicional, según la cual la defensa judicial de derechos individuales corresponde, en principio, a sus titulares".

(34) CSJN, 26-9-2012, "M. del S. R. y otra", Abeledo-Perrot, P/JUR/2564/2012.

(35) CSJN, 7-6-2011, "Vargas, Moisés R. c/Balut Hermanos SRL s/Daños y perjuicios", citado en CSJN 26 9-2012 "M del S. R. y otra", cit. en nota anterior.

(36) Allí 1a CSJN reiteró la doctrina sentada en Fallos: 320:2762, 324.151 y 324:253, y complementaria (en tanto representa al menor en forma conjunta con sus representantes legales, a quienes no sustituye ni reemplaza [v. consid. 6°]), al propio tiempo se puso de resalto que dicho organismo puede requerir, en su carácter de parte, todas las medidas conducentes para la mejor defensa de la persona y bienes de los incapaces. Desde ese ángulo, se enfatizó que la función atribuida por el art. 59 del Código Civil y de la ley 24.946, es de orden público y no se limita a una simple ratificación de los actuado por los representantes necesarios, sino que sus atribuciones se extienden a entablar todas las acciones y recursos necesarios en resguardo del interés de sus representados (consider. 7°).

(37) El tribunal de origen (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy) decretó la caducidad de la instancia, con los siguientes fundamentos: i) El letrado de la parte actora retiró el expediente y lo retuvo durante un año, siete meses y doce días. ii) La caducidad de instancia -que acontece por el solo transcurso del tiempo y no se salva por actos posteriores- se apoya en la presunción de abandono por parte del accionante y reconoce como fundamento principal el interés público comprometido en el desenvolvimiento normal del proceso, evitando su prolongación indefinida en detrimento de la buena administración de justicia. iii) El impulso encomendado a los jueces no releva a las partes ni a los abogados del cumplimiento de las cargas que le son propias, pues entre las amplias

facultades de dirección del proceso no está la de doblegar la desidia o resistir el desinterés de la litigante iv) La protección que la Convención sobre los Derechos del Niño depara a los menores de edad se traduce en el deber de brindarles tutela judicial efectiva (acceso a la justicia, debida representación, proceso justo y posibilidad de ser oído). v) En la especie no hay vulneración de derechos, porque los sucesores han gozado de esas posibilidades con la debida representación de su madre y con la concurrencia de patrocinio letrado. vi) Pensar que la sola condición de incapaz lleva a prescindir de institutos como el de la caducidad importa conferir a aquel instrumento un alcance que no tiene, a costa de cercenar el derecho de defensa y debido proceso de la contraparte. vii) La citada Convención no ha modificado el art. 202, segunda parte del CPC, de modo que la caducidad corre aún para los menores. viii) La interpretación restrictiva es aplicable a supuestos dudosos y no a situaciones claras como la de autos. ix) No existe norma legal alguna que imponga la imprescriptibilidad ni la inaplicabilidad de la caducidad de instancia, por encontrarse en juego derechos de menores en reclamos como el que se ventila en esta causa. Al interponer el remedio federal, el Ministerio Público sostuvo que se había omitido darle efectiva participación, por lo cual se vio privado de instar el trámite, proponiendo en el recurso que la incapacidad no fue debidamente compensada o suplida, confundiendo la situación de la madre y la de los niños, para quienes el proceso no llegó a constituirse regularmente. Invocó también la existencia de gravedad institucional, por cuanto se habría restado importancia a la falta de participación del Ministerio Público. (37) V. asimismo, en lo pertinente, Fallos: 305: 1945; 320: 1291; 325: 1347; 330:449; C.1096.XLIII, "*Carballo de Pochat, Violeta andra Lucía c/Anses s/Daños y perjuicios*", del 19-5-2009, y R.221.XLIV, "*Rivera, Rosa Patricia n nombre y representación de sus hijos menores- e/Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/Daños y perjuicios*", del 6-7-2010.

(38) Ley 26.061, art. 32: "*El Sistema de Protección Integral de Derecho de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y*

supervisan las políticas pública, 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 medio 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 Niños, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional..."

(39) La ley 26.061 aparece en el ordenamiento jurídico nacional precedida de un rico e interesante proceso de reforma legislativa iniciado por las provincias a partir de la sanción de la Ley del Niño y del Adolescente de la Provincia de Mendoza, el 22-11-95, y en procura de su adecuación a las pautas que marcaba la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Entre ellas: Chubut (por ley ID N° 21, antes 4347, del 16-12-97), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 114 del 3-12-98), Salta (ley 7039 del 8-7-99), Neuquén (ley 2302 del 7-12-99), Buenos Aires (ley 12.607 del 29-12-2000, derogada por ley 13.298 del 14-1-2005), Tierra del Fuego (ley 521 del 10-5-2001), Misiones (ley 3820 del 6-11-2001), Jujuy (ley 5288 del 22-11-2001) y San Juan (ley 7338 del 5-12-2002). Provincias como Catamarca (ley 5292 del 23-10-2009), Córdoba (ley 9390 del 4-5-2011), La Rioja (ley 8066 de octubre de 2006) y Corrientes (ley 5773 del 9-5-2007) directamente adhirieron a la ley nacional -sin que por esa razón pueda afirmarse que implementaron el sistema de manera efectiva-, y otras como Río Negro (ley 4109 del 31-7-2006), Entre Río (ley 9 61 del 10-9-2008), Santiago del Estero (ley 6915 del 14-10-2008), Santa Fe (ley 12.967 del 17-4-2009), Santa Cruz (ley 3062 del 11-8-2009) y Tucumán (ley 8293 del 5-5-2010) dictaron sus propias normativas adecuadas a la CDN y a la ley 26.061.

(40) A partir de los enunciados de la CDN, la responsabilidad en la protección de los derechos reconocidos a la infancia no solo recae sobre los padres o responsables directos del menor, sobre un área del ejecutivo con competencia en infancia o sobre la justicia especializada sino que, aun con diferentes grados, la protección integral de la infancia convoca a diferentes actores, gubernamentales y no gubernamentales, en el ámbito de su competencia específica y de conformidad al principio de participación comunitaria, en virtud del

principio corresponsabilidad. Este principio introduce “una complejidad desconocida por el modelo tutelar cuyo circuito se restringe a pocos actores [el defensor de menores, el órgano técnico-administrativo de minoridad] organizados alrededor de un actor principal: el juez de menores, cuyo hacer no responde a ninguna de las obligaciones que hemos visto. Es decir actúa, por un lado, en forma coactiva y arbitraria, sin las limitaciones que impone una perspectiva de derechos y, por otro, sin los recursos ni las capacidades técnicas y materiales necesarias para realizar en forma positiva los derechos, dado que esta posibilidad de realización compete, por definición, a otro poder del Estado” (Konterllnik, 2005:5), cita que corresponde al Cuadernillo N° 2: Desarrollo de sistemas de protección integral de derechos en el ámbito local, perteneciente al Ministerio de Desarrollo Social, Presidencia de la Nación,

<http://www.desarrollosocial.gob.ar/Uploads/il/Cuadernillo%20N%C2%0%202.pdf%20B.pdf>.

(41) Se utiliza esta terminología en razón de que, aun siendo posible la adopción de las medidas llamadas extraordinarias por la ley 26.061, la garantía del control de legalidad ulterior importa considerar que la facultad del órgano administrativo no es plena respecto de los derechos que titularizan los involucrados.

(42) Ley 26.061, art. 39: *"Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen"*.

(43) Las medidas de protección integral de derechos son aquellas emanadas del órgano administrativo competente a nivel local dirigidas a restituir los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar. Las medidas excepcionales o de competencia judicial son aquellas que deben adoptarse cuando las niñas, niños o adolescentes estén temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo interés superior así lo exijan.

(44) El artículo 607 dice: "*La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si...*"

(45) MEDINA, Graciela, Las diez grandes reformas al Derecho de Familia, en RDFyP, año 4, N° 6, julio de 2012, ps. 19 y ss.; BASSET, Análisis del Título VI de "Adopción" en el Código Civil proyectado cit.; SAMBRIZZI, Eduardo A., La adopción en la reforma. Principios generales, en RDFyP, año V, N° 2, marzo de 2013.

(46) HERRERA, Marisa, El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc, en J. A. 2012-11, del 20-6-2012, p. 83; Abeledo-Perrot Online, AP/DOC/2146/2012.

(47) Tal el caso de la Provincia de Chubut, ley m N° 27 D. J. P., antes 5641, que en su artículo 18 dispone: "*Transcurridos seis (6) meses del otorgamiento de la guarda, la Oficina de Adopciones citará a aquellos guardadores que no hubieren iniciado el trámite de adopción a los fines de promoción en el plazo de treinta (30) días. Si así no lo hicieren, el responsable de la Oficina de Adopciones podrá petitionar las medidas de protección correspondientes. Los juicios de adopción, podrán ser promovidos con el patrocinio letrado de los Defensores Generales, sin necesidad de tramitar la carta de pobreza*".

(48) FERNÁNDEZ, Silvia, Actualidad en Derecho de Familia, en APBA 2010-10-1170, Abeledo-Perrot Online, N° 0003/800945.

(49) Nótese que se trata de sendas alternativas de convivencia a la de la familia original de la persona menor de edad.

(50) Art. 709: "*Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente...*"

(51) Puede ampliarse compulsando MORELLO, Augusto M., *Un nuevo modelo de justicia*, en L. L. 1986-C-800; *Perfil del juez al final de la centuria*, en L. L. 1998-C- 246; *La jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de justicia*, en J. A. 1986-II-305; *La Corte Suprema en acción*, Platense, La Plata, 1989, ps. 11135, 37/51; CUETO RÚA, Julio César, *Factores axiológicos en el proceso de interpretación y de selección de los métodos jurídicos*, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 35 (1997); BERIZONCE, BERMEJO y AMENDOLARA, *Tribunales y proceso de familia (Ley 11.453 modificada por ley 12.318) cit.*; BERIZONCE, Roberto, *La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, *Medidas cautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; *del mismo autor, El activismo de los jueces*, en L. L. 1990- E-920;

GUAHNON, *Silvia*, *Medidas cautelares en el Derecho de Familia*, La Rocca, Buenos Aires, 2011, ps. 44 y ss.

(52) CSJN, 15-6-2010, "*Thomas, Enrique. c/E. N. A. s/Amparo*", Fallos: 333:1023.

(53) ANDRADE, Antonio, El rol estratégico del juez en los procesos de L.L. Patagonia 2011 (diciembre), del 1-12-2011, p. 589.

(54) El Proyecto de Código Civil unificado de 1998, elaborado por la Comisión creada por dec. 685/95, expresamente en el artículo 653 disponía que revestían calidad de parte en el juicio de adopción los padres no privados de la patria potestad, a excepción de que el menor hubiera sido declarado en estado de abandono, o los padres hubieran manifestado expresamente ante el órgano estatal competente o la autoridad judicial su voluntad de que el hijo sea adoptado (art. 646, incs. d, y e).

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 617

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

[Consultado el: 07/10/2021]

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

- a) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;
- b) el juez debe oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;
- c) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;
- d) el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;
- e) las audiencias son privadas y el expediente reservado

1. Partes. Concepto

1.1. Consideraciones generales

La adopción es una institución destinada, en principio, a personas menores de edad, sean niños (las comprendidas entre 0 y 12 años) o adolescentes (las que tienen entre 13 y 18 años)(1), con excepción de que, bajo ciertas condiciones, es posible adoptar a una persona mayor de edad (art. 597).

En palabras de la nueva normativa, sólo se menciona como gozando de la calidad de parte del proceso de adopción a los pretendientes adoptantes y adoptados, quienes compondrían eventualmente las dos caras de la misma moneda: la filiación adoptiva. Lo primero que advertimos es la mejora en la redacción, pues ya no se habla de adoptante, como en el anterior artículo 321, sino que se lo califica de *pretensio*, pues hasta la conclusión del proceso, será una pretensión lo que se dirima. En otras palabras, hasta que no haya una sentencia de emplazamiento filial adoptivo, quienes pretenden ser padres a través de esta figura son pretendientes y no ya padres adoptivos.

Comenzaremos por señalar que no existe uniformidad doctrinaria respecto del concepto de parte.

Para algunos autores el término se identifica con el titular de la relación jurídica sustancial, pero no siempre se presenta esa coincidencia (2). Por ejemplo, en un juicio de filiación en que se demanda el emplazamiento paterno, la relación procesal se entabla entre quien reclama (actor) y quien es señalado como progenitor (demandado); si llegado a la sentencia se concluye que no se puede atribuir la alegada paternidad, no es posible sostener, en el caso del sujeto pasivo, la mentada identificación entre la calidad de parte y titular de la relación. En ese mismo ejemplo, también correspondería asignar tal carácter al verdadero progenitor, que no fue citado al proceso, y probablemente hasta desconozca su existencia. Ello nos lleva a coincidir con la doctrina que sostiene que el concepto de parte no debe buscarse fuera del litigio judicial (3).

Para otros autores, entonces, se produce una disociación entre el sujeto de la acción y el sujeto de la Litis, pues en la acción confluyen dos elementos: la voluntad y el interés, siendo el interés el que determina la posición del sujeto en la Litis, aunque la expresión de voluntad se manifiesta en el ejercicio de la acción. Se ejemplifica: la persona menor de edad que requiere ser emplazada en estado de hijo tiene el interés, y por ello se erige en sujeto en el litigio, pero su voluntad, si no tiene capacidad y grado de madurez suficiente será

expresada a través de un representante (padre, madre, tutor, Ministerio Público).

Con sustento en esta segunda postura, no podría sostenerse que se producen los efectos de la cosa juzgada respecto del representado, por ello se elaboró una tercera teoría descrita por Alsina y seguida con similares términos por Lino Palacio. Para ellos es parte aquel que en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal y aquel respecto del cual se formula la pretensión(4). Falcón sostiene que *"parte es todo titular de la acción que reclame el auxilio de la jurisdicción (por sí o por representante), en forma originaria, sucesiva, principal, incidental o accesorio, una vez que es admitido en el proceso como tal, y los que intervengan como consecuencia de tal reclamo"*(5).

Esta posición será de suma utilidad al momento de analizar la participación del Ministerio Público en el juicio de adopción, considerando la línea procesal que sostiene que parte es aquella persona a la que el juez de la causa reconoce como legitimada para actuar y puede formular peticiones y realizar toda la actividad necesaria para conducir el pleito hasta su etapa final(6).

No obstante lo señalado, en general, se establece el concepto en aquellos litigios en que existe contradicción de intereses, mientras que en los procesos voluntarios se habla más bien de peticionarios, entendiéndose por tal a la persona que reclama en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada (7).

Este último sería el caso de los pretensos adoptantes y adoptados, aunque varios autores y la práctica misma llevan a denominarlos con el concepto de parte actora en tanto iniciadores del proceso, o demandantes, debiendo considerarse como opción semántica la utilización de términos como peticionario o solicitante.

En rigor, parte es quien actúa en un proceso por derecho propio (aun si debe concurrir con la figura de un representante, en razón de la restricción de la capacidad procesal de ejercicio de un derecho), de allí la estrecha vinculación entre esta norma y lo que se dijera al comentar el artículo 616, respecto del inicio del "juicio" de adopción.

1.2. Los progenitores. ¿Intervención tardía?

La referencia a los progenitores en el proceso de adopción está contenida específicamente en el artículo 608, inciso b, que regula la intervención con carácter de parte de los padres u otros representantes legales en lo atinente a la situación de adaptabilidad. Esa regla también admite -con carácter facultativo- que el juez cite a miembros de la familia ampliada (parientes u otros referentes afectivos), consideración que se refuerza cuando el artículo 609 dispone, entre las pautas a las que se ajusta el procedimiento, de manera obligatoria la entrevista personal del magistrado con los padres, "*si existen*". Debe entenderse que la condición de que "*existan*" es en referencia a que se cuente con datos identificatorios suficientes para citarlos al proceso.

Aunque no se los menciona en el artículo que establece las del juicio de adopción, puede suceder que durante el trámite que condujo a la declaración de situación de adoptabilidad de alguno de ambos de los progenitores no pudo ser hallado porque los datos son exigüos o no fidedignos (p. ej.: un parto desencadenado en la calle donde la progenitora menciona sólo su nombre de pila; o el recién nacido es dejado anónimamente mencionando sólo el nombre sugerido), o se trata de falsa identidad (p. ej.: ausencia total de identificación lo que puede suceder con madres/padres migrante). También puede ocurrir que se trate de un niño o niña que sólo cuente con emplazamiento materno, sin reconocimiento del progenitor biológico, del que la mujer no reveló dato alguno para su citación, habiendo adoptado la decisión libre e informada del desprendimiento para la adopción (supuestos que ingresan en la tipología del art. 607,

incs. a, y b). Igualmente, que se haya privado del ejercicio de la responsabilidad parental a uno o ambos progenitores, y que no se cuente con el domicilio exacto de ellos.

Un caso paradigmático lo constituyó el precedente "A., F." del 13 de marzo de 2007 resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (8), en el cual los hechos fueron los siguientes: El 8 de diciembre de 2001 una menor de edad indocumentada da a luz un niño en un hospital público de la Ciudad de Buenos Aires, luego de lo cual se retira del establecimiento sin dejar datos. El 27 de diciembre, el niño es derivado judicialmente a un programa adecuado (Amas Externas), a la par que se ordena lo pertinente para la correcta identificación de la progenitora, que ingresó falseando su identidad. El 26 de febrero de 2002 se decreta estado de abandono y al mes se discierne la guarda para futura adopción a un matrimonio inscripto en el registro de pretensos adoptantes. El 25 de mayo de 2002 se presentan los abuelos maternos, invocan la representación de su hija menor de edad y reclaman la restitución. El 8 de mayo de 2003 se rechaza el pedido de reintegro y se confirma la guarda para adopción, la Cámara de Apelaciones revoca el fallo y ordena la restitución (transcurre un año y medio más). Al ser recurrido el caso ante la Corte federal, en el año 2007 se dicta la sentencia que rechaza la restitución a la familia de origen, para lo que se tuvo en consideración el régimen de comunicación establecido y supervisado con que contaba la progenitora. En especial, que se informaba que la madre biológica, en las entrevistas, atentaba contra el lazo paterno-filial vigente para el niño (el que había desarrollado con sus guardadores). Se resalta la importancia de dotar de seguridad a la adopción como institución de crecimiento apropiado para los niños, debiendo en todo caso desarrollarse acciones preventivas de este tipo de conflictos, y ante el fracaso y judicializada la cuestión, resolver en el menor tiempo posible, cubriendo la posibilidad de acceso a la justicia de todos en tiempo útil, priorizando siempre en un lugar preponderante los derechos de la persona menor de edad.

Otro precedente complejo es el resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut, en autos "V., F. M." del 14 de septiembre de 2005(9), en el cual una niña nacida en Misiones es entregada en guarda al día siguiente de su nacimiento a un matrimonio domiciliado en el sur del país. La niña fue emplazada únicamente con vínculo materno y convalidada la guarda por el Juzgado de Primera Instancia, que la ratificó en varias oportunidades. A los pocos días de nacida F., su progenitor tomó conocimiento del nacimiento con vida de la niña (le habrían dicho que había fallecido) y al pretender la restitución en el mismo juzgado donde se tramitaba la guarda para adopción, se le exigió la comprobación de la paternidad, donde la acción para el emplazamiento demoró cerca de dos años, siendo obviamente positiva la paternidad. La pareja guardadora gestionó en la Provincia de Chubut la adopción de la niña haciendo uso de la opción por su propio domicilio, y haciendo caso omiso al reclamo paterno; el padre se mudó a aquella provincia, se presentó en el trámite oponiéndose y solicitó también allí la restitución de su hija. Conferida la adopción simple al matrimonio, se fijó régimen comunicacional con el padre, pero con enormes dificultades para su concreción. Llegados los autos al máximo tribunal provincial, contando la niña con 8 años, la sentencia de Cámara que había confirmado la adopción fue nulificada por falta de audiencia con el grupo familiar involucrado (conf. art. 130, ley 111 N° 21 D. J. P., antes 4347, que regula el procedimiento) y resuelve rechazar la adopción por falta de aptitud moral de los adoptantes, disponiendo el "*triángulo adoptivo*" y que la niña, al contar con edad suficiente, decida el tipo de vínculo jurídico que desea mantener con los adultos.

Más cercano en el tiempo, otro caso de arrepentimiento fue dirimido en Mendoza (10). Si bien no se trata de progenitores que se presentan ya concluido el plazo de guarda para adopción, parece importante considerar lo acontecido, especialmente por las omisiones estatales detectadas en la lectura de la sentencia del superior tribunal provincial. Los hechos del caso se dieron del siguiente modo: La niña, nacida en 1° de junio de 2009, es alojada en un albergue institucional a

partir de que su progenitora, en fecha 10 de agosto de 2009, se presenta ante el Juzgado de Familia y manifiesta su voluntad de entregarla en adopción. El 26 de agosto de 2009 es trasladada con una familia cuidadora. El 28 de agosto de 2009 comparece al tribunal el padre de la niña, quien manifiesta no estar dispuesto a entregar a su hija en adopción. El 14 de septiembre de 2009, la juez de primera instancia declara el desamparo material y moral de la nena y su "estado" de adoptabilidad. Apelada la sentencia por la progenitora que manifiesta encontrarse arrepentida de haber entregado a su hija, que lo había hecho impulsada por el estado de necesidad, por falta de vivienda y de contención familiar, se dispone realizar pericias respecto de los progenitores. Se concluye que la progenitora se encuentra impedida en el ejercicio del rol materno y el padre presenta marcadas limitaciones en el cumplimiento del rol paterno. La Segunda Cámara de Apelaciones dicta sentencia y confirma la de primera instancia. En contra de dicha resolución, los progenitores interponen recursos de inconstitucionalidad y casación. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza mantiene entrevista con ellos, surgiendo del fallo que con posterioridad a esa audiencia se autorizó en forma inmediata a los progenitores un régimen de visita respecto de la hija, de conformidad con las condiciones de tiempo y modo que señale el Programa de Revinculación. Se ordena, además, una nueva pericia psicológica y psiquiátrica a los padres biológicos Y una encuesta ambiental a realizarse en su domicilio. Los informes de los encuentros entre la nena y su familia de origen son supervisados y calificados como inestables, con inasistencias de la madre, señalando que el padre no demostró motivación para asistir a ellos. No se explicita en el fallo que se haya informado acerca de cuáles eran las limitaciones personales de los padres, aunque surge que tendrían problemas habitacionales y personales; básicamente, se menciona inmadurez e inestabilidad, discusiones y frustraciones producto de la entrega inconsulta de la niña, con sugerencia de que *"en caso de que la niña fuese reintegrada, la señora L. y el señor R. requieren, indispensablemente, apoyatura externa estricta (psicológica, psiquiátrica, social), permanente y multifocal"*. El caso fue resuelto por el superior tribunal provincial cuando la niña contaba con casi tres años de edad, tiempo transcurrido siempre con su familia

cuidadora, y se hizo eco de la propuesta de la asesora, en tanto sugirió confirmar las sentencias, denegando la restitución. En lo que hace al tema que estamos desarrollando, cobra relevancia que el tribunal máximo de la provincia, que debía pronunciar respecto de la restitución a los padres biológicos, la deniega y postula que en el caso debe procurarse una adopción simple que permita la conservación de vínculos biológicos. Se puede advertir de la lectura de la sentencia que en la primera instancia se omitió conferir un régimen de comunicación, que recién se logró en la extraordinaria; pero además, que en ninguna de las etapas del proceso se dispuso el fortalecimiento del grupo familiar de origen, pese a que desde el inicio se detectó la vulnerabilidad económica, social e incluso personal de sus miembros. Y algo que llama poderosamente la atención: los técnicos que colaboran con el tribunal enuncian que "*para el supuesto de restitución*", la familia requiere ayuda externa estricta, siendo que surge de la sentencia no sólo la situación de fragilidad social, sino la existencia de otro niño de pocos años de edad, hermano de la alojada en familia alternativa.

Ante las múltiples reflexiones que arrojan este tipo de sentencias respecto de los progenitores, y toda la problemática que involucra la entrega o desprendimiento, sólo vamos a señalar lo que se requiere para la seguridad de la adopción: a) que hayan podido brindar su consentimiento informado, entendido no como mero acto de anunciar sino como ejercicio pleno de su autonomía, con conocimiento de los derechos que les asisten y pierden, al dar un hijo en adopción, y b) que la sustitución de la filiación de sangre sea consecuencia de un proceso judicial donde: i) fueron privados del ejercicio de la responsabilidad parental, o ii) no pudo ser logrado el fortalecimiento familiar suficiente para proveer a la crianza, y agotadas las medidas posibles, sea la única alternativa que se encuentre, garantizando que el cese del vínculo con los padre biológicos no obedece a carencia de índole socioeconómica(11).

La legislación vigente, a diferencia las leyes anteriores, procuró por todos los medios reducir la incidencia que el factor

“*tiempo*” provocaba en este tipo de procesos, en especial para evitar la vulneración del derecho de los niños a vivir y desarrollarse en una familia, a la par de conceder a cada involucrado el lugar adecuado para defender sus propios derechos. Si bien, como se señala: “*La reforma es realista. Sabe que una gran cantidad de situaciones que podrían dar lugar a la adopción provienen de una intervención previa en el marco del llamado 'Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes' que regula la ley 26.061*”(12), no siempre la realidad encaja de manera perfecta en los mandatos normativos. Máxime si se pretende ensamblar el sistema administrativo y el judicial como se deriva del régimen legal vigente. La multiplicidad de operadores que integran todo el sistema de protección integral, en los que abundan “opiniones” y “miradas” y, a veces, falta de sentido común(13), suele condimentar una problemática sensible y compleja, eludiendo en ocasiones el compromiso de respeto de los derechos de todos los involucrados.

Se intentan reducir los riesgos con normas tales como la que contiene el artículo 596, que indica la obligación de búsqueda y resguardo de la mayor cantidad de datos posibles, pero conocemos que las múltiples y variadas situaciones cotidianas dificultan la tarea de los organismos, por lo que no es de extrañar que formalmente se pueda plasmar que se procuró hallar a los progenitores del niño, aunque en los hechos no se hayan desplegado todas las posibilidades (14). No obstante, las fallas son posibles y, como consecuencia de ellas, podríamos tener el caso de progenitores que no tomaron intervención de manera previa al juicio donde se pretende el emplazamiento adoptivo, y solicitan ser admitidos como parte (15).

Al resultar aplicables norma de corte superior los tribunales deben atenerse a sus disposiciones, y devendría inconstitucional toda medida judicial que no admita la intervención como parte interesada de los progenitores biológicos en el juicio de adopción, si no tuvieron previa ocasión de acceso a la justicia. Además de afectarse el artículo 18 de la Constitución Nacional, desempeñan un rol significativo los artículos 9º y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al disponer el artículo 9.1 el principio de que “*el niño no sea separado de sus*

padres contra la voluntad de éstos”, el artículo 9.2 que en los procesos respectivos *"se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar"* y de *"dar a conocer sus opiniones"*; mientras que el artículo 21, inciso a, decreta la obligación de que *"las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario"*, postura sostenida aun antes de la incorporación del tratado a la Constitución Nacional(16).

Pero ante toda duda que pueda presentarse al ponderar los distintos derechos involucrados, serán los principios generales las herramientas apropiadas para la justa solución del caso (17). Además de ello, existe un criterio hermenéutico que se despliega en el ejercicio de todos los derechos humanos, y es el principio *"pro homine"*, mediante el cual el intérprete debe recurrir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; inversamente, apelará a la más restringida cuando se trate de establecer restricciones permanentes al ejercicio o la suspensión extraordinaria de los derechos. Este principio se encuentra legislado en varios tratados de derechos humanos, que contienen una cláusula para señalar que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse limitando los derechos en mayor medida que la prevista, o restringir el goce o ejercicio de otro derecho reconocido más ampliamente en otra norma vigente (por ej.: art. 5º, PIDCP; art. 29, CADH; art. 5º, PIDESC; art. 1.1, Convención contra la Tortura; art. 41, CDN, etc.)(18).

Y, por si fuese insuficiente, también apuntamos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que *"en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de restricción de derechos"*(19).

2. Pretensos adoptantes

2.1. Consideraciones generales

En cuanto a las personas habilitadas para adoptar, se mantiene para el pretense adoptante o adoptantes la calidad de parte por obvias razones, siendo la posibilidad de acceder a esta fuente filiatoria de manera individual o bipersonal. El límite está dado por el artículo 558, que indica que cualquiera sea el origen de la filiación, ningún individuo puede tener más de dos vínculos filiales.

Del mismo modo, también se conserva la posibilidad de la adopción conjunta, aunque sin otorgar preferencia por los matrimonios respecto de las uniones convivenciales, receptando así la jurisprudencia que, ajustando la normativa anterior al texto constitucional (art. 75, inc. 22), accedía a emplazar adoptivamente a niños aunque sus pretensos adoptantes no estuviesen unidos en matrimonio civil(20).

También se cuidó el legislador de introducir términos que posibilitaran la diferenciación entre parejas homo o heterosexuales, por tratarse de un tema superado con la legislación vigente al tiempo de la sanción del nuevo ordenamiento.

2.2. Selección de los pretensos adoptantes

La redacción del artículo no permite establecer una prioridad en cuanto al orden de quien resultaría la mejor opción de pretense adoptante para un niño, niña o adolescente. Si bien la determinación se produce en la etapa y bajo las condiciones que establece el artículo 613, no es ocioso recordar que pretense adoptante pueden ser un matrimonio, ambos integrantes de una unión convivencial o una persona sola, según el artículo 599, sin que la redacción legal esté dando un orden de preferencia.

Es deber del juez en la selección del guardador de la nómina que le es remitida, tomar en cuenta varias pautas legalmente determinadas, y en este tema ha de ponderarse que una de ellas resulta ser "*las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretendientes adoptantes...*", con lo cual en el artículo 613, 2º párrafo, el legislador consideró en primer lugar al pretense adoptante individual, de modo que la no preferencia legislativa por hogar mono o biparental es palmaria.

Restablecer pautas de selección basadas en la calidad de casados o no de los pretendientes adoptantes importaría un retroceso, como también hacerlo en función de su identidad o elección sexual, por cuanto irrogaría u discriminación (21), violando la igualdad de los ciudadanos en función de su proyecto de vida. Máxime si dimensionamos cuántos son los hogares monoparentales biológicos de este país(22), y que la adopción unipersonal constituía el principio general ya consagrado en el derogado artículo 312 (norma que establecía que "*Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges...*").

Con igual énfasis, deberá insistirse en que no existe prohibición legal alguna para la adopción de niños por parejas homosexuales, casadas o en unión convivencial(23), siendo que la orientación sexual de los pretendientes (sean adoptantes individuales o bipersonales) debería ser ponderada únicamente si tuviese relevancia significativa y debidamente justificada en la defensa del Estado democrático(24), establecida sobre la base de pautas con soporte científico -del que se carece a la fecha, como lo señalara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reiterado caso "*Atala Rizzo vs. Chile*"(25)- o explicando puntualmente cómo se vulneraría el interés superior del niño. Conforme la jurisprudencia pacífica de los tribunales de derechos humanos en materia de denuncias por discriminación, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, con carga de probar a quien invoca la necesidad de la diferencia de trato o de acceso a las mismas oportunidades (26).

También deberán el juzgador y los organismos llamados a intervenir en la elección del o de los guardadores (al remitir la nómina y al seleccionar posteriormente) , evitar jerarquizar a la parejas matrimoniales heterosexuales por sobre la restantes formas familiares al momento de seleccionar los más aptos para los niños recién nacidos o de escasos meses de edad, reservando para las parejas homosexuales los niños más grandes, con dificultades físicas o padecimientos psíquicos, o demás niños que no suelen ser los aceptados por otra parejas. Actuar de esa manera implicara una opción de un tipo de familia determinada, acción vedada a todo magistrado, so riesgo de someter al Estado a responsabilidad internacional por violación de las normas y la jurisprudencia internacional (27). Lo que debe asegurarse es la satisfacción de un modo permanente del desarrollo pleno del pretense adoptivo, y si bien es difícil establecer quién o quiénes serán los mejores padres, la propia ley allana el camino al señalar algunas pautas a tener en cuenta. Y así orienta sosteniendo que habrán de ser objeto de ponderación: sus condiciones personales, edad, aptitudes, idoneidad para cumplir las funciones de cuidado y educación, motivaciones y expectativas frente a la adopción, respeto del origen y la identidad del niño (art. 613).

Es necesario tener en cuenta que en esa tarea la magistratura no puede actuar en soledad. Debe solicitar la intervención de expertos de otras disciplinas (art. 706 3cr párrafo del capítulo de Disposiciones generales en los procesos de familia), pero ni el juez al evaluar esas pautas, ni los profesionales a quienes se recurra, podrán analizar las condiciones de los postulantes bajo el tamiz de posturas estereotipadas que incurran en discriminación, como lo sería la preferencia por el modelo familiar tradicional, en desmedro de las otras formas familiares. Esta afirmación obedece a una realidad jurídica que es pertinente poner de resalto: ni la Convención Americana, ni la Constitución Nacional, ni las normas internas de nuestro país consagran un tipo de familia determinado respecto del cual haya que partir. Por eso deberán evitarse conductas que, en los hechos, conduzcan a la preferencia de modelos estereotipados o

tradicionales, si esa selección no se realiza explicando, en una suerte de "*relación de causalidad*", los motivos específicos por los cuales dicha pauta contemplará más acabadamente -es decir, en mayor medida e integridad- los derechos del niño, niña o adolescente (28).

En este punto, bueno es recordar lo sostenido por la Corte IDH respecto de la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad por parejas del mismo sexo, con cita de jurisprudencia internacional (29): ...se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probado, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (30)

Esta aseveración alcanza a todos los que se expiden respecto de lo que resulta el mejor interés del pretense adoptado, y obliga al juez a solicitar dictámenes fundados, pero también a apartarse de ellos cuando advierta que están teñidos de discriminación y violan la igualdad de trato y oportunidades.

Muchos fueron los proyectos de ley ingresado en el Congreso de la Nación tendientes a modificar la ley de adopción, pero ellos tampoco lograban satisfacer las expectativas de quienes no podían concebir naturalmente. Las medidas legislativas que se presentaban eran, sistemáticamente, atravesadas por el reclamo de los adultos que, argumentando que cuestionaban "*los tiempos de la adopción*", en realidad ponían a la luz la angustia de la espera. Muchos de ellos se focalizaron en atender esos reclamos en lugar de conferir primacía a los derechos de la persona menor de edad (primordialmente a ser criado y desarrollarse en su familia de origen), respeto a la dignidad e identidad, y discernimiento de las cuestiones vinculadas con el cuidado parental en un sistema virtuoso donde todas las garantías sean respetadas (31).

Un ejemplo evidente de que no estamos únicamente frente a un problema de "*tiempos de la adopción*", sino de "*miradas respecto de la adopción*", surge de dos casos idénticos juzgados en nuestro país. Uno de ellos es el caso "V., F."(32), y el otro, "Fornerón"(33), cuya particularidad es -nada menos- que las circunstancias de hecho resultan idénticas, aunque el primero se originó en la Provincia de Misiones, el otro en la de Entre Ríos, y las sentencias definitivas corresponden en el primer caso al Superior Tribunal de Justicia de Chubut, año 2005, mientras que en el segundo a la Corte IDH, del año 2012.

La condena internacional sufrida por el Estado argentino se vincula, entre otras cosas, con la desidia de los organismos jurisdiccionales en la atención de la problemática, y con la discriminación de trato respecto del progenitor, familia monoparental de una niña que había sido entregada en guarda con intervención de la defensa pública, labrando acta administrativa. En ambos casos las progenitoras fluctuaron entre confirmar o no la paternidad alegada por los hombres, y ellos fueron obligados a realizar sendas acciones de estado, todo lo cual acaecía mientras las hijas desarrollaban sus primeros años de vida en familias de pretendidos adoptantes, y retaceándoles a ambos -cuando no negándoles derechamente- la vinculación mediante régimen comunicacional.

2.3. El requisito de la guarda previa

El plazo durante el cual el o los adoptantes desempeñaran el rol de guardadores con fines de adopción queda fijado en la sentencia (interlocutoria) que se dicte conforme al artículo 614 del Código Civil y Comercial de la República Argentina, luego de oír tanto al niño como a los pretendidos adoptantes.

Esto, reiteramos, no constituye la culminación de un proceso específico, como ocurría antes de la reforma(34), sino que se trata de una resolución judicial necesaria para establecer el período durante el cual tendrá vigencia la adaptación del niño, niña o adolescente al

nuevo grupo familiar, en la que se ponderarán los actos cumplidos a partir de la declaración de situación de adaptabilidad, discerniendo la guarda y delimitando jurídicamente el alcance de la misma.

Tratándose de magistrados avezados en su oficio, bien es posible que una vez comprobado el agotamiento de las posibilidades de retorno a la familia nuclear o ampliada (sea por privación de la responsabilidad parental o por declaración judicial de situación de adoptabilidad), en ese mismo acto sentencial se disponga la celebración de una audiencia a los fines de lo establecido en el artículo 613 (elección de la familia guardadora), requiriendo para antes de ese acto la remisión de una nómina y los legajos de los posibles candidatos para conformar los pretensos adoptantes, según la organización de cada jurisdicción, y con las comunicaciones que correspondan al Registro Único (nótese que el artículo 609, inciso c, establece un plazo no mayor de diez días, es decir, los diez días constituyen un término y el plazo puede ser menor). Y una segunda audiencia fijada para fecha posterior, pero inmediata, para citar al niño, niña o adolescente, a quien comunicará quiénes serán sus futuros guardadores con fines de adopción, el alcance de la figura, y todo lo necesario en función de la edad y madurez de la persona menor de edad.

Puede suceder que la escasa edad del pretenso adoptivo impida un diálogo con el magistrado, pero ello no obsta a su convocatoria; también que sea necesario mantener entrevista con varios de los inscriptos, lo que se realizará en la audiencia fijada, siendo importante que a la misma asistan tanto el Ministerio Público como profesionales de la multidisciplina que trabajen con el juez. Igualmente, puede ser útil que sea convocado el órgano administrativo que se desempeñó en la etapa de implementación de las medidas previas, pues su colaboración con tan importante determinación para la vida de la persona menor de edad es sustancial, en función del conocimiento de campo de la previa. Aunque la decisión siempre corresponderá al magistrado interviniente, no estando prevista la

apelación por tratarse de una facultad discrecional, lo ideal es la mirada multidisciplinaria e intersectorial.

Únicamente podrían objetar el Ministerio Público o, eventualmente, el organismo administrativo (que son sujetos del procedimiento con el alcance conferido por el artículo 608, pero no parte en sentido procesal) alguna violación al procedimiento anterior a la resolución de agotamiento del trabajo con la familia de origen. Pero de hallarse firme la resolución dictada en función del artículo 610, no puede generarse demora por recurso alguno, ya que no son apelables las disposiciones de trámite que puedan dictarse, o bien son irrecurribles por constituir una facultad del juzgador, de carácter discrecional, o no proferir agravio que amerite la revisión.

Así las cosas, el juez de la adopción debe verificar al recibir el trámite que el plazo de la guarda previa esté cumplido y su competencia, y recién allí podrá disponer dar trámite. En lo tocante al vencimiento del plazo de guarda sin presentación del pedido de adopción, debe estarse a lo dicho al comentar el artículo 616.

2.4. El caso de la guarda de hecho

Como se analizó al profundizar sobre el artículo 611, ya desde la vigencia de la ley 24.779 (art. 318), la guarda con fines de adopción debía necesariamente ser otorgada en forma judicial, con lo que dejó de lado imperativamente la “*entrega*” mediante escritura pública o acto administrativo, privándose de toda eficacia a las guardas de hecho, fuera del caso de la adopción del hijo o hijos del cónyuge(35). No obstante, la jurisprudencia (36) y doctrina especializada(37) admitieron en muchas ocasiones, y siempre en función del interés superior del niño, esta modalidad, sujeta al cumplimiento de los requisitos legales y a la inscripción -ulterior- en el registro.

La mora en la resolución de los casos terminaba siendo la circunstancia no explicitada que dirimía el conflicto, y aun cuando la situación se judicializara y resolviera celeramente, la fuerza de los hechos y la

consolidación de los vínculos que se generan a partir de una realidad que nacía marginada de las disposiciones legales triunfaba.

En la actualidad, la decisión legislativa continúa siendo la de entonces: la prohibición de las guardas de hecho (art. 611).

Pero, tal vez oyendo la voz de Herrera (38) que bogaba por el control judicial temprano antes de que los vínculos afectivos diriman la cuestión, o más bien para evitar un mal mayor, esta realidad hoy forma parte de la codificación. Se regula la posibilidad para el magistrado a quien le es requerida una adopción basada en una guarda de hecho, de separar al niño transitoria o definitivamente de esos adultos. Con una excepción: que se compruebe -judicialmente- que los progenitores eligieron a los guardadores como pretendidos padres adoptivos en función de vínculos precedentes fundados en el parentesco(39). El texto vigente, sin embargo, difiere del proyectado en el seno de la Comisión para la unificación que contemplaba en el artículo 611 la posibilidad -más amplia- de la preexistencia de un vínculo de parentesco o *afectivo* entre alguno de los progenitores y los pretendidos adoptantes no inscriptos. Durante el tratamiento parlamentario se eliminó del texto legal la viabilidad de la pretensión de terceros no vinculados por lazos de parentesco, que se había contemplado como excepción al igual que para los miembros de la familia ampliada, con base en el reconocimiento de la posibilidad de que existan vínculos afectivos genuino -principio de realidad- entre los progenitores y terceros de su conocimiento confianza y relevantes desde el punto de vista de la afectividad social. Durante el trabajo llevado a cabo por la Comisión Bicameral para la reforma y unificación, esta posibilidad fue eliminada. Nos remitimos al comentario del artículo 611 para profundizar sobre el tema.

Es decir, presentado un pedido en el que aparezca obviado el procedimiento establecido en el Código Civil y Comercial de la República Argentina, el juez, de manera inmediata, deberá encuadrar el caso en el artículo 611 y disponer el alojamiento alternativo del niño en un lugar neutral, conservando tanto el niño como los

guardadores de hecho el derecho a un régimen comunicacional, salvo que ello importe perjuicio al infante. Deberán acreditar los guardadores de hecho en el procedimiento que se llevará a cabo por la vía más breve (que podrá ser el previsto para las medidas excepcionales, o el sumarísimo) los vínculos preexistentes que motivaron la guarda de hecho, su inscripción y evaluación por el Registro Único de Adoptantes, serán oídos los progenitores (40), el niño, la familia ampliada.

El sentido del precepto que contiene el artículo 611 reposa en que si el Estado establece un sistema estricto donde los pretensos adoptantes son escrutados desde todos los ángulos posibles y aun así sostienen sistemáticamente su voluntad adoptiva, lo mínimo que ese Estado puede garantizarles es no ceder -en disfavor de ellos- a la fuerza de los hechos, salvo excepcionalísimas razones acreditadas por quien/es no se condujeron conforme a la ley vigente.

Existe relación entre esta disposición legal y la falta de registración de los pretensos adoptantes como causal de nulidad absoluta de conformidad con lo dispuesto en el inciso h, del artículo 634 ("*la inscripción y aprobación del registro de adoptantes*"), donde el debido paso por el registro de adoptantes constituye un elemento central para el logro del objetivo de la adopción: satisfacer de un modo permanente el derecho a la convivencia familiar, mediante la selección de los adultos más aptos en función de las circunstancias de hecho.

Sea cual fuere la doctrina que se siga respecto de la decisión de los progenitores de desprenderse del hijo, encargándole su cuidado a personas seleccionadas por ellos por fuera del sistema legal vigente, debemos anotar que la falla está fundamentalmente en el Estado. Sea porque no fue lo suficientemente previsor en la difusión de las normas legales, sea porque el sistema de protección integral no cobijó adecuadamente a un niño cuyos derechos podrían ser vulnerados, y también si, como única respuesta a la transgresión de la norma impuesta, dispusiera un abrupto cese del vínculo, despreciando *ab initio* la conducta de la familia nuclear.

La solución no es sencilla, siempre tendrá consecuencias importantes en todos los involucrados, y probablemente más profundas en aquellos más fragilizados. Por eso debe focalizarse en la prevención de este tipo de situaciones, las cuales son posibles con la detección de embarazos con riesgo de vulneración de derechos en los sistemas públicos y privados (escuelas, hospitales, centros de salud, clubes, etc.), inmediata intervención de los organismos administrativos designados al efecto, y eventual acompañamiento a las madres y padres de origen para la adopción de la mejor decisión, que podrá ser el acogimiento familiar alternativo en la familia extensa como es reconocido en el artículo 611, si son comprobables los extremos exigidos por ese precepto.

2.5. Los pretensos adoptantes en la adopción propiamente dicha (remisión a los arts. 597 y ss)

Los hasta aquí guardadores en su calidad de parte peticionante de la filiación adoptiva, deberán acreditar en la presentación el cumplimiento de las exigencias legales, que conforme la finalidad a la que apuntan pueden clasificarse en documentales y personales:

a) Requisitos documentales:

1) Presentarán el testimonio de la guarda para la adopción que les fue conferida y en caso de ejercer la opción que confiere el artículo 615, deberán acreditar la competencia del juzgado o tribunal (art. 614).

2) Si se trata de un matrimonio presentarán el certificado que lo acredite (art. 599 y 602).

3) La documentación personal del niño, niña o adolescente en original y copias para confronte, y la de los pretensos adoptantes que permita comprobar la edad, domicilio y nacionalidad (arts. 599, 601, 615).

4) En caso de adopción de integración, el acta o certificado de matrimonio, si hay vínculo matrimonial, y el certificado

que acredite el vínculo del niño con el progenitor biológico, o con ambos, si cuenta con emplazamiento doble (arts. 630 a 632).

5) En su caso, instrumentos que permitan comprobar la residencia efectiva en el país (art. 600)(41).

6) En su caso, testimonio copia certificada de la sentencia que determina la restricción de la capacidad civil de uno de los miembros de la pareja adoptante, donde conste el alcance respecto del consentimiento para emplazar adoptivamente o la imposibilidad de brindarlo (arts. 602 y 603).

7) En su caso, testimonio o copia certificada de la sentencia de divorcio (art. 604).

8) En su caso, acta de defunción (art. 605).

9) En su caso, testimonio que dé cuenta de la extinción de las cuentas de la tutela (art. 606).

10) Documentación que acredite sus ingresos, bienes, ausencia de imputaciones penales o absolución o sobreseimiento, en su caso.

b) Requisitos personales:

1) Se ofrecerán testimonios de personas que puedan acreditar- las condiciones personales de los adoptantes, especialmente en cuanto al desempeño que han tenido respecto del niño, niña o adolescente en el período de guarda para adopción.

2) Toda medida de prueba tendiente a acreditar la formación, nivel educativo, cultural y social, posicionamiento frente al ensamble adoptivo, expectativas respecto del futuro del mismo en relación con la dignidad e identidad del hijo/a y acceso a conocer los orígenes.

3) En torno a la capacidad del adoptante, sostuvo Mizrahi que "*el pretense adoptante debe tener por sí la plena capacidad de obrar en la vida civil, habida cuenta la trascendencia del vínculo parental que la adopción origina y los deberes que a aquél se le imponen. Naturalmente cabe excluir a las personas jurídicas dado que, a pesar de que la normativa en análisis no lo dice de modo expreso, es evidente que no tienen la aptitud de cumplimentar las condiciones y requisitos exigidos en la persona del adoptante*"(42).

En la actualidad, en función de las previsiones de los artículos 31, 32, 38 y concordantes, y de lo dispuesto en el artículo 603, *a contrario sensu*, en principio, la persona con capacidad restringida puede ser adoptante, salvo que la sentencia que resuelve el alcance del padecimiento determine que se encuentra imposibilitada de prestar consentimiento válido. O que el juez de la adopción, al evaluar las condiciones personales para propender a la función de asegurar de modo permanente y satisfactorio el desarrollo del niño, halle que carece de aptitud e idoneidad. En cuyo caso, y contando con la opinión del pretense adoptado al respecto, podrá denegar la filiación adoptiva cuidando de brindar los fundamentos necesarios, basados en hechos de la causa y pruebas producidas, y no en meras conjeturas, pues son aplicables al supuesto todas las previsiones analizadas en el punto relativo a la prohibición de discriminación.

Es de toda evidencia que los requisitos que se sintetizaron de "*personales*" tal vez sean los de mayor relevancia ya que al haber variado el epicentro de la adopción, colocándose en él a la persona menor de edad, los guardadores adoptivos son los encargados de acreditar la calidad de mejor opción filial para ese niño. No obstante esta premisa, es también irrestricto el respeto que instaura la ley respecto del tipo de familia que hayan elegido como proyecto de vida (matrimonial o no, hetero u homosexual, ensamblada, monoparental)(43).

Coincidimos con Mizrahi cuando, luego de reseñar la evolución histórica respecto de la posibilidad de acceder a la adopción por parte de personas solteras o divorciadas, culmina aseverando: "*Al adquirir protagonismo la consideración primordial del interés del niño (art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 321 inc. d, Cód. Civ.), es obvio que ya no merecen miramientos el análisis acerca de si la adopción por los solteros es susceptible de afectar o no la institución matrimonial. Tampoco, desde luego, y vista siempre la cuestión desde el ángulo de la niñez, revisten sustento las verbalizaciones expuestas con relación a los eventuales impedimentos para adoptar de la persona divorciada. Por tratarse de argumentos que no tienen un basamento responsable en las otras áreas del saber humano y social, no constituyen más que prejuicios ideológicos*"(44).

El nuevo texto legal, además de mantener la posibilidad de la adopción unipersonal de personas solteras, divorciadas o viudas, regula que aun cuando se trate de adoptantes que hayan decidido divorciarse luego de que fueron escogidos y se les proveyera la guarda para adopción, establece que puede proceder la filiación adoptiva emplazándolos en forma conjunta, ya que el fracaso en la relación entre los adultos no debería ser un obstáculo para reconocerles aptitud como padres adoptivos. En ese sentido, es rescatable la postura asumida por el legislador, pues en este punto puede verse una nota de verdadera igualdad entre los distintos tipos de emplazamientos filiatorios, ya que establece una identidad de trato respecto de los hijos biológicos de una pareja, cuyo divorcio no debe afectar la función parental.

3. Pretense adoptado

3.1 Consideraciones generales

El emplazamiento adoptivo se dirige, en principio, a quienes no hayan adquirido la mayoría de edad o se hayan emancipado, y sólo excepcionalmente a las personas que tengan la plena capacidad civil. Esta directiva, tanto en la regla cuanto en la excepción, ha sido pensada en función del objetivo que se plantea con la institución: proteger el derecho a vivir y desarrollarse en una familia.

Conforme los artículos 597, 609, inciso c, y 610, pueden ser adoptadas las personas menores de edad (es decir, quienes no hayan alcanzado los 18 años, conforme artículo 25) cuyos padres hayan sido privados del ejercicio de la responsabilidad parental, o a su respecto se haya dispuesto por sentencia judicial que están en situación de adoptabilidad, y ha fenecido el período de guarda para adopción fijado por autoridad judicial.

La filiación adoptiva procede respecto de uno o más niños, mientras se hayan cumplido las condiciones enunciadas respecto de la familia de origen, y en caso de adoptivos múltiples, ellos pueden ser

emplazados de manera simultánea (todos al mismo tiempo) o sucesiva (uno primero, otro/s más adelante).

Puede suceder que se trate de una adopción en una familia donde ya existan emplazamientos filiales (biológicos o adoptivos), pero la existencia de descendientes del adoptante no constituye un impedimento para la procedencia de la adopción.

En esos casos, los hijos deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez, conformidad las normas generales vinculadas con la autonomía progresiva.

La consideración de los niños como sujetos de derechos, piedra fundacional del sistema de protección integral de derechos que los miembros del colectivo "*infancia*" titularizan, conlleva el reconocimiento de varias prerrogativas a ejercitar con motivo de asuntos judiciales que los involucren. Así, su derecho a ser oído, a participar de manera activa en todo proceso que los involucre de manera directa, a que se tenga en cuenta su autonomía progresiva y la consecuente posibilidad de ejercer por sí determinados derechos.(45)

La actual redacción de la ley que regula la intervención de la persona a ser adoptada, a diferencia de lo que estatuyó el derogado artículo 321 previsto por la ley 24.779, que sólo establecía el derecho del adoptado a ser oído en un sentido literal, limitado a una escucha (46), le confiere la calidad de parte(47) y si tiene edad y grado de madurez suficiente comparece con asistencia letrada.

Esta regla constituye otra muestra de la revalorización que para el legislador de la unificación tiene el adaptado en el régimen de filiación que lo involucra, verdadero centro o eje en procura de cuyos derechos la institución tiene sentido.

El Código Civil y Comercial de la República Argentina establece una distinción etaria para la niñez. De 0 a 12 años considera

a los seres humanos niños a partir de los 13 y hasta los 18 años, adolescentes. Seguiremos esa diferenciación por una cuestión metodológica, pero siempre habrá de estar presente el reconocimiento de la capacidad progresiva y, en función de esa pauta, la posibilidad de acceso escalonado a medida que su madurez lo permite, de ejercer en el proceso el protagonismo que la legislación le reconoce (arts. 5° y 12, CDN), lo que incluye desarrollar su actividad como parte.

3.2. Primera infancia

El Código Civil y Comercial de la República Argentina ha sistematizado la mayor cantidad de supuestos posibles en la formulación del ensamble entre el sistema de protección integral y las normas sustanciales.

Resultado de ello es el precepto del artículo 607, que establece genéricamente los supuestos que involucran a los niños cuyos progenitores manifiestan su intención de desprendimiento con fines adoptivos, carecen de filiación biológica conocida, o sus padres han fallecido sin que existan parientes que asuman su crianza y desarrollo.

A partir de la constatación de esas circunstancias de hecho, se establece un sistema con plazos concretos, contemplando posibilidad de prórrogas, participación de todos los involucrados y consecuencias jurídicas.

Relacionado con la figura de la adopción de menores de 18 años, pero con particular gravitación en caso de niños pequeños, se mantiene la privación de la responsabilidad parental (por las razones y bajo las circunstancias previstas en el artículo 700)(48), la extinción de la titularidad del progenitor por su muerte (art. 699, inc. a) y la suspensión de su ejercicio (art. 702), supuestos todos en los que la figura de la adopción aparece como posible (art. 703), agotadas las vías legales previstas.

Interesa poner de relieve que el Código ha cuidado particularmente la reducción de los tiempos en la etapa correspondiente a la verificación de los recaudos previos a la declaración de situación de adoptabilidad o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, sin desentenderse de la necesidad primordial de los seres humanos de ser cuidados en una familia, más durante la primera infancia, que es donde nacen y se desarrollan los lazos de apego con las figuras relevantes.

Recordemos que pueden ser declarados en situación de adaptabilidad quienes no tienen 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. También aquellos cuyos padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado (manifestación que para ser válida será prestada o convalidada -si lo expresaron con anterioridad- después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento). También procederá la declaración de la situación cuando, agotadas las medidas tendientes a la permanencia en la familia de origen, no se hayan producido cambios en función de los derechos vulnerados (plazo máximo: 180 días) y el organismo administrativo dictamina proponiendo la adopción.

Esta franja etaria ha de ser considerada en función de que la adquisición por parte de los seres humanos de la plena capacidad no se vincula necesariamente con una edad determinada, como tampoco lo hace su ejercicio. Ambas son de implementación progresiva, y tienen soporte constitucional a partir de los artículos 5º y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo señalado por la OC N° 17 sobre la Condición Jurídica del Niño de la Corte Interamericana de Derechos del Niño(49) y la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, elencos normativos de aplicación obligada por los intérpretes jurídicos(50) y que reposan en pautas movibles a valorar prudentemente en cada caso (conf. arts. 5º y 18, CDN; 19, inc. a, 24, inc. b, ley 26.061)(51)

Durante el juicio de adopción, deberá acompañarse la documentación necesaria que acredite la guarda conferida, donde se plasmarán sus datos filiatorios. De haberse omitido, toda la documentación necesaria para acreditar los vínculos de origen, las medidas adoptadas, los antecedentes sociojurídicos en función de contar con la biografía completa para ser volcada en el acto sentencial, se requerirá, de oficio o a pedido de parte, si es que no obra en el mismo juzgado, el o los expedientes judiciales que fueron el antecedente. Además, las constancias acerca de su estado de salud (libreta de familia, certificados de su pediatra, etc.) y la identificación (documento de identidad o certificado de nacimiento). Si el niño o niña ya estuviese incluido en el sistema escolar, es conveniente acompañar las constancias pertinentes.

Los niños, aun los más pequeños, serán “oído” personalmente por el juez, pues esto constituye una regla de procedimiento y un principio general (arts. 595, inc. f, y 617 inc. b). Esta afirmación se traduce en la celebración del acto mediante el cual el magistrado cita al niño y, adaptándose a la edad cronológica pauta culturales, conocimiento previo de la situación por la cual se arribó a la filiación adoptiva pretendida, lo pondrá en conocimiento -con información acorde a las circunstancias fácticas- de las actuaciones y, de poder ser prestada, recabará su opinión al respecto. Esa escucha activa, interactuada, será la que evaluará en la sentencia, dejando nota de cómo la ha tenido en cuenta. Si la edad o escasa madurez del pretense adoptivo impide al magistrado conocer su opinión sobre el asunto, en función del artículo 12 de la CDN, se podrá atener a lo que los expertos de otras disciplinas (mediante técnicas de comunicación humana alternativas a la palabra) informen sobre la adaptación, o no, a la familia pretense adoptante.

3.3. Adolescentes

Difícil resulta conjugar el interés del Estado en el cumplimiento de sus deberes asumidos internacionalmente con los deseos, pretensiones y aun ejercicio de la libertad de los adolescentes

colocados por sus progenitores en situación de adoptabilidad, o cuando aquéllos fueron privados de la responsabilidad parental. También lo es hallar pretensos adoptantes dispuestos a acompañar el crecimiento de estas personas, bastante alejadas de su imaginario de hijo que se plantearon al tomar la decisión de ingresar en el Registro de Pretensos Adoptantes.

Nuevamente la realidad de los tribunales nos conduce a reflexionar acerca del ¿resultado? de las medidas de protección de derechos o excepcionales que se implementan respecto de jóvenes que se ven compelidos a abandonar la vivienda de sus progenitores, generalmente por vivir en ellas situaciones de abuso físico y emocional que, llegados a esa etapa, eclosionan. En ocasiones, dejando en ellas a sus hermanos menores a merced de los mismos padecimientos.

Peor aún. Subsisten todavía aquellos niños institucionalizados en su primera infancia por la burocracia de un sistema obsoleto, donde aún revistan con poder de decisión funcionarios que utilizan las nuevas formas de nombrar los antiguos problemas, a la par que actúan las viejas prácticas, repeliendo las nuevas injerencias más democráticas y participativas. Baste como muestra el fallo del 27 de abril de 2011 donde la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resuelve respecto de tres hermanos que, al inicio de la "*judicialización de su vida*", tenían 2, 3 y 7 años, y al momento de la sentencia el mayor había adquirido la mayoría de edad y los otros dos contaban con 14 y 15 años(52).

Durante su adopción se seguirán las mismas pautas que las relacionadas con los niños en cuanto a los antecedentes y documentación a presentar, con la siguiente salvedad: su participación activa como parte del proceso lo será en un nivel más amplio, pudiendo contar con abogado propio.

3.4. Los emancipados

Este supuesto sólo tendrá lugar tratándose de personas emancipadas en razón del matrimonio celebrado sin tener la edad núbil y con dispensa judicial (art. 404), ya que la reducción de la mayoría de edad de los 21 a los 18 años abrogó la figura de la emancipación por habilitación de edad que contemplaba el artículo 131, tercer párrafo, del texto anterior. No podrá otorgarse la adopción de una persona emancipada por matrimonio, salvo que se trate del supuesto de descendiente del cónyuge o conviviente, o haya tenido estado de hijo comprobable antes del matrimonio.

La ley 26.449 produjo la modificación del artículo que reglaba los impedimentos matrimoniales -artículo 166 del anterior Código Civil- y estableció en dieciocho años la edad mínima para contraer matrimonio. Posteriormente, la ley 26.579 modificó el texto del artículo 126 del Código Civil anterior, y dispuso que la mayoría de edad de la persona se alcanzaba a los dieciocho años, sin derogar la regulación contenida en el artículo 166 que establecía el impedimento para contraer matrimonio si no se había alcanzado. Ello produjo como consecuencia que todo contrayente que no contara con edad núbil (18 años) debía requerir la dispensa judicial tuviese o no la autorización de sus progenitores para la celebración del acto.

El Anteproyecto formulado por la Comisión Redactora siguió ese criterio y dispuso en el artículo 404 que *"En el supuesto del inciso f) del artículo anterior [tener menos de 18 años], puede contraerse matrimonio válido, previa dispensa judicial. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales. La decisión judicial debe 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, si la hubiesen expresado. La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela sólo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se*

celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129, inciso d)".

Sin embargo, la disposición fue objeto de modificación por la Comisión Bicameral y la Cámara de Senadores aprobó finalmente el Proyecto que hoy rige, sin requerir la intervención judicial en los supuestos de personas carentes de edad núbil (18 años) mayores de 16 años (art. 404).

Consideramos acertada la redacción definitiva que fuera sancionada, pues la dispensa obligatoria anterior constituía una intromisión estatal al pleno ejercicio de la responsabilidad parental, que contradecía el principio de la capacidad progresiva de los jóvenes contrayentes a la par que avanzaba sobre la mejor aptitud de los progenitores para evaluar el interés prevalente del hijo que procura contraer matrimonio conforme su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (art. 3º, inc. d, ley 26.061). Sin desentenderse del principio de realidad, el nuevo texto legal admite que la oposición de los adultos o la falta de la edad límite de 16 años -vinculada con el texto del artículo 26 en cuanto al ejercicio progresivo de los derechos personalísimos- dará lugar, ineludiblemente, a la dispensa judicial.

De suerte que si una persona menor de 18 años contrae matrimonio -autorizada por los progenitores si tiene entre dieciséis y dieciocho o dispensada judicialmente por debajo de aquella edad- y se emancipa, no podrá a partir de ese acto requerir su adopción. Sin embargo será procedente la acción si, aún bajo esa circunstancia, invoca y acredita que se trata de una adopción precedida de la posesión de estado paterno-filial o bien que se procure la adopción del hijo del cónyuge o conviviente del pretense adoptante (art. 597, a cuyo comentario remitimos).

4. La intervención del pretense adoptivo en el juicio de adopción

4.1. Consideraciones generales

En lo relativo a las posibilidades reconocidas por el sistema para asumir una actitud activa en un procedimiento tan especial para el futuro de la persona menor de edad, vuelve a escena el principio del interés superior del niño (art. 3º, CDN; art. 3º, ley 26.061), cuya extensión está dada por la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos en función de su condición como sujeto de derecho(53). Esta previsión está en total consonancia con el artículo 608 al cual nos remitimos para completar el estudio de este tema referido a la actuación del niño en su proceso de adopción, el que observa un lugar de privilegio o protagonismo, tanto en el proceso de declaración de la situación de adaptabilidad como en la adopción.

Como ya se ha señalado, una de las formas en que ese interés se materializa de manera expresa la constituye el derecho a ser oído (54) y a que se considere y otorgue la importancia debida a lo dicho, para lo cual habrá de tenerse en cuenta la edad y grado de madurez o discernimiento (55).

En el especial supuesto de la adopción, también hace a ese interés superior la toma de decisión con apoyatura en una información suficiente, lo que se legisló bajo la figura del consentimiento.

4.2. Derecho a ser oído

Amén de lo expresado al comentar los artículos 595 y 608 en lo relativo al derecho a ser oído, cabe agregar que el "*cómo*" oímos a los niños no se satisface sólo con registrar sus deseos, debemos decodificar otros elementos que contribuyen a que la escucha sea integral, para lo cual puede resultar necesario lo interdisciplinario o el aporte de otros operadores (56).

El adulto que recibe la opinión del niño deberá compatibilizar en la medida correcta la información a transmitir acerca del objeto procesal, generar confianza y empatía, y simultáneamente estar capacitado para detectar si la opinión es genuina del niño o con influencias adultas exacerbadas (57). Deberá notar el intérprete que el artículo 595, inciso f, determina el derecho a ser oído como principio general en materia de adopción (58), lo cual significa que toda decisión que lo involucre deberá contar con su participación, tenga la edad que tenga.

¿Cómo se espera que se despliegue esa participación? En primer lugar, a partir de la entrevista con el magistrado. Se conocerán, ambos sabrán qué rostro qué fisonomía, qué voz, qué mirada y, en lo posible, qué sentir y qué pensar tiene el otro. En segundo término, los estamentos de participación serán graduales, como lo es el ejercicio de la capacidad de las personas, pues no es lógico pretender que un bebé de pocos meses y un adolescente se comporten con el mismo grado de actividad subjetiva frente a la adopción.

Resulta sumamente interesante -además de emotivo- generar esa participación en caso de niños de poca edad, o aun de meses. Una fórmula que parece dar buenos resultados es que el niño sea conocido y mudado de la familia que le profiere cuidados transitorios, o la persona de la institución que lo haya albergado, directamente a los brazos de quienes lo recibirán en definitiva. Y en ese momento sea explicado por el juez a los intervinientes el por qué de ese hecho y el sentido del acto. Si el niño tiene una edad que le permita dialogar, resultará más conveniente brindarle explicaciones en un lenguaje adecuado a su edad, y esperar a que exprese su opinión.

En segundo lugar, y tratándose de niños más maduros, o adolescentes, ese ejercicio se facilita para el magistrado, que interactúa con el pretenso adoptado desde el diálogo, pero a la vez se intensifica en el reconocimiento de posibilidades de acceso directo a la justicia, mediante asistencia letrada si tiene edad y madurez suficiente y el caso lo amerita. Piénsese, por ejemplo, en una adopción de un adolescente

en que sus progenitores no participaron en el proceso previo de declaración en estado de adoptabilidad y requieren la nulidad de lo actuado y la restitución del hijo.

El Código mantiene la directiva de escucha en el proceso de adopción, pero innova en lo que hace a la intervención como parte con patrocinio letrado cuando cuenta con edad y grado de madurez suficiente. En resumen: la posibilidad de ejercicio del derecho a ser oído que impuso la CDN es tripartita: a) por el niño directamente: cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, con patrocinio letrado si tiene madurez suficiente para discernir lo que eso significa y dar instrucciones al letrado, para lo cual deberá el juzgador ponerle a disposición su derecho, si sus representantes necesarios o promiscuos no lo solicitan; b) por sus representantes: cuando revistan calidad de parte en función de las normas vigentes y no se adviertan intereses contrapuestos con sus sustitutos legales o necesarios, y c) a través de un órgano apropiado: cuando por su edad -escasa- o alguna imposibilidad por deterioro cognitivo se ve impedido de expresarse por sí o sus representantes; esta fórmula habilitaría recurrir a técnicas apropiadas que permitan la expresión de voluntad o la opinión sobre el tema jurídico a resolver, o la designación de un tutor especial(59).

El sistema así diagramado nos lleva a analizar otras cuestiones vinculadas con la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales.

4.3. Edad y madurez suficiente

La Comisión reformadora y, posteriormente, el legislador al redactar el artículo 26 del Código Civil y Comercial tuvieron en cuenta las críticas de la doctrina respecto de lo inadecuado de los criterios basados únicamente en la edad. De ese modo, deja de lado la anterior postura binaria y dicotómica (capacidad-incapacidad), y la suplanta por un mecanismo dinámico y flexible.

También imperó el criterio de realidad, puesto que la evolución de la especie humana nos permite observar que los condicionamientos culturales, históricos, económicos, sociales, etcétera, importan diferencias profundas en la niñez y adolescencia históricas, respecto de las más recientes. El arribo a la adultez implica un proceso en el cual el niño pasa por distintas etapas de desarrollo físico, mental y espiritual. A partir de los últimos años de la niñez, se considera que está preparado para buscar una identidad y una existencia independientes de las de sus adultos afectivamente relevantes. Ese reconocimiento de las etapas evolutivas es determinante del nivel de decisión al que puede acceder(60).

Esa norma, junto con todas aquellas en las que aparece la pauta de “*edad y madurez*”, deberá considerar muy especialmente que el trasfondo del empleo de la fórmula reposa en la garantía del acceso a la justicia de los niños de este país, sin olvidar que la aplicación de la noción de capacidad progresiva -dada su vaguedad y ambigüedad- puede dar lugar a interpretaciones judiciales discrecionales, son afectación de la igualdad ante la ley.

Para la determinación de la edad del niño, como uno de los parámetros a considerar, el magistrado contará con la partida de nacimiento o el documento de identidad. Pero en la evaluación de la madurez puede ser necesario tener que recurrir a la asistencia técnica de los expertos en ciencias de la conducta. Una modalidad de intervención virtuosa consiste en requerir la intervención de un equipo adecuado en forma previa a celebrar la audiencia donde el niño ejercerá el derecho a ser oído o eventualmente manifestará su consentimiento (si cuenta con 10 años o más). En esa intervención los profesionales pueden informar al niño de la citación, desmitificar las fantasías respecto de la figura del juez, adelantarle acerca de las condiciones en que se llevará a cabo el acto, disminuir sus ansiedades, etcétera. A la vez, recabar datos que transmitirán al magistrado acerca del conocimiento que tiene el niño sobre su realidad biológica, la etapa evolutiva que atraviesa y su grado de maduración, el lenguaje

que emplea, sus gustos y preferencias, sugiriendo la mejor alternativa para que esa audiencia concluya exitosamente.

Es importante considerar que no necesariamente se transmitirá al niño un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino sólo los datos necesarios para una comprensión suficiente y la posibilidad de formarse un juicio determinado y personal sobre el tema. Así como deberá poder expresar sus opiniones sin presión, debe otorgársele la libertad de escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. Para ello, se lo anoticiará de manera adecuada a la edad y posibilidad de discernir, sobre el o los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias.

Finalmente, resultará de aplicación en el análisis de la conjunción entre la edad cronológica y la madurez lo dispuesto en el artículo 707 referido a la Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas, adolescentes, en el que se dice que *"Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oído en todos los procesos que lo afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y cuestión debatida en el proceso"*.

4.4. Ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta

Cualquier sentencia que se refiera al interés superior del niño, hoy, por mandato legal debe señalar de modo puntilloso cómo los intereses de los padres y del niño están en contraposición; dicho de otro modo, cómo los padres, sustanciales, en realidad, defienden su propio interés desentendiéndose del mejor interés del hijo(61).

En caso de denegarse la petición del niño, no atender a su solicitud expresada al momento de ejercer el derecho a ser oído o en sus presentaciones con abogado, el judicante deberá dar razones suficientes de la negativa. Así como la escucha del niño debe ser activa, participativa, interactuada, la respuesta jurisdiccional será

fundada cuando ella implique ir contra los deseos y la opinión manifestados por él.

En el supuesto de la adopción, podrá involucrar cuestiones vinculadas con el tipo de adopción, el apellido, el mantenimiento de vínculos, la creación de otros, etcétera. Siendo el niño parte en el proceso, el magistrado tiene el deber de dar respuesta a los requerimientos que las partes efectúen en el curso del proceso, pues lo contrario implicaría denegación de justicia. En ese marco, la opinión del niño será considerada, y si la disposición jurisdiccional resulta contraria a su deseo o pretensión, deberá contener fundamentos suficientes que puedan ser conocidos por el niño.

Inclusive, la opinión de la persona menor de edad, en caso de duda, podrá merecer que el magistrado se incline a favor de la postura que sostuvo el niño, o aun que propenda a darle la solución que pretende, si el ordenamiento jurídico lo permite, en función de los principios generales, cuyo destino integrador fue señalado en los fundamentos de la Comisión para la unificación.

4.5. El derecho a ser oído según los organismos internacionales

Con el objeto de continuar profundizando en una temática en que el nuevo Código es novedosa y que involucra a varias figuras del Derecho de Familia, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 196 de la sentencia dictada en el leading case contra la República de Chile ("*Atala Riffo y niñas vs. Chile*"), resaltó que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. Observó que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Y confirmó que dicho derecho debe ser

interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (62), el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino (63)

De manera específica, la Observación General N° 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el "*interés superior del niño*" y el derecho a ser escuchado, al afirmar que "*no es posible una aplicación correcta del artículo 3° [interés superior del niño] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3° refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida*".

5. La capacidad progresiva

5.1. Consideraciones generales

Como se dijo, desde la incorporación y posterior jerarquización de la Convención sobre los Derechos del Niño, el tradicional régimen jurídico de la capacidad civil y representación de las personas menores de edad fue puesto en jaque. La Convención trajo consigo una resignificación de las relaciones paterno-filiales(64), pero también de la infancia respecto del Estado. En este escenario, a partir de la noción de autonomía progresiva, se reconoce que los niños y adolescentes completan, de modo gradual, su plena capacidad para el ejercicio personal de sus derechos.

Es posible sostener, entonces, que la persona menor de edad tan sólo transitoriamente está privada del ejercicio personal de su capacidad. Esto se sustenta en los estudios actuales sobre psicología evolutiva, como así también en atención a los avances y desarrollo del concepto de ciudadanía, traducido en el reconocimiento de una participación social más activa por parte de los niños y adolescentes en la vida actual y en el deber de impartir a lo hijo educación hacia su propia autonomía (65).

El Código Civil y Comercial de la República Argentina, en sus artículos 22 a 24 reglamenta la capacidad de la persona estableciendo que toda persona humana goza de aptitud para titularizar derechos y deberes jurídicos, los que pueden ser privados o limitados respecto de hechos o actos determinados. Toda persona puede ejercer por sí esos derechos, salvo limitación de la ley o de una sentencia judicial. Con relación a los menores de edad quien no cuenta con edad y madurez suficiente es tenido como incapaz de ejercicio, y serán sus representantes legales los que ejerzan sus derechos por ella (art. 26). Pero, si cuenta con la edad y madurez suficiente, en algunos casos el ordenamiento admite el ejercicio personal.

De esto se sigue que el Código contempla las diferentes etapas por las que atraviesa el ser humano en su evolución psicofísica, determinando una gradación en el nivel de decisión al que puede ir accediendo.

La autonomía progresiva a la que debe propenderse en el desarrollo del niño se empareja con la noción de competencia, que requiere de una conciencia reflexiva, libre, independiente y diferenciada del concepto de capacidad civil determinado rígidamente en función de edades prefijadas (66).

La madurez intelectual se adquiere progresivamente, conforme la evolución personal de cada niño, signado sin dudas por su contexto histórico y cultural, contorneando así su autonomía progresiva para el ejercicio de derechos (67), la cual ha de ser desentrañada por el organismo donde se pretenda su reconocimiento y exigibilidad.

Esa perspectiva -de autonomía progresiva en función de la competencia- independiza la determinación de la persona menor de edad de la voluntad y decisión de sus representantes legales; preserva u otorga un ámbito personalísimo de titularidad del individuo, cuyo ejercicio no cabe ejercer su representante legal. La representación quedará reservada para quienes cuentan con una capacidad mínima de

autodeterminación. La asistencia supone la actuación del sujeto sin que se lo reemplace o sustituya, y se traduce en una proporcionalidad inversa de mayor participación de la persona menor de edad y restringida de quien es legalmente sustituyente, por lo que esta figura debe contar con la conformidad o asentimiento de los progenitores, o la disposición judicial que disponga la intervención (68)

Es de esperar que en una familia funcional, la dirección y la orientación sean ejercidas por ambos padres, quienes desplegarán los deberes-derechos derivados de la responsabilidad parental; en esas circunstancias, serán quienes frente a terceros ejercerán la representación de sus hijos en juicio, contratando abogado e interponiendo las acciones y defensas. Al no existir conflicto con la persona menor de edad, oposición de intereses, disputa entre los padres, ni requerimiento expreso del niño, niña o adolescente, no se advierte necesidad de que actúe por sí solo con un abogado patrocinante.

Consecuencia de ello es que el ejercicio de este derecho forma parte de contemplar adecuadamente lo que importará el mejor interés del niño, recordando lo que ha dicho el Comité de los Derechos del Niño, en el sentido de que ese interés será "la" consideración primordial en la adopción y no sólo "una" consideración primordial (69).

5.2. El abogado del niño (70)

Como también ya se adelantó al comentar el proceso de declaración de situación de adoptabilidad, como así se seguirá profundizando al analizar el Título VII referido a la Responsabilidad parental, normativamente la figura del abogado del niño apareció a nivel nacional con la sanción de la ley 26.061, consagrada en el artículo 27, inciso c, de ese texto, al disponer que entre las garantías de los niños, niñas y adolescentes, está la de *"... 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"(71).

La doctrina no fue pacífica respecto de esta figura, y menos lo fue la jurisprudencia, dando lugar a la sistematización del tema, englobando las posiciones en tres posturas (72): a) la que negaba el derecho de defensa técnica a los niños menores de 14 años, en función de los términos de los derogados artículos 54, 55 y 921 del Código Civil. Ha sido criticada porque hace prevalecer el Código Civil sobre la Convención y la ley 26.061, ambas de indudable jerarquía superior; b) la postura doctrinaria y jurisprudencia que condiciona la defensa técnica a la capacidad o autonomía progresiva de los niños, en los términos de los artículos 5° y 12 de la Convención, y c) la que considera el derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso, y por ende, aplicable cualquiera fuera la edad del niño, involucrado en un proceso administrativo o judicial, en los términos del artículo 27 de la ley 26.061.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 608, es probable que, en supuestos de declaraciones de estado de adoptabilidad donde los involucrados sean niños preadolescente o adolescentes, ellos hayan contado con asistencia letrada. Cabe preguntarse si la misma es necesaria en el proceso de adopción propiamente dicho. La respuesta se encontrará en cada caso y sus peculiaridades, puesto que si la adopción se postula por los pretensos, en una coincidencia absoluta de pretensión, se brinda el consentimiento del adoptivo y ningún miembro de la familia de origen confronta el emplazamiento, no será necesario. En cambio, si en una adopción de integración uno de los progenitores se opone a la pretensión del cónyuge o conviviente del otro, y se trata de un adolescente, nada obstará a que se presente con su propio letrado, o el juzgado disponga que sea técnicamente asistido.

6. Intervención de otros organismos: el Ministerio Público y la autoridad administrativa

6.1. Ministerio Público

Vinculado con el concepto de parte, debe analizarse la actuación del denominado Ministerio Público (englobando con ese término a los defensores de menores, menores e incapaces, asesor de familia, asesor de familia de incapaces u otra forma de llamarlos en las provincias), contemplado en el artículo 103 del Código Civil y Comercial(73).

De conformidad con lo que establecía el anterior texto legal (arts. 59, 491, 494 y conec.), los defensores públicos de menores e incapaces actuaban como representantes de los menores en todo asunto judicial o extrajudicial que afectara sus personas o bienes, sea directa o "promiscuamente" con los representantes necesarios de sus asistidos, promoviendo o interviniendo en cualquier causa o asunto, y requiriendo medidas en procura de sus derechos, de conformidad con las leyes respectivas, bajo pena de nulidad de lo actuado sin dicha intervención(74). La sanción legal ante la omisión de esa intervención ha sido recordada en numerosa jurisprudencia de tribunales provinciales y de la misma Corte Suprema (así entre muchos otros, Fallos: 331:994, considerando 5, con cita de Fallos: 312:1580)

Respecto de las funciones también tuvo ocasión de expedirse el máximo tribunal federal en Fallos: 323: 1250, considerandos 13 y 14, donde se hizo mérito de la nota del Codificador al artículo 58 del Código Civil derogado, para explicar el cometido que la ley le había asignado al Ministerio Público, y valorizar su función institucional, adoptando una postura contraria al menoscabo de los derechos de los herederos menores cuyos intereses no fueron bien defendidos por sus diversos representantes (también, en lo pertinente, se pueden compulsar Fallos: 305:1945; 320: 1291; 325:1347; 330:4498; CS C. N° 1096, L. XLIII, "*Carballo de Pochat, Violeta S. L. c/ Anses s/ Daños y perjuicios*" del 19-5-2009, y CS R. N° 221, L. XLIV, "*Rivera, Rosa P. -en*

nombre y representación de sus hijos menores- c/Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/Daños y perjuicios", del 6-7-2010, entre otros).

El citado artículo 59 expresamente establecía que la participación era en calidad de parte legítima y esencial, y en todo asunto extrajudicial o judicial, en salvaguarda de sus derechos e intereses (75), pero además, también desarrollaba la función de promover la designación de representantes cuando se careciera de ellos (a nivel nacional, la ley 24.946, art. 25, inc. i), prescribió similares funciones, a la par que estableció deberes y atribuciones en el artículo 54(76). Finalmente, también desempeñaba la función de contralor respecto de los representantes de las personas menores de edad o con capacidad restringida, es decir, tutores o curadores, con facultad para pedir su eventual remoción, debiendo dictaminar en todo asunto en que padres, tutores o curadores recurrían al juez para ejecutar actos con obligada intervención judicial (77).

La Comisión para la Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial (78), en su redacción originaria, había contemplado la consideración del Ministerio Público en el proceso adoptivo en estos términos: *"son parte los pretensos adoptantes, el pretense adoptado que cuenta con edad y grado de madurez, el Ministerio Público y la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adaptabilidad; el pretense adoptado debe contar con asistencia letrada"*. Ese texto no fue mantenido luego del trabajo de revisión realizado por la Comisión Bicameral, que modificó la redacción originaria reduciendo la legitimación en carácter de partes, que en la actualidad se circunscribirá a los pretensos adoptantes y el pretense adoptado.

Se mantiene, entonces, la participación tanto del Ministerio Público como del organismo administrativo, pero circunscripta a una intervención procesal distinta, al carecer de la pretensión filiatoria que constituye el objeto del proceso. Esta modificación importa consecuencias tales como la imposibilidad de ofrecer pruebas o ejercer pretensiones determinadas sobre el tipo adoptivo, sin perjuicio

de lo cual podría sugerir aquel que considere más adecuado en función de la circunstancias del caso, sin que ello resulte vinculante para el magistrado. En el caso de que el Ministerio Público, actuando en ejercicio de apoyo principal o complementario a la persona menor de edad procure el inicio de la adopción en representación directa del niño, niña o adolescente -conforme se explicará al analizar el artículo 616- no puede por ello conferírsele calidad procesal de parte, sino que su intervención deviene impuesta por la ley y para cumplir la función de contralor de la vigencia de las garantías que el Derecho Privado y convencional Constitucional reconoce a las personas menores de edad.

La falta de intervención del Ministerio Público -dispone el artículo 103- causa la nulidad relativa del acto, sin perjuicio de que del sistema de nulidades propio que se establece para la adopción (arts. 634/637) no emerge sanción específica para el supuesto de que ella sea omitida. No se trata ni de un olvido del legislador, ni de una omisión de los redactores del nuevo ordenamiento, sino de una variación profunda en cuanto a la consideración de quienes son los protagonistas de la adopción, lo que no es más que la puesta en práctica de la consideración genuina de la persona menor de edad como sujeto pleno de derechos que no puede ser sustituido ni reemplazado por ningún representante estatal.

6.2. Autoridad administrativa

Con relación al organismo administrativo que intervino durante la tramitación de las medidas excepcionales que desembocaron en el dictado de la resolución que declaró la situación de adoptabilidad, si bien es riesgo que no siempre la guarda conferida concluye en una adopción, la íntegra relación ente las etapas es obvia, ya que aquélla es la faceta introductiva de ésta(79). En efecto, siendo a esta altura un principio rector el que el niño o niña tiene derecho a vivir y permanecer con su familia de origen, si eso no fuese posible por darse el caso de una situación excepcional que supone una vulneración de otros de sus derechos se buscará que el niño

permanezca con su familia ampliada o referentes afectivos -tíos, abuelos, padrinos, etcétera-. Luego, como medida de ultima ratio siendo lo antes enumerado de imposible cumplimiento, se podrá buscar una solución temporal -como ser su alojamiento con una familia de acogida, cuya génesis es eminentemente transitoria y como forma de evitar la institucionalización del niño o niña-, o soluciones duraderas permanentes, como la adopción(80).

Ahora bien, en ese "*círculo virtuoso*" participan varios individuos, muchos de los cuales son quienes tienen el contacto cotidiano y directo con el niño o niña, participan junto a él del desarrollo de la etapa, conocen la escuela a la que asiste, los espacios culturales, sociales y familiares que frecuenta, incluso traban relaciones afectivas, que operan tendiendo a revertir las dificultades que motivaron la intervención estatal. Esas personas no quedan fuera de la construcción del futuro del niño y el ejercicio de su derecho a la convivencia familiar, y de allí que pueda requerir de su intervención en esta etapa. Piénsese el caso de un niño o adolescente que, consultado acerca de prestar su consentimiento adoptivo, se niega a ser adoptado aunque desea permanecer con sus guardadores; o el de un joven que pretenda mantener vínculo con sus hermanos de origen que, por las vicisitudes propias de los procesos, tal vez permanezcan bajo el cuidado de la familia de origen, con medidas administrativas en ejecución respecto de ellos. En tales ejemplos, y para integrar el concepto de mejor interés del niño (81), el juez deberá convocar a la autoridad administrativa a fin de contar con los elementos necesarios para adoptar la mejor decisión.

7. El consentimiento en la adopción

Como se expuso al comentar el inciso final del artículo 595, uno de los cuestionamientos más importantes al anterior sistema adoptivo se centraba en la ausencia de participación del pretense hijo adoptivo.

No obstante la manda constitucional de garantizar el ejercicio del derecho a ser oído, no sólo le era negada la calidad de parte(82),

sino que no existía para el juez ninguna norma de Derecho Privado que dispusiera el deber de escucharlo, pedir su opinión, ni mucho menos promover su participación activa para decidir acerca de un derecho tan personalísimo como el que se debatía en esos trámites. La calidad de parte otorgada al Ministerio Público admitía una sustitución de la persona sobre cuyos derechos a determinado emplazamiento filial se resolvería. Al arbitrio del juzgador estaba la citación tanto del niño, como de "*cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor*" (art. 321, inc. c, del Cód. Civ. derogado, texto conf. ley 24.779).

Es claro que con ello no se satisfacía la garantía constitucional de acceso a la justicia para el principal protagonista del proceso adoptivo. Estas omisiones son subsanadas, pues además de la obligada participación de todo niño, cualquiera sea su edad para ser oído, y que su opinión sea considerada, se incluye lo que es una novedad para nuestro país: el inciso f, del artículo 595 relativo a los Principios generales en la adopción dispone que el pretense adoptante que cuente con 10 años o más debe prestar su consentimiento para la adopción, el que es obligatorio; el artículo 617, inciso d, establece que "*el pretense adoptado mayor de diez (10) años debe prestar consentimiento expreso*", y el artículo 634, inciso i, sanciona con nulidad absoluta la adopción obtenida con "*La falta de consentimiento del niño mayor de diez (10) años, a petición exclusiva del adoptado*".

El tema tiene estrecha vinculación con la doctrina del consentimiento informado, que nace en el campo de la salud, para lograr un vínculo más humanizado entre médico y paciente. Su ingreso al mundo jurídico fue de la mano de la bioética y de los derechos humanos, en razón de la transformación de la visualización de ciertas necesidades básicas en derechos exigibles, y en contraposición a las prácticas conocidas como "*paternalismo médico*". En ese ámbito, comienza a producirse un giro hacia la mayor autonomía de los pacientes, tendencia ya irreversible por incidencia de la multiculturalidad, la diversidad, que se vuelve refractaria a la imposición de valores ajenos (83). Estos señalamientos, traídos al campo del proceso adoptivo, cobran relevancia, en primer término,

respecto de los padres biológicos, pero -en lo que ahora interesa- también respecto del niño, niña o adolescente.

Como puede verse, a diferencia de lo que ocurre con el ejercicio del derecho a ser oído, en cuyo despliegue el pretense adoptivo puede opinar no compartiendo algún tema en particular, y el judicante, no obstante, podrá apartarse fundadamente de ello, en el caso del consentimiento, su falta impone el rechazo del emplazamiento adoptivo.

El consentimiento implica una declaración de voluntad meditada, y por eso debe ser visto como un proceso integrado por diversas etapas y distintas acciones -alternativas, complementarias o excluyentes-, que en lo que nos atañe comprendería: la escucha de las razones de la persona menor de edad, el apoyo y contención frente a la angustia, la orientación y provisión de recursos profesionales adecuados. La adopción deberá ser una construcción conjunta del niño y sus pretendientes adoptantes, y no una imposición para ninguno, o la única salida frente a la orfandad o la imposibilidad de procrear.

El consentimiento -informado- del pretense adoptando reposa en los siguientes cuatro pilares sobre los cuales se estructura la llamada "*doctrina de la protección integral de derechos*": 1) la condición de los niños como "*sujetos*" de derechos -en especial en lo que se refiere al goce o ejercicio de derechos; 2) el interés superior del niño; 3) el principio de autonomía progresiva, y 4) el derecho a ser oído como sinónimo de participación (84).

La disposición guarda su lógica. Si un niño a cierta edad y grado de madurez no consiente, es decir, no está de acuerdo en ser emplazado en estado filial en una determinada familia probablemente esa adopción tenga como único destino el fracaso.

También tiene su sentido histórico: se prevé para niño más grande, donde las biografías están talladas y las improntas fijada en el espíritu o en el cuerpo. Las adopciones de estos niños y niñas con la

que más demoran, y como toda relación humana medianamente democrática, requiere de concesiones mutuas. Si transcurrido el período de guarda para adopción se suscitaron inconvenientes en el ensamble afectivo, es muy posible que el niño se niegue a prestar el consentimiento. Será resorte de quienes tienen a su cargo el acompañamiento del grupo familiar brindar las herramientas adecuadas para superar esas dificultades.

Por guardar relación con el ejercicio de la autonomía progresiva reconocida a los niños, niña y adolescente, ciertamente que no puede soslayarse la negativa, o restarle importancia cuando el problema aparece. En muchas ocasiones lo que revela es una ambigüedad en los sentimientos, y así se provocan situaciones complejas, con permanentes "*puestas a prueba*", como si el niño recurriese a esos actos para medir la solidez de la decisión de los adultos de hacerlo su hijo. La salida claramente, no es jurídica, sino terapéutica.

Constituye un requisito esencial para el emplazamiento adoptivo el consentimiento expreso del niño mayor de 10 años dependientemente del de los adoptantes- pues se considera que a partir de dicha edad cuenta con madurez suficiente en relación al acto adoptivo(85).

De esta afirmación se desprenden dos cuestiones: a) el límite etario es la pauta mínima, es decir, que puede suceder que un niño menor de esa edad, pero con madurez suficiente para tener por acreditada su competencia para decidir, exprese su consentimiento antes de esa edad, a su requerimiento y ejerciendo su carácter de parte; b) en términos procesales, la sentencia no podría dictarse sin cumplirse con el recaudo legal, pues resulta un requisito esencial que hace a la validez del acto jurídico que emplaza adoptivamente, suponiendo un presupuesto de la filiación adoptiva.

La disposición legal que impone que se preste el consentimiento para la adopción comporta una pauta superadora de la

anterior obligación de los adoptantes de dar a conocer la realidad adoptiva, ya que garantiza que sea el magistrado, exento de los intereses personales de las partes, quien personalmente le requiera preste o confirme su voluntad respecto de la adopción, tomando así cabal conocimiento el adoptando del alcance del acto. Se requiere que la persona menor de edad tenga 10 años como mínimo, fijándose la pauta etaria relativamente equilibrada en comparación con otras legislaciones, y acorde con la madurez media estimada para la decisión. Con sustento en que en la adopción lo que se persigue es hacer efectivo el derecho a vivir en una familia, y estando corroborada la imposibilidad de hacerlo en la de origen, la doctrina sostiene que los menores de 10 años que no presten su consentimiento -siempre que no cuenten con madurez adecuada, lo que puede válidamente ocurrir- ven suplido el consentimiento con la decisión judicial. *"Es cierto que la adopción involucra derechos personalísimos del adoptado, pero el consentimiento sobre su propia adopción podrá ser viable sólo cuando cuente con el desarrollo madurativo suficiente para este acto. Por ende, cuando se trate de niños pequeños que no estén en condiciones de expresar su voluntad a favor o en contra de la adopción, tal carencia deberá ser suplida por el juez"* (86)

Suponiendo que no obstante la omisión de obtener el consentimiento, la sentencia sea dictada, su nulidad es absoluta, inconfirmable, imprescriptible, por lo que resulta aconsejable que en el cuerpo de la resolución que se dicte se consigne un apartado específico donde este tema sea analizado, tanto como lo son los restantes vinculado con la filiación adoptiva (requisitos formales, morales, económicos, etc.). Ampliando esa sugerencia, puede señalarse que, en virtud de que la sanción de nulidad será posible sólo a requerimiento del propio adoptado, todo judicante debería reservar una consideración especial al tema; de otro lado, porque su tratamiento guarda estrecha relación con la identidad del niño, niña o adolescente, y la sentencia que se dicte cierra una etapa muy importante en la vida de esa familia.

Si bien es cierto que para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación (87), esa apreciación no puede ser

aplicada al supuesto de la falta de consentimiento debido a la trascendencia que cobra en su vida ser o no miembro de una familia. Aunque pueda pensarse que será muy difícil, puede acontecer que pese a la negativa, la adopción se dicte de todos modos. En tal caso el niño, con el patrocinio jurídico correspondiente en función de lo que dispone el artículo 26, podrá requerir la nulidad de la sentencia por ausencia de presupuestos legales, y también del emplazamiento consecuencia de aquélla.

Parece conveniente que, a los fines prácticos la demanda de adopción contenga el consentimiento del niño y su ofrecimiento de ratificación en audiencia. De no estar pre ente, como despacho inicial, deberá el magistrado convocarlo a ese fin.

Esta regla rige también en la adopción de integración, donde simultáneamente deberá convocarse al otro progenitor, salvo causas graves para prestar su consentimiento -informado- (art. 632, inc. a), y expedirse respecto del alcance del emplazamiento pretendido por el progenitor afín.

Con independencia de la edad del niño o adolescente, es de buena práctica la ponderación de la madurez del adoptado(88), y en aquellos casos donde existan dificultades en tomo al consentimiento y aparezca nítidamente que se encuentra en condiciones de dar instrucciones a un letrado, proveer dicha cobertura legal o designarse un tutor ad litem en su caso. Estas disposiciones serán dictadas con soporte en una evaluación interdisciplinaria, y sin perjuicio de la adopción de medidas cautelares, si hubiese necesidad de ellas.

Si bien el tema se introduce en nuestro Derecho con la unificación de varias legislaciones comparadas siguen esta misma línea. Por citar algunas, el Código de Familia cubano en su artículo 107 dispone que "*Cuando el menor de cuya adopción se trate tenga siete o más años de edad, el tribunal podrá explorar su voluntad al respecto y resolver lo que proceda*"(89). Por su parte el Código Civil de Puerto Rico recepta el mismo límite de edad que nuestro sistema normativo, cuando en su

artículo 134 al enumerar a las personas que deben consentir la adopción establece: "*El adoptado mayor de diez (10) años*"(90) Asimismo, son varias las normativas que prevén la edad de 12 años para que el adoptado consienta su propia adopción(91), como ser el artículo 13 de la Ley de Adopción de Venezuela al disponer que "*Sea cual fuere el tipo de adopción, se requiere el consentimiento del adoptado cuando éste sea mayor de doce años de edad*". El Código Civil francés fija la edad de 13 años. Por último, varias legislaciones fijan la edad en los 14 años como ser las de México, Alemania, Malta e Italia (92).

8. Características de las actuaciones. Expediente

En el último inciso se establece que el expediente será reservado las audiencias privadas. En líneas generales conserva la redacción el régimen anterior del inciso f, del artículo 321 derogado. La razón de la norma no es otra que el derecho a la intimidad.

El actual sistema que involucra la filiación adoptiva desde que comienza el proceso con la familia de origen y hasta la adopción se caracteriza por propender a la absoluta participación de todos los involucrados, por haber abierto puertas para que ingresen todos quienes revistan importancia en la vida del niño. De modo que la finalidad no es ocultar el origen (de hecho, se reconoce una acción autónoma), sino que apunta a evitar prudentemente que se ventilen en ámbitos públicos situaciones vinculadas con la intimidad personal.

La publicidad de los actos procesales se restringe a niveles de los procedimientos provinciales (93), pero también ahora en el Derecho de fondo, para garantizar la vigencia efectiva del principio, y dar efectividad a la reserva. Deberán tomarse recaudos suficientes y adecuados en caso de ser necesario expedir copias de las actuaciones.

Del mismo modo, para fines académicos se expedirán constancias anonimizadas que no permitan en modo alguno identificar a las partes, y para el supuesto de que las audiencias fuesen

grabadas o filmadas, será con consentimiento de los involucrados y depósito y custodia a cargo de los funcionarios judiciales.

De manera general se regulan los mismos recaudos para todos los procesos de familia en el Título VIII del Libro Segundo (conf. arts. 706 y 708).

9. Los principios en el juicio de adopción

La filiación adoptiva, en tanto sistema que involucra una realidad compleja, y a la que se arriba luego del tránsito obligado por la instancia de agotar la posibilidad de convivencia en la familia de origen (sea nuclear o ampliada), en la actualidad está diagramada en función de bases constitucionales.

Por ese motivo, y como ocurre en otros ordenamientos de la región⁽⁹⁴⁾ y se había también desarrollado en el Proyecto de unificación de 1998, se establecen los principios generales consagrados en el artículo 595, cuya finalidad es orientar al intérprete ante las posibles lagunas o silencios o resolver la tensión entre derechos subjetivos que pudiese aparejar la figura de la adopción, muy especialmente ante la complejidad de algunos casos. Tal decisión legislativa se asienta en el principio de realidad: llegan a los tribunales infinidad de supuestos nacidos a partir de una realidad cambiante en un mundo signado por la diversidad.

En este contexto, tanto los principios de la adopción explicitados en el artículo 595 como los principios procesales del Derecho de familia consignados en el artículo 706 son plenamente aplicables al proceso de adopción.

Referencias bibliográficas

(1) Las categorías explicitadas están dadas por la letra del artículo 25 que establece: *"Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que*

no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece (13) años".

(2) ALSINA, Hugo, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar, Buenos Aires, 1960, t. 1, p. 472, establece la distinción con un ejemplo similar pero respecto de un vínculo contractual.

(3) CHIOVENDA, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, t. II, p. 264, citado por AREÁN, Beatriz, comentario al artículo 43, en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, 1ª ed., dir. Por E. Highton y B. Areán, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 714.

(4) Comentario al artículo 43, citado en nota precedente.

(5) FALCÓN, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 327.

(6) FE OCHIETIO, Carlos y ARAZI, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 169.

(7) PALACIO, Lino, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. 1, p. 329.

(8) RDF 2007-111-1; J. A. 2007-11-48.

(9) STJ de Chubut, 14-9-2005, "*V., F. M.*", comentado por GRAMARI, Cintia y RIPA, Mariela, Un caso difícil que la imperfección del sistema hizo aún más dificultoso, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006-II-138 y ss.

(10) SCJ de Mendoza, 9-3-2012, "*L. V. y ot. en j.: 35.331 comp. en autos 15817/9/3 R. L.M. A. p/Med. tutelar. Inc. cas.*", Microjuris OnLine, MJ-JU-M-71396-AR, MJJ71396.

(11) HERRERA, Marisa, El protagonista. El rol del adoptado en su adopción y otras cuestiones sobre su identidad, p. 13, documento elaborado para el encuentro sobre Reformulación legal de la adopción a la luz del derecho a la identidad y de la sanción de la ley 26.061, del

29-8-2006, coorganizado por Unicef, CELS, Abuelas de Plaza de Mayo y la Fundación Sur Argentina.

(12) HERRERA, Marisa, El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil, y El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc, en J. A., Supl. Esp. El Derecho de Familia en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, coord. por Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, 2012-11, del 20-6-2012, ps. 84 y ss.

(13) El fallo de la CSJN, en autos "S., C." del 2-8-2005, seguido por la SCJBA, el 16-8-2006 (J. A. 2006-11-27), a propósito del factor temporal, es analizado por GROSMAN, Cecilia y HERRERA, Marisa, ¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal, en J. A. 2005-IV-32, concluyendo que el tiempo constituyó el elemento que no pudo ser sorteado, al punto de ser el relevante para la solución del caso, haciendo notar la necesidad de reglamentar los espacios temporales de actuación.

(14) La intervención de los padres de origen en el proceso constituyó un tema relevante, que motivó incluso se aborde en distintos proyectos de leyes en los que se evidencia la intención de dar una solución a la problemática del arrepentimiento de los padres biológicos que otorgan la guarda. En ellos se proponía establecer como requisito previo a otorgarla, contar con el consentimiento informado de los padres. Cobraron estado parlamentario los siguientes: expte. 2905-D-2010, trámite parlamentario: 048 (5-5-2010); expte. S-0381/2011, trámite legislativo: D. A. E. 20 (23-3-2011), sirviendo de antecedentes a la actual redacción del régimen adoptivo.

(15) FERNÁNDEZ, Silvia E., Medidas de protección de derechos de infancia y adopción. A propósito de un fallo de la CSJN, en L. L. 2009-A-450, acertadamente hace notar: "se puede afirmar que la ley 24.779 muestra puntos de conexión con la medida excepcional de separación del medio familiar, y por ende, en algunos casos permite una posible armonización, pero en otros genera espacios para el debate".

(16) MIZRAHI, Mauricio L. Objeciones constitucionales a la nueva ley de adopción (ley 24.779), en RDF 1997-11-25; Summa de Familia. Doctrina, legislación, jurisprudencia, 1º ed., dir. Por Cecilia Grosman,

Nora Lloveras y Marisa Herrera, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 2085.

(17) HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit., señala claramente que tanto el interés superior del niño como el derecho a la identidad son dos principios esenciales cuando una figura involucra la niñez y adolescencia por un lado y el vínculo filial por el otro la preservación del vínculo familiar de origen es otro principio básico, a tal punto que en la reforma se afirma que no se puede proceder a declarar a un niño en situación de adoptabilidad *"si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado en el interés de éste"* (art. 607). Y también resalta el principio de mantenimiento de los vínculos fraternos, aunque ejemplifica que no siempre resulta posible o cuidadoso del mejor interés del niño adoptado el sostén del vínculo, por ej.: hijos biológicos nacidos luego de la adopción, respecto de los cuales puede no conocerse siquiera su existencia, o niños abusados por sus hermanos, en el segundo caso. La autora sostiene: *"El principio general es la preservación del vínculo entre los hermanos de dos maneras:*

1) siendo todos ellos adoptados por la misma familia y 2) manteniendo el vínculo jurídico entre ambos a pesar de la adopción. Sin embargo, cabe recordar que todo principio -como todo derecho- puede ser limitado de manera razonable (art. 28 de la Constitución Nacional), ya que no hay derechos absolutos. Ello puede ser en supuestos excepcionales y siempre, por razones debidamente fundadas"

(18) PINTO, Mónica, El principio *"pro homine"*. Criterios de hermenéutica y pautas. para la regulación de los derechos humanos, en ABREGÚ, Martín y COUR- TIS, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Cels-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 163.

(19) Informe de la CIDH 35/07, *"Jorge, José y Dante Peirano Basso"*, caso 12.553, República Oriental del Uruguay, del 1-5-2007.

(20) Nos remitimos a los fallos sintetizados al analizar el art. 602.

(21) La obligación de no discriminar tiene carácter principal, con jerarquía de principio de orden público internacional y nacional. La Corte IDH reiteró su jurisprudencia constante en el sentido de que la obligación de no discriminar contenida en el artículo 1.1 de la Convención (respeto y garantías por parte de los Estados miembros)

es una norma general que debe considerarse respecto de la observancia de los derechos consagrados en dicho tratado, mientras que el artículo 24 (Igualdad ante la ley) se refiere, no sólo a los derechos del tratado, sino a todas las leyes que apruebe el Estado y su aplicación (párrafo 82).

(22) Puede ampliarse sobre el tema en la obra dirigida por GROSMAN, Cecilia, Familia monoparental, 1ª ed., Universidad, Buenos Aires, 2008, especialmente el capítulo de HERRERA, Marisa y SPAVENTA, Verónica, La filiación adoptiva como causa-fuente de monoparentalidad- desmonoparentabilidad. ps. 237 y ss., y LLOVERAS, Nora y SALOMON, Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, 1º ed., Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 9.

(23) En la Argentina hay 24.228 hogares con parejas del mismo sexo, según un informe del Indec del que da cuenta la nota publicada en <http://www.paginal2.com.ar/diario/sociedad/3-197566-2012.06-30.html>. El 58,3% son de mujeres y el 41,7% de varones. Esteban Paulón -titular de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans- señaló que *“en cambio, si se consideran los matrimonios -a partir de la Ley de Matrimonio Igualitario de 2010-, que son unos 5.000, hay un 60 por ciento de varones y un 40 por ciento de mujeres; parecería que las parejas de varones son más propensas al matrimonio, mientras que las mujeres optan por la convivencia”*. Este dato es idéntico para las parejas heterosexuales, según resultado que arroja la Encuesta Nacional de Hogares. En todas las jurisdicciones del país existe mayor proporción de parejas de mujeres por sobre las de hombres. La única excepción es la Ciudad de Buenos Aires, donde el 52,3% son varones y el 47,7% son mujeres, dice el informe. El 21% de las parejas del mismo sexo tienen hijos a cargo y, de éstas, el 97,5% son de mujeres. La mayor proporción de parejas del mismo sexo se registra en la Ciudad Autónoma, donde llegan al 0,72%, con respecto al total de parejas hétero y homo. Sigue Tierra del Fuego, con el 0,38%. En el Gran Buenos Aires, la proporción es del 0,34%; en Santa Fe, Santa Cruz y Neuquén, del 0,33%; en el resto de la Provincia de Buenos Aires y en Córdoba, llega al 0,32%. En Chaco, 0,31%. En el interior de la Provincia de Buenos Aires, las parejas del mismo sexo son el 0,29%

del total; 0,28% en Chubut, Tucumán, Corrientes, Entre Ríos y Formosa; en Santiago del Estero, Río Negro y La Rioja llegan el 0,27%; en Catamarca, el 0,26%; en Jujuy, el 0,25%; en San Luis, el 0,24%; y cierran Misiones, La Pampa y Mendoza con el 0,22%.

(24) El TEDH ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Su jurisprudencia fue seguida por la Corte IDH, por ejemplo en "*Caso Tristán Donoso vs. Panamá*", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia de 27-1-2009, Serie C, N° 193, párr. 56, y en "*Caso Escher y otros vs. Brasil*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6-7-2009, serie C, N° 200, párr. 116. Los recaudos para la procedencia legal de las restricciones son: a) deben estar previstas en ley; b) perseguir un fin legítimo y c) cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

(25) Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, acción de inconstitucionalidad A. I. 2/2010, del 16-8-2010, sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad. En ese fallo se consideró relevante que los demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Y concomitante con esa afirmación la Suprema Corte tomó en cuenta los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales. Además, indicó que "*La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico*".

(26) TEDH, "*Karner vs. Austria*" (N° 40016/98), sent. de 24-7-2003; final: 24-10-2003, párr. 37; "*Caso D. H. y otros vs. República Checa*" (N° 57325/00), sent. de 13-11-2007, párr. 177; "*Caso Orsus y otros vs.*

Croacia" (N° 15766/03), sent. De 16-3-2010, párr. 150; "Caso Serife Yigit vs. Turquía" (N° 3976/05), sent. de 2-11-2010, párr. 71, entre muchos otros.

(27) Nos remitimos a lo expresado por la Corte IDH en el fallo "*Atala Riffo vs. Chile*" ya citado.

(28) Nos remitimos a los argumentos esgrimidos en el Capítulo Introductorio.

(29) Australia: "In the Marriage of C. and J. A. Doyle" (1992), 15 Fam. L. R. 274, 277 (*"el estilo de vida de los progenitores no es relevante sin considerar sus consecuencias en el bienestar del niño"*); Filipinas: Corte Suprema de las Filipinas, "Joycelyn Pablo-Gualberto vs. Crisanto Rafaelito Gualberto", G. R. N° 156.254 de 28-6-2005, señalando que la preferencia sexual en sí misma no es muestra de la incompetencia parental de ejercer la custodia de menores (*"sexual preferene or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence [...] To deprive the wife of custody, the husband must clearly establish that her moral lapses have had an adverse effect on the welfare of the child or have distracted the offending spouse from exercising proper parental care"*); Sudáfrica: Corte Constitucional de Sudáfrica, "*Du Toit and Another vs. Minister of Welfare and Population Development and Others*" (CCT40/01) (2002) ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 September 2002), permitiendo la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo por considerar que no afectará el interés superior del niño, y "*J. and Another vs. Director General, Department of Home Affairs and Others*" (CCT46/02) (2003) ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 March 2003).

(30) "*Caso Atala Riffo...*" citado, párrafo 109.

(31) Cuestión que ya fuera visualizada a partir del debate parlamentario de la ley 24.779, durante el cual, en el informe elevado por los legisladores José Dumón e Irma Roy a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, se expresó que *"...La vigente legislación había demostrado, a lo largo de estos años, su ineficiencia, que motivó el rechazo de la sociedad, o bien la renuencia a adoptar [...] Es por eso que los valores que se tuvieron en cuenta en el presente proyecto de la nueva ley de adopción en reemplazo de la actual 19.134, son: celeridad, la economía de trámite y su seguridad ..."* Valores todos dirigidos a satisfacer a los pretensos adoptantes, pero

que a la par no garantizaban los derechos de quienes se desprendían de sus hijos, en general en condiciones de extrema vulnerabilidad, ni tampoco satisfacían por sí mismos los derechos titularizados por el niño, niña o adolescente, individualmente considerado.

(32) STJ de Chubut, "*V., F. M. s/Adopción simple*" citado. Este trámite fue impugnado ante la CSJN, que en autos V.89.XLII ("*V., F. M. s/Adopción simple*"), por sentencia del 20-2-2007, declaró improcedente el recurso extraordinario apelando a la manda del artículo 280 del CPCCN.

(33) Ver <http://www.csjn.gov.ar/>, entre muchos otros sitios donde puede accederse al caso "*Fornerón e hija vs. Argentina*", de la Corte IDH, sentencia dictada el 27-4-2012, sobre el fondo. Este precedente fue comentado por OLIVA, Graciela A., Análisis del fallo "*F., L.*", CIDH. Un caso único y puntual, en elDial -DC1B6G; BARREIROS, Lucas E. y UMAN, Nadia, Algunos apuntes sobre la adopción desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en RDF, N° 58, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 17 y ss.; JUNYENT DE DUTARI, Patricia, Derechos humanos y familia. Una respuesta a las adopciones irregulares por la CIDH, en L. L. 2013-A-161; IBARLUCÍA, Emilio A., Guarda de niños con fines de adopción. Lecciones del fallo "*Fornerón*" de la CIDH, en L. L. del 5-6-2014.

(34) KIELMANOVICH, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, voces Adopción, Adoptante, Requisitos, Guarda pr evia, 2006, Abeledo-Perrot Online, N° 8008/003305.

(35) KIELMANOVICH, ob. cit.

(36) Ver CCCom. de La Matanza sala Iª, 30-6-2011, "*NN o A., G. M. s/Abrigo*", RDF 2011-VI, con nota de Martín Alesi, y varios de los fallos analizados por IBARLUCÍA, El interés superior del niño en la Corte Suprema, en L. L. 2007-E-452; CCCLMin. 1ª Circ. Jud. de Neuquén, 31-3-2009, "*G. C. Z. s/Guarda preadoptiva*", Abeledo-Perrot N° 35031615, que revocó la sentencia que había ordenado la inserción de la persona menor de edad en familia inscripta, disponiendo la permanencia con los guardadores de hecho elegidos por la progenitora, con fundamento en un exceso ritual manifiesto; CSJN,

16-9-2008, en autos "G., M. G. s/Protección de persona -causa N° 73.154/05-", Fallos: 331:2047, que dispuso la evaluación para determinar la aptitud adoptiva y el mantenimiento de la guarda simple condicionada al resultado de los estudios interdisciplinarios pertinentes (art. 7° de la ley 25.854), entre muchos otros.

(37) MEDINA, Graciela, La adopción, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. I, p. 192; LUDUENA, Liliana, La guarda de hecho en las VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones, en J. A. II-10; AZPIRI, Jorge, Derecho de Familia , Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 455/456.

(38) HERRERA, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, Universidad, Buenos Aires, 2008, t.I, p. 391: *"Si se pretende evitar la entrega de niños por fuera de la justicia, deben buscarse los mecanismos para que todos ingresen al sistema legal lo antes posible. Ignorar el problema no es solucionarlo. Si el Derecho se dedica a 'perseguir', seguramente se ensayarán atajos que pueden ser más perjudiciales tanto para los niños como para quienes pretendan adoptar, como sucede con la sustitución de identidad, es decir, la inscripción de niños ajenos como hijos propios. Por el contrario, el Derecho tiene que intentar que los usuarios lleguen a él lo más rápido posible: admitir la guarda de hecho va en esa dirección"*.

(39) Un importante precedente fue el que resolvió la CCCom. de La Matanza, sala 1ª, "NN o A., G. M. s/Abrigo", del 30-6-2011, a partir de una entrega directa de la madre, donde los guardadores se inscribieron en el Registro con posterioridad a recibir a la niña, y la autoridad administrativa, luego de la primera intervención judicial , dio carácter de medida de "abrigo" a esa guarda. En la primera instancia se dispuso, a requerimiento de la Asesoría y como medida cautelar, la guarda institucional a favor de alguno de los matrimonios inscriptos como pretendos adoptantes, lo que así se resolvió y efectivizó considerando la guarda primigenia como irregular a los fines de la futura adopción. Apelada la disposición por los guardadores designados por la progenitora, la Cámara, por mayoría, revoca y dispone el reintegro de la nena arguyendo que *"Si la elección de la madre de los guardadores de su hija es auténtica y reflexiva por anteponer el interés de su hijo a ser criado y educado por una familia, a quien no ha elegido por azar u otro tipo de vicisitudes, el interés del niño puede ser conciliado con el interés*

de la familia biológica y de los pretensos adoptantes para interactuar juntos en una misma idea". En este mismo fallo se sostuvo que "Cuestionar la idoneidad de los guardadores porque no están inscriptos en un lista o se encuentran en orden más lejano, o formar una terna de futuros guardadores con aspirantes inscriptos, no explica demasiado el porqué del interés superior del niño ya inserto en un ámbito familiar puesto que se relativiza con ello su interés al cumplimiento de recaudos formales que más bien se relacionan con una regla de estricta justicia para aquellos que esperan pacientemente la entrega de un niño en guarda y no precisamente para el infante cobijado". Este caso llegó a la SCJBA, la que por sentencia del 11-4-2012, también por mayoría y considerando que no se probó el conocimiento, vínculo o lazo afectivo previo, revocó la sentencia de la segunda instancia y convalidó la guarda para adopción del matrimonio inscripto regularmente. Puede consultarse la sentencia Y la nota de Carlos Romano en RDF 2012-VI-121.

(40) ROMERO, Clara, Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de Derecho de Familia correspondiente al primer semestre del año 2009, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010-I-261 y ss., sintetiza el fallo recaído en la causa "*Temenuzhka Ivanchova T. vs. Italia*", del 13-4-2009 en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que nos interesa señala: "*El Estado tiene la obligación positiva de asegurar que el consentimiento prestado por el solicitante sea claro y rodeado de las garantías adecuadas y, por eso, es fundamental que la madre tenga oportunidad de ser escuchada ante la autoridad judicial competente y cuestionar la configuración o no del abandono. La declaración de adoptabilidad en el marco de un proceso en el que se priva a la madre de ser escuchada, aun teniendo conocimiento que la misma había comenzado a tener dudas, constituye una medida reprochable*".

(41) En rigor, el artículo 600 requiere la acreditación de la residencia efectiva en el país por un período mínimo de 5 años para ser exigido con anterioridad a conferir la guarda con fines de adopción, pero no deja de tener relevancia para el control que sobre el punto corresponde efectuar al magistrado de la adopción, al momento de evaluar el cumplimiento de todos los requisitos legales.

(42) MIZR AHI, Mauricio L., Naturaleza de la adopción y análisis de algunos requisitos en el adoptante, en J. A. 2000-I-847, Abeledo-

Perrot Online, N° 0003/007452, con cita de LAURENT, François, Principios de Derecho Civil, J. B. Gutiérrez, 1912, t. 4, N° 194, p. 313; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, Manual de Derecho Civil español, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, vol. IV, p. 404; FELIÚ REY, Manuel - Ignacio, Comentarios a la ley de adopción, Tecnos, Madrid, 1989, ps. 87 a 89; COLL, Jorge Eduardo y ESTIVILL, Luis Alberto, La adopción e instituciones análogas, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 95; FERRER, Francisco A. M., Adopción, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Universidad, Buenos Aires, 1991, t. I, N° 6, p. 91; DI SILVESTRE, Andrea Verónica, en MEDINA, Graciela, La adopción, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. I, p. 94; FANZOLATO, Eduardo Ignacio, La filiación adoptiva, Advocatus, Córdoba, 1998, p. 47; BELLUSCIO, Augusto César, Ley de Adopción 24.779, adenda de la obra Manual de Derecho de Familia, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 9. Respecto a las adopciones por una persona jurídica, ha sido bastante difundida la adopción pública efectuada en 1793 por la Convención Nacional francesa de la hija de Lepelletier Saint-Fargeau. Coll y Estivill explican que estos actos tienen por objetivo conceder distinciones honoríficas a determinadas personas, o bien la prestación de socorros estatales en beneficio de los menores (La adopción e instituciones análogas cit., p. 95).

(43) Sobre esta materia, un análisis particular en HERRERA, Marisa, Adopción y ¿homo-parentalidad u homo-fobia? Cuando el principio de igualdad manda, en J. A. 12-2010-III, del 22-9-2010, ps. 3 y ss.; LLOVERAS, Nora y MIGNON, María B., La Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario argentino: la filiación y el Registro Civil, en J. A. del 17-8-2011; CAGLIERO, Yamila S., Adopción por parejas homosexuales y el derecho a gozar de una vida familiar plena, en Supl. Act. del 2-6-2011, p. 1; LÓPEZ, Cecilia, Adopción por homosexuales, en UNLP 2005-36-248, y mucho otros que abordan las diferentes aristas que implicó el ingreso del matrimonio igualitario al sistema legal argentino.

(44) MIZRAHI, Mauricio L., Naturaleza de la adopción y análisis de algunos requisitos en el adoptante, en J. A. 2000-1-847, Abeledo-Perrot Online, N° 0003/ 007452.

(45) Ver, entre otros, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, ps. 520 y ss. En lo que respecta a la participación del adoptado en su propia adopción, recomiendo profundizar en HERRERA, Marisa, El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc, en J. A., Supl. Esp. El Derecho de Familia en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, coord. por Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, 2012-II, del 20-6-2012, ps. 84 y ss., y también, La voz del niño en su proceso de adopción, en J. A. 2007-IV-28 Y ss., Número Especial, Protección de la familia.

(46) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Principios procesales y tribunales de familia, en J. A. 1993-IV-68l.

(47) Ver comentario al art. 616, apartado 5 de esta misma obra.

(48) MEDINA, Graciela, Las diez grandes reformas al Derecho de Familia, en DFyP 2012 (febrero), p. 11, señala que *"En el régimen proyectado se prevé que pueden ser adoptados los niños que se declaren en estado de adoptabilidad y los menores cuyos padres hayan sido privados de la autoridad parental y se regula el procedimiento de declaración de adoptabilidad, no así el de privación de autoridad parental que se regirá por las reglas del juicio ordinario o las que determinen los ordenamientos provinciales"*.

(49) En la OC-17 la Corte IDH dijo: *"no existe discriminación por razón de la edad en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes por ser menores [...] no están en condiciones de ejercerla sin riesgo [...] la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior"*.

(50) En función del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, armonizado con lo resuelto el 13-3-2012 por la CSJN en autos "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva" (L. L. Online, AR/JUR/1682/2012), donde interpretando el artículo 86.2 del Código Penal relativo a los supuestos de aborto no punible destacó: *"esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado argentino ha aceptado a*

través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como Ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional”.

(51) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Ediar, Buenos Aires, ps. 453 y ss. La OC-17 de la Corte IDH ha establecido que se *“...deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible...”*

(52) SCJBA, 27-4-2011, “A., J. M.; A., E. P.; A., M. D.; A., T. A.; A., K. A. y otros. Art. 10”, <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp-fallocompl/scba/2011/04-27/iniciales.doc>. El juez Pettigiani deniega la permanencia en la institución que se proponía, Y para ello se expresa del siguiente modo: *“Cabe reconocer que la finalidad de la institución que con ponderable esfuerzo personal lleva adelante la señora S. no es otra que la de atender provisoriamente las necesidades de menores privados de su medio familiar, a los fines de que, en caso de no ser posible su reintegro, puedan ser recibidos en hogares donde su vida futura pueda desenvolverse con estabilidad, en un marco de afecto y sustentabilidad acorde con las expectativas de todo ser humano. Dada esa provisoriedad inmanente, la propuesta de permanencia definitiva de los menores en esa institución desvirtuaría los altos fines que persigue la labor de quienes allí se desempeñan, pudiendo llegar a convertirse objetivamente en una traba y un obstáculo para alcanzarlos en el futuro, redundando así en perjuicio de los niños desamparados”*

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

(54) Observación General N° 12, Comité de Derechos del Niño, CRC 31 período de sesiones, C/15 del 9-10-2002.

(55) art. 3º, 14, 15, 19, 23, 24, inc. a, 27, inc. c, ley 26.061: *"a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés"*.

(56) En ese mismo sentido: *"No creo que sea ocioso señalar que, tal como lo destaca Grosman, la entrevista personal niño-jueces no es el único modo de 'escuchar'. En especial, cuando se trata de bebés o niños con escasa edad, el juego, lo gestual y otras formas de comunicación no verbal constituyen elementos de gran relevancia para indagar sobre sus deseos. Connotación a la cual se le deben agregar los importantes aportes provenientes del 'escuchar' por parte de otros profesionales de otras disciplinas que el Derecho, con una mayor preparación en la decodificación del 'decir' a través de otros modos que no sean la palabra"* (HERRERA, Marisa, La voz del niño en su proceso de adopción, en J. A. 2007-IV-33, Número Especial, Protección de la familia, cita 15).

(57) GUANHON, Silvia, El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en un proceso de familia, en L. L. 2004-1-826, y LUDUEÑA, Liliana G., Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del menor, en Revista de Derecho Procesal, N° 2002-2, Derecho Procesal de Familia - II, Rubinzal-Culzoni Santa Fe p. 162.

(58) Art. 595: *"La adopción se rige por los siguientes principios [...] f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años"*.

(59) Corte IDH, *"Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile"*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 24-2-2011, párrafo 199: en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

(60) MINYERSKI, Nelly, Derecho de Familia y aplicación de las convenciones internacionales sobre niños y mujeres, en FAUR, Eleonor y LAMAS, Alicia (comps.), Derechos universales, realidades particulares. Reflexiones y herramientas para la concreción de los derechos humanos de mujeres, niños y niñas, Unicef, Buenos Aires, 2003, p. 103; GROSMAN, Cecilia P., Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia, en L. L. 1993-B-

1095; MIZRAHI, Mauricio L. El niño: Educación para una autonomía responsable, en L. L. 1993-E- 1277; BELOFF. Mary, Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina, Salta, marzo d 1998, mimeo, citado en www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderecho2.pdf; CILLERO BRUNOL, Miguel, Infancia, autonomía y derecho: una cuestión de principios, en Derecho a tener derecho, Unicef/IIN, Montevideo, 1998, t. 4, ps. 34 y ss., entre otros.

(61) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, Familia de origen vs. Familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción, en L.L. Supl. Const. 2011 (noviembre), del 9-11-2011, p.20; L.L. 2011-F-2, comentario a fallo de la Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 8-7-2011, "*Asesoría de Familia e Incapaces N° 2 s/Estado de preadoptabilidad (C. L., C. E.)*".

(62) El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: "*1. Lo Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asunto que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*".

(63) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 99. Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a "*ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño*" implica que "*esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones*". Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, del 20-7-2009, párr. 32. En particular, Unicef ha indicado que "*todo procedimiento [...] judicial que afecte al niño cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado Y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia , región,*

educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales". Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana. Unicef, Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 3ª ed. enteramente revisada, 2007, p. 156.

(64) En especial, cuando su artículo 5º receta el principio de autonomía progresiva, al recordar el derecho de los padres de impartir a sus hijos -en consonancia con la evolución de sus facultades- dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos.

(65) MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa, Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061, en Protección integral de derechos de niñas, niños Y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, comp. por Emilio García Méndez, Editores del Puerto/Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, p. 53.

(66) ARRIBERE, Roberto y VEGA, Manuel A., El asentimiento de los menores de edad, a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia genética, en [http:// www.bioetica.bioetica.org/doctrina2.htm](http://www.bioetica.bioetica.org/doctrina2.htm), citado por MINYERSKY y HERRERA, Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061 cit.

(67) FERNÁNDEZ, Silvia, Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de reforma de Código Civil argentino, remitiendo a LANSDOWN, Gerison, La evolución de las facultades del niño, Innocenti Insight, Centro de Investigaciones Innocenti, Unicef, 2005, www.unicef-ir.org, y PELLEGRINI, María Victoria, Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad, en RDF 42-88, quien afirma que *"En el proceso inciden factores biológicos, psicológicos y sociales; no todos los niños dejan de serlo a la misma edad, lo que complejiza el concepto de evolución de facultades"*.

(68) MINYERSKY y HERRERA, Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061 cit. y también FERNÁNDEZ, Consideraciones en tomo al principio de autonomía progresiva... cit.

(69) Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, CRC/C/GC/7/Rev. L párr. 36.b.

(70) El análisis se corresponde con el artículo Los abogados y la niñez. Claroscuros en clave de derechos, de Mariela González de Vicel en El reporte judicial, y para ampliar el tema pueden verse: FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina, en KIELMANOVICH, Jorge y BENAVIDEZ, Diego (comps.), Derecho Procesal de Familia, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, ps. 179 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho constitucional del menor a ser oído, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 157 y ss.; PINTO, Gimol, La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México, en Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 3, Buenos Aires, 2001, ps. 127 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Del Puerto/Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, p. 82, y Los derechos del niño y la ley 26.061, en L. L. 2006- A-858; MORENO, Gustavo D., La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 35, LexisNexis, Buenos Aires, 2007; KIELMANOVICH, Jorge, Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), en L. L. 2005-F-987 y GOZAÍNI, Osvaldo A., La representación procesal de los menores, en L. L. 2009-B-709, citados por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción, en L. L. Supl. Constitucional, 2011 (noviembre), del 9-11-2011.

(71) Art. 27, ley 26.061: *"Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. 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". Decreto reglamentario 415/2006, art. 27: "El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Público. Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley N° 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídico que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogado que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades".

(72) RODRÍGUEZ, Laura, El derecho de defensa técnica de niños, niñas y adolescentes en el Proyecto, en DFyP 2012 (julio), del 1-7-2012, p. 234. En cuanto a los académicos, consultar: FAMÁ y HERRERA, Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina cit., ps. 179 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, El derecho constitucional del menor a ser oído cit., ps. 157 y ss.; PINTO, La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México cit., ps. 127 y ss.; MIZRAHI, La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061 cit., p. 82, y Los derechos del niño y la ley 26.061 cit., p. 858; MORENO, La

participación del niño en los procesos a través del abogado del niño cit.; KIELMANOVICH, Jorge, Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061 (de Protección Integral/de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), en L. L. 2005- F-987 y GOZAINI, Osvaldo A., La representación procesal de los menores, en L. L. 2009-B-709, citados por KEMELMAJER DE CARLUCCI y HERRERA, Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción cit.

(73) Art. 103: *"Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad y de personas con capacidad restringida puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria: (i) en los procesos deducidos con el fin de obtener autorización para celebrar actos que los representantes legales sólo pueden realizar con esa aprobación; esa participación es necesaria y la falta de intervención causa la nulidad absoluta del acto; (ii) en los demás procesos; en estos casos, la falta de intervención del Ministerio Público causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: (i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; (iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa, ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales"*.

(74) Sanción que corroboraba el artículo 494, que establecía: *"Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores"*.

(75) COZZI GAINZA, César H., voz Asesor de menores, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Universidad, Buenos Aires, 1991, t. 1.

(76) En función del artículo 120 de la Constitución Nacional se dictó la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 sobre Organización e integración. Funciones y actuación, sancionada el 11-3-98, promulgada parcialmente el 18-3-98, publicada en B. O. del 23-3 98, y fue modificada en 2004 por la ley 25.909. art. 25: *"Funciones del Ministerio Público: a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. b) Representar y defender el*

interés público en todas las causas y asunto que conforme a la ley se requiera. c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales d) Promover la acción civil en los casos revistos. P la ley. e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza. f) En los que se alegue privación de justicia. g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República. h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal. i) Promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos. j) Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales. k) Ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquéllos fueren pobres o estuvieren ausentes. l) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación. II) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina".

Art. 54: "Defensores Públicos de Menores e Incapaces. Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces en las instancias y fueros que actúen, tendrán los siguientes deberes y atribuciones: a) Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces, y entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios. b) Asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público de la Defensa de los Menores e Incapaces, en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentre comprometido el interés de la persona o los bienes de los menores o incapaces, emitiendo el

correspondiente dictamen. c) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos. d) Asesorar a menores e incapaces, inhabilitados y penados bajo el régimen del artículo 12 del Código Penal, así como también a sus representantes necesarios, sus parientes y otras personas que puedan resultar responsables por los actos de los incapaces, para la adopción de todas aquellas medidas vinculadas a la protección de éstos. e) Requerir a las autoridades judiciales la adopción de medidas tendientes a mejorar la situación de los menores, incapaces e inhabilitados, así como de los penados que se encuentren bajo la curatela del artículo 12 del Código Penal, cuando tomen conocimiento de malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles sus padres, tutores o curadores o las personas o instituciones a cuyo cuidado se encuentren. En su caso, podrán por sí solos tomar medidas urgentes propias de la representación promiscua que ejercen. t) Peticionar a las autoridades judiciales la aplicación de las medidas pertinentes para la protección integral de los menores e incapaces expuestos por cualquier causa a riesgos inminente y graves para su salud física o moral, con independencia de su situación familiar o personal. g) Concurrir con la autoridad judicial en el ejercicio del patronato del Estado nacional, con el alcance que establece la ley respectiva, y desempeñar las funciones y cumplir los deberes que les incumben de acuerdo con la ley 22.914, sobre internación y externación de personas, y controlar que se efectúen al Registro de Incapaces, las comunicaciones pertinentes. h) Emitir dictámenes en los asuntos en que sean consultados por los tutores o curadores públicos. l) citar y hacer comparecer a personas a su despacho, cuando a su juicio fuera necesario para pedir explicaciones o contestar cargos que se formulen, cuando se encuentre afectado el interés de menores e incapaces. j) Inspeccionar periódicamente los establecimientos de internación, guarda, tratamiento y reeducación de menores o incapaces, sean público o privados, debiendo mantener informados a la autoridad judicial y por la vía jerárquica correspondiente, al Defensor General de la Nación, sobre el desarrollo de las tareas educativas y de tratamiento social y médico propuestas para cada internado, así como el cuidado y atención que se les otorgue. k) Poner en conocimiento de la autoridad judicial competente las acciones y omisiones de los jueces, funcionarios o empleados de los tribunales de justicia que consideren

susceptibles de sanción disciplinaria y requerir su aplicación. I) Responder los pedidos de informes del Defensor General. II) Imponer sanciones disciplinarias a los magistrados, funcionarios y empleados que de ellos dependan, en los casos y formas establecidos en esta ley y su reglamentación".

(77) FERRER, Francisco A. M.; MEDINA, Graciela y MÉNDEZ COSTA, María Josefa (dirs.), Código Civil comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía. Derecho de Familia, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. 11, p. 491.

(78) Por decreto 191, del 23-2-2011, se dispuso la creación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de efectuar el estudio de las reformas al Código Civil y al Código de Comercio de la Nación a fin de producir un texto homogéneo. Conformada por los señores ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, que estuvo a cargo de la presidencia, Elena Highton de Nolasco, y la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, contó con la colaboración técnica y administrativa de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. La Comisión inició su trabajo en el mes de marzo de 2011; conformó equipos con más de cien juristas para la elaboración de preproyectos según la distintas áreas de especialidad; realizó encuentros y jornadas donde se discutían los temas que se incorporarían; alentó la participación académica y ciudadana por cuanto habilitó una dirección de correo electrónico para recibir propuestas, y el 27-3-2012 entregó la obra denominada Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, a consideración de la Presidencia de la Nación. Fue analizado en el ámbito del Poder Ejecutivo, en especial, por una comisión de estudio conformada en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que introdujo algunas modificaciones. El Poder Ejecutivo nacional propuso, en el Título II del proyecto de ley remitido al Honorable Congreso de la Nación, una tramitación especial del Proyecto de Código, en atención a la naturaleza y dimensión de la obra con la finalidad de preservar la unidad, integridad y coherencia de la labor de codificación, a cuyo efecto previó la creación de una Comisión Bicameral, con los requisitos de integración, sus funciones y el plazo

para emitir el despacho correspondiente. Por resolución de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, aprobada el 4-7-2012, se dispuso por el artículo 1° la creación de esta Comisión Bicameral; el Senado de la Nación, en la misma fecha, mediante lo actuado en el expediente S-1941112 dispuso similar medida. La Comisión Bicameral fue integrada por 30 miembros, observando la siguiente composición: 15 senadoras/es nacionales y 15 diputadas/os nacionales, designados por los presidentes de cada Cámara, respetando la proporción de las representaciones políticas en cada una de las Cámaras. Luego del trabajo de dicha Comisión ingresó en el Senado de la Nación -como Cámara de origen- el 8 de junio del año 2012, con el número de expediente PE-57/12. El texto fue aprobado por la Cámara de Senadores el 28-11-2013 y remitido a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, donde el 1-10-2014 recibió la sanción legislativa.

(79) CSJN, 16-9-2008, G.617.XLIII, autos "*G., M. G./Protección de persona -causa 73.154/05-*", Fallos: 331:2047.

(80) MUÑOZ, Rosario, Régimen de adopción. Derecho a la protección de la familia y derechos del niño, en Revista Derechos Humanos, Año II, N° 2, marzo de 2013 Infojus, ps. 314/315.

(81) La CDN no sólo vuelve sobre dicho interés en repetidas oportunidades (arts. 9.1 y 9.3, 18, 20.1, 37.c, y 40.2.b.iii), sino que lo hace con una muy particular significación en la presente materia: "*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...*" (art. 21). Y en palabras del Comité de los Derechos del Niño, ese interés será "*la*" consideración primordial en la adopción y no sólo "*una*" consideración primordial (Observación General N°7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 36.b).

(82) Art. 321, Código Civil (derogado) de la República Argentina conf. ley 24.779: "*...b) son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores...*"

(83) La base del presente comentario será el capítulo El consentimiento informado en la adopción, de HERRERA, Marisa, El

derecho a la identidad en la adopción, Universidad, Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 345 y ss.

(84) HERRERA, Marisa. La voz del niño en su proceso de adopción. En J.A. 2007-IV- 1095, Supl. J. A. del 12-12-2007.

(85) HERRERA, Marisa. La voz del niño en su proceso de adopción cit. Y sus citas. El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por una persona, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención que se le propone, y respecto de la cual emite una declaración de voluntad de manera consciente, con conocimiento de las consecuencias que derivan de su expresión, y en el marco de la mayor libertad posible.

(86) HERRERA, La voz del niño en su proceso de adopción cit.

(87) Observación General N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/12, 51 período de sesiones, ap.. 16, Análisis jurídico.

(88) Además de una garantía de observación por parte de los Estados que han firmado la Convención sobre los Derechos del Niño, que respetarán obligadamente la participación del niño, niña o adolescente en el proceso.

(89) El Código de Familia de Panamá del año 1994 sigue esta línea al expresar en su art. 288 que *“si el menor tiene siete años o más de edad debe ser escuchado personalmente para conocer su opinión, y resolver lo que proceda”*.

(90) Esta misma postura es receptada por el Código Civil de Perú (art. 378.4).

(91) La Adoption Act de Victoria, Canadá, establece en el art. 13 quiénes son los sujetos que deben prestar el consentimiento para la adopción; en primer término enuncia al adoptado si tiene como mínimo 12 años de edad. En este mismo sendero se enrolan el Código Civil de Portugal (art. 1981), el Código de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana (art. 126, párr. II), el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (arts. 4° y 161, ya que se prevé el consentimiento del pretense adoptado adolescente, el que se considera que es aquel que tiene entre 12 y 18 años de edad), la Ley de Adopción 1136/97 del Paraguay (art. 18, inc. c), el Código Civil de Brasil (art. 1621), por citar algunos.

(92) En esta tesitura se enrola el Código Civil alemán en el segundo párrafo de la Sección 1746, que dispone que si el niño ha alcanzado los 14 años de edad y no está incapacitado, puede revocar el consentimiento antes de que el tribunal se pronuncie sobre la adopción. En igual sentido se expresa el Código Civil de Malta (art. 115). Por último, el art. 7º de la ley italiana 149, del 28-3-2001, prevé el consentimiento del niño en el proceso tendiente a la declaración del estado de adoptabilidad.

(93) El Reglamento para la Justicia Nacional, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, veda especialmente a los abogados, escribanos, procuradores o periodistas (arts. 63 y 64, inc. b) el acceso a expedientes relativos al Derecho de Familia o cuando se perjudiquen los derechos de los litigantes.

(94) A modo de ejemplo, el artículo 153 del Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador establece, bajo el apartado Principios de la adopción, que *"La adopción se rige por los siguientes principios específicos: 1. Se recurrirá a la adopción cuando se hubieren agotado las medidas de apoyo a la familia y de reinserción familiar; 2. Se priorizará la adopción nacional sobre la internacional. La adopción internacional será excepcional; 3. Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas; 4. Se preferirá como adoptantes a los miembros de la familia de origen del niño, niña o adolescente, hasta el cuarto grado de consanguinidad; 5. El niño y la niña siempre que estén en condiciones de hacerlo deben ser escuchados en el proceso de adopción y sus opiniones serán valoradas de acuerdo al desarrollo evolutivo y emocional de cada uno. Es obligatorio el consentimiento del adolescente; 6. Las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última; 7. Los candidatos a adoptantes deberán ser personas idóneas; 8. Los niños, niñas, adolescentes y los candidatos a adoptantes deben recibir una preparación adecuada para la adopción; y, 9. En los casos de adopción de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a los pueblos y nacionalidades indígenas y afro-ecuatorianas, se preferirá a adoptantes de su propia cultura"*.

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 618

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: de Carlucci, A. K., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594-637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014

[Consultado el: 27/10/21]

Art. 618 Efecto temporal de la sentencia.

La sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción.

La adopción, una de las modalidades de emplazamiento filial, tiene lugar únicamente por sentencia judicial dictada luego de un proceso judicial (art. 594, 2º párr.) y con ella el adoptado cobra estado de hijo y el adoptante de padre y/o madre, con los alcances que correspondan según el caso. Emplaza en estado de familia a partir de la sentencia que la admite (1), y por esa razón tiene efecto constitutivo, y a la vez, declarativo, pues reconoce un estado determinado existente antes del pronunciamiento.

Este artículo reitera la redacción del sustituido artículo 322 del ordenamiento derogado, que introdujo reformas de importancia respecto del artículo 13 de la ley 19.134, norma que retrotraía los efectos a la fecha de la promoción de la acción y no del otorgamiento de la guarda. Señalan los autores que esa diferencia es comprensible por cuanto antes que la ley 24.779 introdujera el instituto en el articulado del Código Civil de la República Argentina, se admitían la

guarda de hecho y la conferida por instrumento público, de modo que la fecha no siempre era precisa (2).

El Proyecto de 1998 introducía algunas modificaciones de redacción, aunque de fondo mantenía la línea legislativa. Se decía en el artículo 657: *“Efecto retroactivo. La sentencia de adopción tiene efecto retroactivo al día de promoción de la acción y, si ha habido guarda judicialmente otorgada, al de comienzo de la guarda”*. Sin aludir a la adopción de integración retrotraía los efectos a la fecha de la promoción de la demanda. Si había guarda judicial, a la fecha de la sentencia que la confería, que por sus propios efectos lo era a la de aquella en la que la guarda había comenzado.

Con relación a la adopción de integración, en vista a que se excluye específicamente para la promoción de este tipo adoptivo el otorgamiento de la guarda previa a la adopción, la sentencia tendrá efectos desde que la demanda es promovida.

No se ha previsto el efecto para la adopción de mayores de edad, y si bien una parte de la doctrina considera que deberá ser retroactiva a la fecha de promoción de la demanda adoptiva (Medina, citando a Lloverás), por aplicación analógica del supuesto del hijo del cónyuge o conviviente, no compartimos esa posición.

Y es que si de lo que se trata es de la posesión de estado de hijo debidamente acreditada durante la menor edad, sería un contrasentido reconocer una fecha para el trato público y notorio y conferirle efectos sólo desde que la demanda adoptiva se interpone. Justamente el carácter excepcional autoriza a sostener que el efecto deberá antedatarse, por lo que corresponderá que la prueba verse sobre el extremo dudoso: fecha en que comenzó la posesión de estado. Pero ése no es el único argumento. El dirimente resulta la aplicación del principio general establecido en el artículo 595, inciso b, esto es, el respeto por el derecho a la identidad de adoptante y adoptado, ya que ése es el fundamento nodal del requerimiento de emplazamiento adoptivo. Justamente, la función que cumplen estos

principios es otorgar al intérprete la posibilidad de llenar las lagunas legales en función de los contenidos de derechos humanos que atraviesan nuestra legislación.

Por disposición del artículo 637, la sentencia de adopción, como así su revocación, conversión o nulidad se deben inscribir en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Referencias Bibliográficas

(1) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís, Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1982, p. 672, citado por KANESFCK, Mariana y MEDINA, Graciela, Adopción, en L. L. C. 2000-1301, comentando un fallo de la Cámara de Familia de Ia Nominación de Córdoba, 9-12-99, “M. J. L. y J.”, donde sostuvieron que *“La adopción es el acto jurídico de Derecho de Familia en cuya virtud se establece entre adoptante y adoptado, una relación jurídica semejante a la paterno-filial”*.

(2) FERRER, Francisco A. M.; MEDINA, Graciela y MÉNDEZ COSTA, María Josefa (dirs.), Código Civil comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía. Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II, ps. 172/173.

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 619

Por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

[Consultado el: 01/11/2021]

CAPÍTULO 5

Tipos de adopción

SECCIÓN 1ª

Disposiciones generales

Art. 619 Enumeración. Este Código reconoce tres tipos de adopción:

- a. plena;
- b. simple;
- c. de integración.

1. Consideraciones previas

El catálogo normativo, en función de la íntima vinculación existente entre el derecho a la identidad y la filiación adoptiva, y de las particularidades propias que se pueden presentar al momento de resolver acerca de ella, establece una clasificación tripartita.

La determinación de una trilogía implica el reconocimiento de las características que cada uno de los tipos puede conllevar, sin que

por ello se autorice al intérprete a dar relevancia a alguna por sobre otra, ni establecer un orden de prelación. La pauta de elección de alguna de ellas serán las circunstancias fácticas, con consideración, además, de la flexibilización de cada una de las formas adoptivas que actualmente se admite.

Para poder comprender las distinciones legales, preciso es señalar que todo arquetipo filiatorio guarda puntos de conexión con la identidad personal, ese *“...conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de características de la personalidad de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano”*(1).

La circunstancia de que una institución sea clasificada o sesgada en distintas posibilidades tiene relación con: 1) cómo se origina (circunstancias necesarias para su procedencia), y 2) los efectos (consecuencias que podrá producir).

Para explicar mejor la idea ejemplificaremos con la filiación. Si consideramos que la legislación de nuestro país ha establecido tres fuentes filiatorias: la que tiene lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción, y ha conferido idénticos efectos jurídicos a las dos primeras, y a la adopción plena (art. 558), podemos válidamente preguntarnos: ¿Cuál es la razón de esa elección normativa? La respuesta jurídica es evidente y tiene asidero en las normas internacionales/constitucionales: el respeto por el derecho a la identidad, no sólo en su faz estática, sino también en la dinámica. (2)

En el supuesto de la distinción en las filiaciones, aun reconociendo un punto central en común (la identidad personal como derecho humano), aparece una necesidad de diferenciación, la cual se realiza en función de la forma en que aquélla se origina. Se reconocen

disimilitudes tan importantes en cada una de ellas que admiten regulaciones jurídicas individuales, y una clasificación tripartita.

¿Ocurre algo similar con la adopción? Veamos.

Cuando nace un niño en una familia, su historia se construye y esculpe en función de los lazos interpersonales con su entorno, esto es algo autoevidente. No hay motivos para desechar que en la filiación adoptiva ocurra algo similar, con la salvedad de que este nuevo individuo, con origen biológico distinto, también trae consigo una iniciación biográfica no compartida con quienes propenderán a su cuidado y formación.

Otra vez la identidad, considerada en su aspecto activo, movable, cambiante, pero además enlazada a esos orígenes vitales, y en función de la preeminencia que el Derecho ha reconocido a la permanencia en la familia de nacimiento (art. 9º de la CDN), desde que la adopción procede sólo cuando las necesidades vitales del niño no le pueden ser proporcionadas por su familia de origen en sentido amplio, tanto el núcleo familiar primario (progenitores) como extenso (3).

Se sostiene que la protección jurídica de la identidad, trasuntada en derecho exigible, presenta una doble faceta: la "*identidad verdad*", que exige un comportamiento positivo consistente en la fidelidad de la representación del sujeto en la comunidad, y la "*identidad libertad*", que reclama una actitud de abstención: no entorpecer el desarrollo de la personalidad del individuo (4). Desde ese punto de vista, sería insuficiente reconocer sólo el sustento biológico, dejando de lado la historia que como individuo ha comenzado antes incluso de la misma procreación, obturando su desarrollo personal. Consecuentemente, esa matriz afinada en cada ser humano, su propia génesis personal cobra absoluta relevancia al momento de la migración hacia un vínculo adoptivo, y aparece la necesidad de establecer si existen diferencias suficientes como para mantener un sistema único, dual o tripartito en la filiación nacida.

Como surge de lo expresado en el artículo 594 referido al concepto de adopción como de los principios que se enumeran de manera expresa en el artículo siguiente, la adopción es una figura jurídica mediante la cual los niños que están en una especial situación de vulnerabilidad social puedan ver satisfecho su derecho a vivir en familia, en este caso, en otro grupo familiar al de origen, respetando exactamente esa realidad: que se trata de un tercero que ingresa a una familia por su propio derecho y no en representación de un hijo biológico que no pudo ser concebido (5). También se admitió socialmente que la satisfacción de ese derecho se da de manera espontánea a partir de nuevas formas de vivir en familia, en la cual los hijos de parejas anteriores comparten su desarrollo vital con las parejas recientes de sus progenitores biológicos (familias ensambladas), en un proyecto vital compartido. En tal contexto cabría indagar acerca de cuántas son las diferencias y similitudes necesarias para que sea pertinente reconocer tipos adoptivos con autonomía propia, para lo cual es de utilidad revisar los antecedentes nacionales y el Derecho Comparado.

2. La tipificación en las leyes 13.252, 19.134 y 24.779 y la jerarquía

Luego de la incorporación del instituto de la adopción a la legislación civil en la ley 13.252 de 1948 (6), en que se le confirió una regulación similar a la que posteriormente tendría la llamada adopción simple, aparece en la ley 19.134 un régimen dual: adopción plena y simple (7). Ello se debió a la influencia de la figura de la legitimación adoptiva que se originó en Francia y se trasvasó a Chile, Uruguay y Brasil (8), sumado al surgimiento de especiales características en el modo de conformarse los vínculos, y los distintos efectos que deberían tenerse en cuenta.

La incidencia de la legitimación adoptiva es evidente a poco de considerar que el propósito de esa figura era la extinción de todo vínculo con la familia de origen, creando un lazo semejante al que emergía de la filiación biológica con adquisición de los mismos

derechos que un hijo matrimonial, e incluyendo modificaciones en la inscripción del nacimiento -se lo anotaba como hijo legítimo nacido fuera de término- y modificando el nombre del hijo así legitimado (9).

En el III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba, en 1961, el despacho mayoritario de la comisión que encaró el tratamiento de la necesidad de reforma al régimen adoptivo recomendó: *“establecer la legitimación adoptiva, sin perjuicio de la subsistencia de la adopción simple regulada por la ley 13.252”* (10). Con esos antecedentes, pero sumada la circunstancia de que en el año 1966 la ley francesa se había reformado con la incorporación de la adopción plena, se sanciona en nuestro país la ley 19.134, que la anexa al sistema legal (transformándolo en dual), desechando la filiación adoptiva. En la nota de elevación del proyecto de ley se sostenía la necesidad de jerarquizar el vínculo adoptivo, y en el artículo 21 se estableció que *“Es facultad privativa del juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor, y concurren circunstancias excepcionales, otorgar la adopción simple”*. También -y como si no fuera suficiente-: *“El otorgamiento podrá ser únicamente de oficio y no deberán atenderse a su respecto peticiones de las partes”*.

A partir de allí, la doctrina se dividió del siguiente modo: algunos sostuvieron la prioridad de la adopción plena respecto de la simple, que sería otorgada sólo excepcionalmente, mientras otras voces expresaban que sendas adopciones respondían a situaciones diferenciadas y diferenciables, y por tal razón no era posible establecer jerarquías.

Sin embargo, la realidad indicaba que la idea imperante era la adopción plena, que rompía todo vínculo con la familia de origen, muy arraigada en el ideario social (11).

La ley 24.779 de 1997, finalmente, mantuvo los dos tipos de adopción, y, aunque en normas dispersas, se ocupó de la adopción del hijo del cónyuge (*“de integración”*) como subcategoría de la conferida con carácter de simple. Respecto de la jerarquización entre los dos regímenes, atemperó las posiciones al admitir que los peticionantes

podrían requerir con motivaciones la adopción simple o el juez, por hacer al interés del niño, concederla de ese modo. La norma derogada sólo le confería al judicante la posibilidad de determinar una u otra forma.

Con posterioridad, la doctrina argentina siguió discutiendo acerca del tema de la prioridad de una u otra forma adoptiva. D'Antonio y Hernández, por ejemplo, conferían preferencia a la adopción plena, Bossert y Zannoni se inclinaban por otorgarle igualdad de rango, y autores como Levy y Lloverás sostenían que la adopción simple no es axiológicamente inferior, y la última ley la habría revalorizado, pues la cláusula del interés del menor resultaba aplicable a ambos regímenes. Idéntica disparidad de criterios se podía observar en la jurisprudencia, donde el asunto era considerado, sin embargo, en función de la selección del tipo adoptivo que más se adecuaba al interés superior de la persona menor de edad, aunque en algunas sentencias más que en otras se explicitara la preponderancia de un tipo adoptivo por sobre otro.

Sea como fuere, Aída Kemelmajer de Carlucci, con su agudeza de siempre, nos enseñó: *“A diferencia de otras figuras jurídicas cuyo norte es la “seguridad” (p. ej., los plazos de la prescripción extintiva, de la caducidad sustancial y procesal, de la cosa juzgada y de tantas otras) la adopción tiene justificación y fundamento en los valores: justicia, solidaridad, paz social. Siendo así, debe entenderse que el interés abstracto del legislador debe ceder, excepcionalmente, ante el interés concreto que se presenta ante los ojos del juzgador. Si bien en abstracto, se trata de un tema de elección de medios, en concreto, el conflicto es de valores: el rechazo de la adopción puede, en el caso, dejar un niño marginado o, como mínimo con graves e intolerables perturbaciones. El juez no puede cerrar los ojos a esa realidad cuando la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que él, como funcionario público está obligado a respetar, le manda lo contrario. Recuérdese: bene judicat quid bene distinguit por eso, si el fin tenido en miras por el legislador no se da en el supuesto bajo juzgamiento, el juez debe distinguir y considerar que la prohibición no rige el caso, y si la norma no permite distinguir, debe declararla inconstitucional si viola un valor implícito en el ordenamiento superior del Estado”*(12).

Si, como desde las primeras regulaciones legislativas se sostiene, lo que ha de tenerse en cuenta es la solución que más acabadamente contemple los intereses involucrados, pero con particular énfasis los de la persona a adoptar, y, por cierto, respete su identidad personal, ciertamente que un sistema dual en el que no se promueva la sustitución de un vínculo por otro se ajusta mucho más al cometido. Claro está que no podrá cuestionarse de esta manera a los sistemas únicos que no obstante emplazar familiarmente además de a adoptante y adoptado extiendan el vínculo a otros parientes, con generación de derechos y deberes, y paralelamente dispongan la posibilidad de mantener relaciones familiares con algún o algunos miembros de la familia de origen. Pero sí aquellos que prevén una sola figura que rompe todo vínculo anterior, pues decididamente vulnera el sistema de derechos humanos al lesionar el derecho a la identidad de los niños y de sus progenitores o miembros de la familia biológica ampliada, sin que paralelamente se puedan válidamente comprobar los beneficios que ello acarrearía para la persona menor de edad.

3. Unidad y dualidad en el Derecho Comparado

Para responder a la pregunta de si el sistema único, el dual o el actual tripartito de nuestra legislación se ajustan de mejor manera a las múltiples realidades que implica la filiación adoptiva, repasaremos sucintamente algunas legislaciones extranjeras y la respuesta que dan sobre el asunto.

En Venezuela, donde en el Título III. Capítulo V de la Constitución Nacional de ese país se refiere a ella en los siguientes términos: *“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituida, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nación”*, a diferencia de la distinción entre simple y plena originaria, la LOPNA reconoce únicamente la adopción plena (art. 411), y es irrevocable. Confiere al

adoptado la condición de hijo y al adoptante la condición de padre, se extingue el parentesco del adoptado con los miembros familiares de su origen y crea parentesco, de forma similar a como se crea con el nacimiento de un hijo, excepto cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante (LOPNA (13), arts. 407, 411, 425, 426, 427, 437).

En Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia), la adopción también es de régimen único, con las características que en nuestro Derecho tiene la adopción plena, y mantenimiento de vínculos (14). Siguen el sistema de un solo tipo adoptivo Ecuador (15), Perú (16). En Colombia, el 8 de noviembre de 2006 por ley 1098 se sanciona el Código de la Infancia y la Adolescencia, con un sistema adoptivo unitario (17), y en Paraguay también se establece un solo régimen (18). Conforme señala Levy, ejemplo de reconocimiento de doble régimen adoptivo se encuentra en Francia, Alemania y Bélgica, entre otros países (19).

El Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores celebrado en Estrasburgo, el 27 de noviembre de 2008, en su artículo 11, al determinar los efectos de la adopción, señala que confiere a adoptantes y adoptados idénticos derechos y obligaciones que los derivados de una filiación legal. Hace extensivos esos derechos a la familia extensa del o los adoptantes, y se dispone que se pondrá fin al vínculo jurídico entre el menor de edad y su padre o madre, y también familia extensa. Menciona que en la adopción del hijo del cónyuge o pareja registrada, el biológico conserva sus derechos y obligaciones. En lo que concierne a la ruptura del vínculo jurídico existente entre el menor y su familia de origen, los Estados Partes podrán prever excepciones para cuestiones tales como el apellido del menor, los impedimentos para el matrimonio o el registro de una pareja de hecho. Agregando que *“4. Los Estados Partes podrán prever disposiciones relativas a otras formas de adopción que tengan efectos más limitados que los indicados en los apartados precedentes del presente artículo”*.

Lo cierto es que aun los sistemas que reglamentan la tipología unitaria limitan los efectos sustitativos en la adopción del hijo del cónyuge o la pareja conviviente, de modo que al menos este tipo adoptivo en el Derecho foráneo tiene sus particularidades y excepciona los regímenes establecidos.

4. Interpretación de la norma. Sumar afectos en una sociedad compleja

En los últimos años, las sociedades de la posmodernidad se enfrentan a numerosos cambios debido al necesario acomodamiento que provocan las revoluciones de la ciencia. Temas como las comunicaciones y su explosivo desarrollo, la biotecnología, la biogenética, entre otros, han impactado en la humanidad y, por supuesto, en las relaciones interpersonales, sean ellas sociales o familiares. A nivel de las ciencias sociales, el fenómeno de los derechos humanos, con interacción ineludible con las normas de Derecho Privado (20), también coadyuvó a complejizar los vínculos y las relaciones interpersonales.

Señala Ciuro Caldani que la modernidad en sentido amplio ha puesto en crisis la concepción cristiana, y especialmente católica del matrimonio, y que a nivel internacional la familia en cierto modo “estalla” en un escenario mundial no desprovisto de grandes conflictos, mientras que la familia musulmana continúa siendo profundamente religiosa y, en cierta medida, estable. Junto con ello, hace referencia a fenómenos tales como las migraciones, la interpersonalidad y la interculturalidad. En el aspecto social, las nuevas perspectivas de organización familiar aceptadas pasan a ser las uniones de hecho, las familias ensambladas, las monoparentales, relaciones interpersonales más democráticas, el establecimiento del “servicio paterno”, vulnerabilidad de los ancianos, mayor conciencia de la violencia familiar, etcétera. Junto con ellas, la paulatina aceptación de uniones civiles y matrimonios homosexuales, la reproducción asistida, y todo lo relacionado con la ingeniería genética (21).

Cómo se inserta en esta realidad multifacética el antiguo instituto de la adopción es materia de estudio por académicos y jueces, porque la realidad cambiante ha puesto en crisis no ya un sistema de normas, sino también un sistema de valores.

La referencia a las palabras de Ciuro Caldani tiene el sentido de posicionarnos respecto de la complejidad. Enfrentar la diversidad mediante pautas estrictas, limitadas a supuestos puntuales, o dar respuesta con rigidez normativa implicaría dejar fuera de regulación -y de protección- a un universo considerable de individuos. Es así que parece absolutamente compartible la opinión de Herrera, quien medita acerca de que *“regímenes normativos amplios y permeables que brinden respuestas a las distintas problemáticas que se puedan desatar son, a mi entender, lo que mejor se adecuan a la idea de que el Derecho no puede darle la espalda a la realidad social”*. De este modo, arriba a la afirmación de que sea más adecuado contar la mayor cantidad posible de herramientas legales para no alejarse de las transformaciones sociales (22). *Un plexo normativo dúctil, que admita la mayor cantidad posible de situaciones, es lo que más se ajusta a un sistema social de inclusión de ciudadanía”*.

En el caso de la adopción, nuestra sociedad cuenta desde 1971 con un régimen dual, respondiendo ambas formas a situaciones fácticas disímiles, pues no podemos asimilar a un niño huérfano de padre y madre, y sin familia ampliada que pueda desplegar cuidados parentales, con un niño que sí los haya tenido y junto con ellos haya forjado una parte de su biografía, incluso tal vez haya hermanos, abuelos u otro referente afectivo con quien pueda conservar vínculos, no obstante se haya detectado la imposibilidad jurídica de que permanezca en su familia nuclear.

Como dijera, siendo distinto el motivo, distintos serán los efectos y, consecuencia de ello, diferente el sistema. De donde se sigue que es necesario, por hacer a la protección del derecho a la identidad y a permanecer en la familia de origen (23), el mantenimiento del doble carácter de la adopción. Y no puede contrarrestar esta afirmación la circunstancia de que se reconozca el

derecho a conocer los orígenes, pues esto representa tan sólo una porción de la identidad de una persona (24).

Si la consideración primordial es el interés superior del niño, garantizarle la vigencia y subsistencia de los lazos afectivos con miembros de su familia de origen que por distintas razones y factores puedan no estar en condiciones de proveerle del cuidado y seguridad necesarios para el crecimiento hace a ese cometido (25). Pero también preserva los derechos que titularizan los progenitores, los hermanos, los abuelos, pues la identidad es un concepto vacío de contenido sin otro significativo y significante, involucra necesariamente una duplicidad, y en el sentido que venimos analizando, no puede ser dejada de lado la familia de la que el niño migra.

Un sistema adoptivo como el dual, en el que se permite preservar los afectos, a través de los efectos de la adopción simple, estimula a sumar vínculos, con la consiguiente ventaja emocional para la persona menor de edad, y por ese solo hecho supera a aquel otro que lo sustituye. A nivel jurisprudencial, ha sido la herramienta a la que han recurrido los jueces en supuestos de requerimiento de restitución por parte de la familia biológica (26), o bien ante la existencia de hermanos con quienes mantener contacto familiar (27).

Desde otra mirada, un régimen que contenga más de un sistema refleja el paradigma inclusivo que emana del derecho de los derechos humanos, más allá de los ajustes que deberán darse en la aplicación concreta del Derecho.

Lo señalado hasta este momento nos conduce al tercer tipo filial que se incorpora de manera autónoma. Ya se dijo que en el Derecho Comparado, aun cuando se regule un régimen único, la adopción de integración se visualiza excepcionándolo en todos ellos. En nuestra legislación, y hasta aquí limitada a la adopción del hijo del cónyuge, formaba un subsistema dentro de la adopción simple.

Las mutaciones sociales reconocidas (v. gr., familias monoparentales, ensambladas, uniones convivenciales, matrimonio igualitario) han conferido otro universo al Derecho, y con ello, la necesidad de adecuación normativa.

Si de eso se trata, de un sistema legal que dé respuesta a la persona humana, de ningún modo podrá pensarse que ampliar el espectro tipológico de la figura de la adopción conculque derechos. Con esa idea, tampoco es admisible establecer internamente (es decir, entre las subcategorías) una prelación de alguna por sobre otra.

La ley 19.134 introdujo en nuestro país el sistema dual (adopción simple y plena), estableciendo que la determinación del tipo adoptivo estaba a cargo del juez, sin que se atiendan sobre el punto las peticiones de las partes. A partir de esa disposición, y de la nota de elevación del proyecto de ley donde se postuló *“jerarquizar el vínculo adoptivo”* consagrando la adopción plena y manteniendo la adopción simple *“con carácter subsidiario y de excepción”*, varias voces doctrinarias sostuvieron la preeminencia de la adopción plena sobre la simple. Otras, sin embargo, postularon que ambos tipos respondían a situaciones fácticas diferentes y no existía una relación jerárquica entre ambas (28).

La ley posterior -24.779- establecía una fórmula menos rígida, al disponer en el artículo 330 que *“El juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor o a pedido de parte por motivos fundados, podrá otorgar la adopción simple”*. Sin embargo autores como D’Antonio (29), Hernández, Ugarte y Uriarte (30) sostuvieron la preeminencia del tipo pleno respecto del simple. Otros bogaron por la igualdad entre ambas (31), criterio seguido finalmente por la Corte federal (32).

Marisa Herrera, por su parte, trató el tema alertando acerca de la dificultad de responder el interrogante sobre si la ley ponderaba un tipo adoptivo por sobre el otro (33); aunque con agudeza pone de resalto que los tipos son recursos legales dirigidos a supuestos fácticos disímiles, señalando que la redacción del artículo 325 del Código Civil

derogado posibilitaba enmarcar a la adopción plena en el marco taxativo de dicha norma (34), para interpretar finalmente que no existía jerarquía entre ambos tipos. Ésta es la postura que finalmente recoge el legislador de 2014 y ello emerge de la estructuración del sistema adoptivo, que comienza por definir la institución en el primer texto con el que se ingresa a la regulación (art. 594) para seguidamente establecer disposiciones generales acerca de ella y uniformes para cualquier categoría, hasta llegar al artículo 619 por el cual se reconocen los tres tipos vigentes en una enumeración que no es jerárquica sino independiente en función de los requisitos particulares de cada uno.

En el mismo sendero interpretativo que le confiriéramos al régimen dual, esto es, con fundamento en el derecho humano a la identidad y a la preservación de los vínculos familiares, podemos introducir a la tercera distinción: la adopción integrativa, cuya autonomía individual intentaremos explicar seguidamente.

5. La incorporación de la adopción de integración como categoría autónoma

Sin perjuicio de la amplitud de análisis que se realiza en la Sección 4a (arts. 630 y ss.), es de poner de resalto, en lo que hace a una de las novedades del sistema, que en varios precedentes jurisprudenciales, y desde la academia, existían pronunciamientos acerca de la insuficiencia del régimen legal establecido en el artículo 331 del Código derogado (35), y sosteniendo que la adopción de integración tuviese carácter de plena. Éste ha sido el fundamento principal para admitir la autonomía, pues como se verá, las reglas que la diferencian de las otras categorías son lo suficientemente diversas como para que esa singularidad deba serle reconocida, sin olvidar que, incluso, puede participar de características de ambos sistemas.

En el comentario al artículo 594, punto 4, se plasman algunos señalamientos respecto de la autonomía otorgada a este tipo adoptivo,

sin perjuicio del tratamiento pormenorizado que se realiza en la Sección 4a, Adopción de integración, de este capítulo.

Referencias Bibliográficas

- (1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113, N° 12.
- (2) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho a la identidad personal cit., distinguió dos aspectos de la identidad: a) uno estático, inmodificable o con tendencia a no variar, y b) otro dinámico, mutable. De este modo, la identidad estática se encontraría conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej.: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). Por su parte, la identidad dinámica por el despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales.
- (3) Para ampliar, se sugiere la lectura del comentario a los artículos 594 y 595 en esta misma obra, muy especialmente los principios consignados en los incisos b. y c, del segundo precepto mencionado.
- (4) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, t. 2C. p. 211, N° 33.
- (5) HERRERA, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción. 1a ed.. Universidad, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 35.
- (6) La ley 13.252, de 1948, reguló simplemente la adopción, con estos alcances: a) Parentesco sólo entre adoptante y adoptado, b) El adoptado mantenía los vínculos con sus parientes de sangre, con los consiguientes derechos y obligaciones, excepto la patria potestad, que se transfería al padre adoptivo, c) El adoptante no heredaba ab intestato al adoptado, pero a los descendientes de éste se le reconocía el derecho de representación, d) Revocabilidad (arts. 12, 13, 14).
- (7) La ley 19.134, de 1971, estableció dos tipos de adopción: plena y simple. Concebía a la adopción simple como excepcional, a otorgarse únicamente de oficio y sin atenderse peticiones de partes, con efectos

equivalentes a los de la adopción que vino a sustituir. No extendió el parentesco más allá del adoptante, pero estableció que los hijos adoptivos del mismo adoptante se considerarán hermanos entre sí, y que el adoptado tenía vocación hereditaria -no forzosa- respecto a ascendientes del adoptante. La plena, con efectos opuestos a la simple: a) Total inserción del adoptado en la familia del adoptante y lazos jurídicos con todos sus miembros, b) Extinción de los vínculos con la familia de sangre del adoptado, inadmisibilidad de reconocimiento posterior y de acciones de filiación respecto a sus progenitores. Subsistencia de los impedimentos matrimoniales, c) Irrevocabilidad.

(8) La legitimación adoptiva aparece en Francia con el decreto-ley del 29-7-39, y rige hasta 1966, momento en que es sustituida por la adopción plena. Se la conceptualizó como una institución conforme a la cual un menor adquiere, tras la sentencia judicial, el carácter de hijo matrimonial respecto del adoptante no soltero, y parentesco legítimo con la familia de éste, desvinculándose de su familia natural (BOSSERT. Gustavo, Adopción y legitimación adoptiva, Buenos Aires, 1967). En nuestro continente, Chile la incorpora por ley 16.346 y Brasil por ley 4655.

(9) HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit., p. 19.

(10) LEV Y, Lea M., Régimen de adopción. Ley 24.779, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 112.

(11) ELIAS, María Felicitas, La adopción de niños como cuestión social, Paidós, Buenos Aires, 2004.

(12) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, De los llamados requisitos rígidos de la adopción y el interés superior del niño, breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina, en J. A. 1998-111-972.

(13) Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente promulgada y publicada el 8-10-98. En el año 2007 se inició una reforma de la LOPNA que entró en vigencia el 10-12-2007, siendo nuevamente modificada en 2009.

(14) Subsección 5a, Efectos específicos de la filiación adoptiva, artículo 235-47: *“Efectos específicos de la adopción. 1. La adopción origina relaciones de parentesco entre el adoptante y su familia y el adoptado y sus descendientes, y produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza. 2. La*

adopción extingue el parentesco entre el adoptado y su familia de origen, salvo en los casos a que se refiere el artículo 235-32. 1. a) y b), en que se mantiene el parentesco respecto a la rama familiar del progenitor o progenitores sustituidos. 3. Los vínculos del adoptado con su familia de origen se mantienen sólo en los casos establecidos por la ley y, especialmente, a los efectos de los impedimentos para contraer matrimonio y en los casos en que se mantienen los derechos sucesorios. 4. La autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor”.

(15) Art. 152: *"Adopción plena. La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento-filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo. La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas”.*

(16) Ley 27.337, Código de los Niños y Adolescentes. Allí se regula un solo tipo adoptivo, que conforme la definición del instituto es similar a la adopción plena, con mantenimiento de vínculos si se trata de una adopción de integración. Es irrevocable (art. 115); el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

(17) Su artículo 61 señala que *"La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.* Y el artículo 64 sobre efectos jurídicos de la adopción establece: *"1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo. 2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de éstos. 3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio. 4. Por la adopción, el*

adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil. 5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia, reconociendo en el artículo 67 el acogimiento familiar sin modificación de parentesco”.

(18) Código de la Niñez y Adolescencia, ley 1136, art. 3º: *“La adopción es plena, indivisible e irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y le otorga los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos. Con la adopción, cesan los vínculos del adoptado con la familia de origen, salvo los impedimentos dirimentes en el matrimonio provenientes de la consanguinidad. Cuando la adopción tiene lugar respecto del hijo del cónyuge o conviviente de otro sexo, cesan los vínculos sólo con relación al otro progenitor”.*

(19) LEVY, Régimen de adopción, Ley 24.779 cit., p. 112.

(20) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006,1.1; LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, 1ª ed., Universidad, Buenos Aires, 2009, en especial Cap. I.

(21) CIURO CALDANI, Miguel A., Los nuevos paradigmas de la familia internacional, en ECHEGARAY DE MAUSSION, E. y DREYZIN DE KLOR, A., Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el Derecho Internacional, 1ª ed., Advocatus, Córdoba, 2011.

(22) HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit., p.34.

(23) Acerca del agotamiento de las posibilidades de vivir en la familia de origen o ampliada, cabe remitirse al comentario del 595, apartado 4.2.

(24) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13-2-2003, en el caso *“Odièvre c/France”*, en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nº 26, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, ps. 77 y ss.

(25) Siguen esta postura de defensa del sistema de doble tipo de adopción: VIDAL TAQUINI, Carlos, Mantenimiento del doble régimen de adopción: su necesidad, en E. D. 101-463 y L. L. 1978-C-496; BELLUSCIO, Augusto C., El doble régimen de adopción, en L. L. 144-773; MIZRAHI, Mauricio L., El doble rango de la adopción simple en la ley 19.134, en L. L. 1995-D-429; LLOVERAS, Nora, Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 288, entre otros.

(26) TSJ de Santa Cruz, 30-10-2003, “A., M. E”, L. L. 2003-B-819, y más recientemente SCJ de Mendoza, 9-3-2012, “L. V. y ot. en j.: 35.331 comp. en autos 15817/9/3 R. L. M. A. p/Med. tutelar (inc. cas.)”, Microjuris Online, MJ-JU-M-71396-AR, MJJ71396, en donde al resolver respecto de la restitución de una niña reclamada por sus progenitores, denegó la pretensión y confirmó la guarda con fines de adopción, disponiendo que la adopción a otorgar lo sea del tipo simple (arts. 329 a 336, Cód. Civ.), permitiendo una amplia vinculación de la pequeña con su familia de origen, en el supuesto de ser requerida. Este caso puede verse, desde el punto de vista procesal, como un despacho anticipado, puesto que el juicio de adopción y el tipo en que se conferiría no constituían el objeto del trámite que se ventiló.

(27) CCom. de Mercedes, sala I, 17-3-2005, “Y., J. C. y otra”, L. L. B. A. 2005 (mayo), p. 447.

(28) BELLUSCIO, Augusto C., El doble régimen de la adopción, en L. L. 144-773, y BARBERO, Omar U., La adopción y las Segundas Jomadas Científicas de la Magistratura Argentina, en L. L. 1977-C-806, citados por HERRERA, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, 1a ed., Universidad, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 20.

(29) D'ANTONIO, Daniel H., Régimen legal de la adopción. Ley 24.779, 1a ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 189.

(30) HERNÁNDEZ, Lidia B.; UGARTE, Luis A. y URIARTE, Jorge E., Juicio de adopción, 2a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 257.

(31) ZANNONI, Eduardo A., Derecho de Familia, 3a ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 589; LEVY, Lea, Régimen de adopción. Ley 24.779, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 136;

FANZOLATTO, Eduardo I., La filiación adoptiva, Advocatus, Córdoba, 1998, p. 152.

(32) En un antiguo fallo, el juez Dr. Vázquez señaló que la sentencia en revisión ante la CSJN que decretó la adopción simple del hijo del cónyuge que pretendía le sea conferida con carácter pleno -y cuya confirmación el ministro postuló- *“...coincide con aquella que sostiene que la adopción simple no es menos valiosa que la plena, dado que permite el mantenimiento de vínculos que no necesariamente deben excluirse, preserva la historia personal del adoptado y de su pasado”*. CSJN, 30-6-99, “I., E. H.”, L. L. 1999-E-501, AR/JUR/3027/1999, párrafo 7o, en referencia a la inconstitucionalidad del art. 313 del Código Civil derogado.

(33) HERRERA, ob. cit., p. 29.

(34) Postura similar a la sostenida por la SCJBA, 29-9-98, “S., M. M.”, L. L. 1999-C-240, donde el voto del Dr. De Lázari señala que la interpretación del art. 325 tiene carácter restrictivo y subsidiario a la permanencia en la familia de origen.

(35) Art. 331: *“Los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge”*.

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 620

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

[Consultado el: 01/11/21]

CAPÍTULO 5

Tipos de adopción

SECCIÓN 1ª

Disposiciones generales

Art. 620 Concepto. La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código.

La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo.

1. Los tres tipos adoptivos. Conceptos

Las razones por las cuales el legislador ha decidido mantener el sistema anterior (adopción simple y plena) y dar autonomía a uno de los subsistemas cuya regulación estaba dispersa, se advertía incompleta (adopción de integración), ha sido explicada al comentar el artículo 619, y a él nos remitimos.

Como señala la doctrina refiriéndose a la filiación por adopción: *“El fin del autor de la norma se dirige a incluir a todo niño/a en un vínculo filial adoptivo, ante la ausencia o insuficiencia del vínculo derivado de la filiación por naturaleza”* (1), debiendo tenerse en cuenta que también tiene alcance para *“modificar el estado de quien ya se encuentra unido por lazos de sangre al núcleo familiar o a una parte de él”* (2), en el caso de la adopción de integración. Para su consecución, y en cumplimiento de los principios proclamados en la Convención sobre los Derechos del Niño, el régimen adoptivo fija como centro de protección jurídica el niño/a en situación de adoptabilidad o cuyos progenitores fueron privados del ejercicio de la responsabilidad parental. Dejamos fuera de esta última aseveración al hijo adoptivo adulto o emancipado, por constituir una excepción a la regla fijada por el artículo 597 acerca de quiénes pueden ser adoptados, sin perjuicio de que a su respecto también se tiene en cuenta el principio de respeto al derecho a la identidad (3), cuyo desarrollo en la faz dinámica debió tener lugar en la familia del adoptante.

La adopción es una figura del Derecho, nacida para dotar de marco legal a una interacción que se produce entre las necesidades normativas, afectivas, culturales, sociales, o económicas de una persona menor de edad, y respecto de quien la intervención estatal le proporciona un adulto dispuesto a satisfacerlas, cuando los que tienen con ella vínculo biológico no pudieron proporcionarlas. Por ello dice también Krasnow que *“con la adopción se pasa del estado de naturaleza u orden espontáneo basado en el vínculo de sangre, a un orden proyectado hacia una finalidad específica: brindar mejores oportunidades a niños que no cuentan con*

soporte alguno” (4), a partir de que “se establece entre adoptante y adoptado, una relación jurídica semejante a la pater-no-filial”(5).

En este espacio nos ocuparemos de la noción con que se ha descripto a cada tipo adoptivo en particular, señalando que la distinción se establece en función del principal protagonista: la persona a adoptar.

Desde ese punto de partida, podemos observar que la conceptualización se demarca con relación a los vínculos que se generan o se destruyen con la nueva o la anterior familia, respectivamente. Como contracara, el territorio en que la trilogía legal coincide es el relativo al estado de familia que nace entre adoptante y adoptado (hijo/padre/madre), con motivo de la sentencia judicial que la decreta.

2. Adopción plena (6)

2.1. Antecedentes y redacción del nuevo Código

El régimen del Código Civil derogado, al detenerse en su artículo 323 a regular este tipo adoptivo, lo hacía partiendo de la formulación de uno de sus caracteres: la irrevocabilidad, para después describir sus efectos: la sustitución de la filiación por la de origen, señalando que el hijo adoptivo *“dejaba de pertenecer”* a su familia biológica, y a su respecto se extinguía el parentesco. No obstante, en la misma fórmula dejaba subsistente los impedimentos matrimoniales.

La realidad juzgada por los tribunales fue enriqueciendo la mirada, ampliándola, al punto tal que ya en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado de 1998, la rigidez originaria de esta figura comienza a ceder en pos de aquel interés superior del niño que debía ser resguardado en todo caso. Y así, se había previsto que: a) no se extinguían los vínculos de la filiación de sangre si se adoptaba al hijo del cónyuge por adopción plena; b) se admitía el reconocimiento parental del hijo sujeto a tal adopción y su acción de filiación contra

los progenitores de sangre, conservando el emplazamiento adoptivo, y c) se introducía la revocabilidad cuando los adoptantes incurrieran en conductas que podían ser sancionadas con la privación de la patria potestad.

La revalorización de la preeminencia de la vida familiar en el grupo de origen nuclear o ampliado, en función del derecho a la identidad, con el aditamento de que esa premisa sólo es sorteable luego de agotadas todas las posibilidades (erigida en principio general, conforme se explicara al comentar el art. 595), enriqueció aquella postura, dando vida a ésta, que dispone que se adquiere estado de hijo a la par que “*se extinguen los vínculos jurídicos*”.

En primer lugar, señalaremos que, mejorando la técnica legislativa, los efectos derivados de la filiación adoptiva con carácter pleno son sistematizados en el artículo 624 (irrevocable, admite acción de filiación posterior o reconocimiento para posibilitar ejercicio de derechos alimentarios o hereditarios). En segundo lugar, que la ubicación del hijo adoptivo en el grupo familiar adoptante pleno le confiere parentesco en igualdad de condiciones que un hijo nacido por naturaleza o técnica de reproducción humana (art. 535), y podemos notar que se ha suavizado la redacción respecto de su precedente. Lo que nos lleva a una siguiente apreciación: se produce la extinción de los vínculos jurídicos, pero no todos los efectos derivados de la filiación por naturaleza. Subsisten los impedimentos, la acción por alimentos, o el derecho hereditario, en algunos casos previstos; excepcionalmente, podrán declararse vigentes algunos vínculos de parentesco, como los fraternos o con los abuelos o tíos (art. 621, a cuyo comentario remitimos).

El legislador ha puesto especial cuidado en este tema en el respeto por el derecho a la identidad, y por esa razón ya no se establece legalmente que la adopción sustituye a la filiación originaria, ni se borra de un plumazo, “*extinguiendo*” la biografía de quien será adoptado. No obstante, lo que se extinguen son los vínculos jurídicos con los progenitores y aquellos miembros de la familia de origen

respecto de los cuales no se preserven expresamente (hermanos, abuelos, tíos), y en el caso de la adopción integrativa, puede generarse vínculo con la familia extensa del adoptante en las mismas condiciones de la adopción plena.

2.2. Su recepción en los países latinoamericanos

Tal como fuera señalado en el comentario al artículo 619, es posible observar que, aun luego de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño, se produjeron reformas en los regímenes adoptivos de la región, las que trajeron consigo la unificación de la adopción en algunos países donde se establecía un sistema dual.

En Chile, por ejemplo, la adopción no constituía estado civil, de tal manera que se mantenían los vínculos con la familia de origen aunque se produjeran situaciones de abandono. La primera legislación en la materia (7) definía la adopción en los siguientes términos: *“acto jurídico destinado a crear entre adoptantes y adoptados los derechos y obligaciones que establece la presente ley”*. Posteriormente (1965) se dicta la ley 16.346, que estableció la llamada *“legitimación adoptiva”*, figura que a través de una ficción legal confería a los hijos adoptivos los mismos derechos y deberes que tenían los hijos biológicos. Esta normativa disponía que los niños pasaban a ser considerados hijos legítimos de sus padres adoptivos, situación que se mantuvo así hasta que la ley 18.703, de mayo de 1988, estableció normas sobre adopción de menores, distinguiendo dos tipos de filiación adoptiva: simple y plena. Ulteriormente otra norma modificó el sistema, que actualmente continua vigente: la ley 19.620 del 5 de agosto de 1999. Su reglamento, el decreto 944, entró en vigor el 18 de marzo de 2000. En ella se dispone que la adopción tiene lugar por medio de una sentencia judicial, dictada en un procedimiento no contencioso (art. 23, inc. 2º), y requiere de una aprobación previa para llevarse a cabo como tal. Se consagra un solo tipo de adopción, que confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o de los adoptantes, con todos los derechos y

deberes legales, y extingue los vínculos con su familia de origen (arts. 1º, inc. 2º, y 37).

La unanimidad de criterio respecto de los dos tipos de adopción ha desaparecido, y fue suplantada por la unidad en Brasil (art. 41 del Estatuto del Niño y el Adolescente). Paraguay (arts. 1º y 3º de la Ley 1136/97). Bolivia (arts. 57 a 59 del Código del Niño, Niña y Adolescente), Venezuela (art. 407 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente), o Colombia (Código de la Infancia y de la Adolescencia), entre otros.

2.3. Su alcance en el nuevo texto legal

La adopción plena incorporada a nuestro plexo normativo a partir de la ley 19.134, artículo 14, e integrada al Código Civil derogado por la ley 24.779, artículo 323, mantiene en la actualidad una definición centrada en su efecto principal: la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen como contraluz del emplazamiento en el estado de hijo en la familia del o los adoptantes. A diferencia del Código derogado, el nuevo texto, acompañando la postura de respeto por esa identidad forjada con antelación a la migración desde la familia biológica a la adoptiva (especialmente en supuestos de niños de más edad), determina que el efecto rígido de supresión de vínculos con la familia de origen podrá verse flexibilizado en tanto se den las circunstancias que así lo ameriten, léase, si el interés del niño aconseja necesaria tal flexibilización acorde a lo dispuesto en el artículo 621 de este cuerpo normativo.

Con respecto a la subsistencia de vínculos con la familia de origen, en principio, el Código mantiene la conceptualización existente en la ley 24.779: únicamente la subsistencia de los impedimentos matrimoniales, sin perjuicio de lo que se analizará en su oportunidad respecto de lo previsto en el artículo 624 y la subsistencia del deber alimentario que recalca el artículo 704.

La característica distintiva de la adopción plena seguirá estando dada por la extinción de los vínculos con la familia anterior, con más la generación de otros que los reemplazan. La facultad judicial de conferir subsistencia a algunos de los lazos fenecidos no es suficiente para igualarla en efectos al restante tipo adoptivo, porque esta posibilidad no modifica ni el régimen sucesorio, ni la responsabilidad parental, ni los impedimentos, ni los derechos alimentarios.

3. Adopción simple (8)

3.1. Consideraciones generales

La adopción simple, al igual que en el Código derogado, emplaza -por principio- al adoptado en el estado de hijo, pero sin generar vínculos jurídicos con la familia del adoptante como contracara del mantenimiento de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen (9). Sostuvo Medina que *“el adoptado conserva un estado de familia determinado en relación a su familia biológica, puesto que no se rompe totalmente el vínculo de parentesco con la misma sino que por el contrario, se crea un nuevo vínculo familiar con el adoptante, no así con el resto de su familia biológica”* (10)

La nota distintiva está dada por que el vínculo que la sentencia reconoce se limita a los sujetos de la relación filial, no obstante se podrá flexibilizar ampliándolo en determinados casos y respecto de algunos familiares del adoptante, o de su cónyuge o conviviente. Se produce una transferencia de la responsabilidad parental de los progenitores biológicos a los pretendidos adoptantes, con alcances específicos entre ellos, y posibilidad -no deber- de que se extiendan a algunos miembros de la familia adoptiva ampliada.

Conforme los efectos que de manera más sistematizada se procura enunciar para cada tipo adoptivo, el artículo 627 señala que se transfieren la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental a los adoptantes. La administración y usufructo de los bienes de la

persona adoptada simplemente, si fuese menor de edad o con capacidad restringida, se extinguen y será ejercida por el o los adoptantes en los términos dispuestos para el ejercicio de la responsabilidad parental.

3.2. Los alcances del emplazamiento

El rasgo peculiar de este tipo adoptivo reposa en que, si bien instala al adoptado en estado de hijo y al o los adoptantes en el de padre o madre, no crea simultánea ni automáticamente vínculo de parentesco con los otros miembros de la familia biológica del adoptante ni con su cónyuge.

La literalidad de la regla llevaría a pensar que se incluye en la restricción a todos los parientes, en línea directa o colateral; sin embargo se contemplaron flexibilizaciones relacionadas con algunos vínculos, como los derivados de la relación filial o de la faz dinámica en que la identidad se despliega. De ese modo, los hijos del adoptante pasan a ser hermanos, y según los hechos del caso y los vínculos generados a partir de la convivencia, podrá ampliarse el reconocimiento jurídico de otros lazos afectivos.

Estas ligazones nacidas a partir de la adopción simple arrojan consecuencias respecto de los impedimentos matrimoniales, derechos hereditarios y alimentarios, que se analizarán particularmente en el comentario a los artículos 627 a 629. Al ocupar el lugar de hijo se genera por reflejo un parentesco con los otros descendientes del adoptante, si los hubiese, sean ellos nacidos por naturaleza, por técnicas de fecundación asistida, o por adopción. Es especial la consideración efectuada por el legislador respecto de los vínculos fraternos, tanto los que se originan a partir de la adopción como los subsistentes en relación con la familia de origen. En efecto, en el artículo 598, y dentro de los lineamientos generales para todos los tipos adoptivos, se señala la posibilidad de adopciones simultáneas o sucesivas, es decir, varios hermanos biológicos en el mismo o en distintos momentos (que, por principio general deberá procurarse por

disposición contenida en el art. 595, inc. d), adoptados por el/los mismos adoptantes. Pero además contempla expresamente el nacimiento de estado filial respecto de los hijos tanto adoptivos como biológicos que pudiese tener el adoptante, quienes serán oídos y considerados en su opinión, dependiendo de su grado de madurez; a partir de la sentencia, adquirirán parentesco en segundo grado con el nuevo integrante de la familia. La fórmula supera así a su antecesora, que los restringía sólo respecto de hijos adoptivos (11).

Ésta no resulta la única disposición que excepciona la restricción en la generación de vínculos limitada a adoptante y adoptado, debiendo ser leída junto con el artículo 621, en cuanto esta norma admite la posibilidad de que el judicante cree vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen del adoptante, a pedido de parte, por fundados motivos y siempre que con ello se complemente el interés superior del niño. El tema del cónyuge: la primera ley de adopción de nuestro país (13.252) requería del consentimiento del cónyuge del adoptante si los esposos no adoptaban conjuntamente, y en sentido similar se exigió en la siguiente (art. 8o, ley 19.134). La ley 24.779 estableció que las personas casadas podían adoptar sólo si lo hacían conjuntamente. En la actualidad, la regla general es que las personas casadas o en unión convivencial deberán promoverla conjuntamente, salvo si uno de los cónyuges o convivientes tiene restringida su capacidad civil e impedido el acto en la sentencia que la limita, o que los cónyuges -o miembros de la pareja- estén separados de hecho (arts. 602 y 603).

4. Adopción de integración

Hemos señalado en varias partes de esta obra que en un mundo vertiginoso y cambiante el Derecho de Familia no es ajeno a los fenómenos sociales que lo atraviesan, debiendo dar respuesta jurídica acorde (12). En lo que hace a la regulación de las relaciones familiares, se procuró contemplar la mayor cantidad de situaciones posibles y probables, a la par que las normas fueron dotadas de la ductilidad necesaria para dar cabida a nuevas situaciones posibles. Las

familias monoparentales, por ejemplo, pueden con el tiempo transmutar en ensambladas a partir de la convivencia de la pareja, sea que generen o no un vínculo matrimonial.

La realidad de las familias ensambladas contó con el reconocimiento que era reclamado en este tema (13). Recordemos que ya con el anterior régimen adoptivo, que contenía normas dispersas con las cuales se contemplaban algunas de las múltiples situaciones que la realidad evidenciaba, se sostenía que *“De esta forma se advierte palmariamente que nos encontramos frente a un verdadero fenómeno psicosocial, cuya dinámica propia no ha sido percibida por el legislador que no ha receptado este tipo de adopciones con la autonomía y funcionalidad suficientes dentro del régimen de adopción. No desconozco que las normas son abstracciones jurídicas que reconocen o imponen conductas, pero en materia familiar corresponde que necesariamente las mismas concuerden con la realidad y los fenómenos psicosociales que se intentan regular. La adopción integrativa debe tener un reconocimiento legal -como instituto jurídico propio dentro del régimen de adopción- mucho más amplio que el que surge de la actual normativa...”* (14).

A partir de las diferencias detectadas en cuanto a qué derechos y deberes subsistían con el o los progenitores de origen y cuáles se creaban con el adoptante, sumado a la circunstancia de una realidad que preexistía a la intervención judicial y a la que no cabía denegar efectos jurídicos -pues de ese modo sólo podía suceder que quedaran sin cobertura los derechos de los niños involucrados-, se decide regular autónomamente este tipo de adopción.

Puede afirmarse que dos son los logros respecto de la adopción de integración: 1) su emancipación de la adopción simple, con régimen diferencial, sistematizado y organizado, y 2) la ampliación de cobertura, pues ya no se circunscribirá al hijo del cónyuge, sino que también expande sus efectos a los hijos -biológicos, adoptivos o nacidos por técnicas de reproducción humana asistida-, de la pareja conviviente, receptando así el reclamo de la doctrina (15), que motivó profusa jurisprudencia. (16)

Los efectos que se reconocen a la adopción integrativa dependerán de si el adoptado tiene o no doble vínculo biológico, y los recaudos de procedencia son sustancialmente distintos en lo que hace a la inscripción en registros de adoptantes, guarda previa o guarda de hecho, diferencia de edad entre adoptante y adoptado, etcétera.

Se admite la revocación de este tipo adoptivo.

Frente a algunas voces que sostenían la jerarquía de un tipo respecto de otro, como se dijo en el comentario al artículo 619, la jurisprudencia durante la vigencia de la ley 24.779 expresaba “... [la ley] eliminó la preferencia legal por la adopción plena que otorgaba el texto anterior de la ley 19.134. Ninguna disposición prohíbe a los futuros adoptantes pedir la adopción simple (antes bien lo contempla el art. 330, Cód. Civ.), ni dice que el tribunal debe conferirla ‘excepcionalmente’, ambos tipos de adopción están en un pie de igualdad. En uno y otro caso el juez debe decidir, por motivos fundados, según cuál entiende que es la más conveniente para el interés del menor; en otras palabras, cuál satisface mejor el interés superior del niño”(17). La discusión ha sido finiquitada con la sanción del Código Civil y Comercial unificado, que al definir en un mismo artículo cada uno de los tipos, sin establecer entre ellos ninguna jerarquía, envía un mensaje claro al intérprete: la única regla para decidir cuál de ellos será aplicable radica en las necesidades particulares reclamadas por los hechos del caso y, obviamente, los intereses de la persona menor de edad.

Referencias Bibliográficas

- (1)KRASNOW, Adriana N., La filiación y sus fuentes, en L. L. 2005-A-1458.
- (2)STILERMAN, Marta N. y SEPLIARSKY, Silvia E., Adopción. Integración familiar, Universidad, Buenos Aires, 1999.
- (3)Recordemos las palabras de la Corte federal en Fallos: 328:2870, “S. C. s/ Adopción” (2005): “6. La verdad biológica, no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato de

contenido axiológico que debe ser alentado por el Derecho como tutela del interés superior del niño”.

(4) Sugiere la autora, respecto a la institución adopción: MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel H., Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. 111, ps. 355 y ss.; LLOVERAS, Nora, Nuevo régimen de adopción, Depalma, Buenos Aires, 1998; DUTTO, Ricardo, Comentarios a la Ley de Adopción N° 24.779, Fas, Rosario, 1997; D'ANTONIO, Daniel H., Régimen legal de la adopción. Ley 24.779, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997; MEDINA, Graciela, La adopción, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina, La adopción, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; LEVY, Lea M., Régimen de adopción. Ley 24.779, Astrea, Buenos Aires, 1997; ELIAS, María Felicitas, La adopción de niños como cuestión social, Paidós, Buenos Aires, 2004.

(5) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís, Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1982, p. 672, citado por KANESFCK, Mariana y MEDINA, Graciela, Adopción, comentario a fallo, en L. L. C. 2000-1301.

(6) La adopción plena fue incorporada a nuestro plexo normativo a partir de la ley 19.134 (art. 14), e integrada al Código Civil derogado por la ley 24.779, art. 323: *“La adopción plena es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, son la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico”.*

(7) Ley 5343 de enero de 1934, luego reformada en 1943 por la ley 7613.

(8) Ingresa al sistema jurídico argentino a partir de la sanción de la ley 13.252, sin reconocer parentesco respecto a los familiares del adoptante, derechos sucesorios ni por representación, y se proponía esencialmente revocable. El Codificador la había rechazado como necesaria al momento de sancionarse el Código Civil de la República Argentina, conforme nota dirigida por Vélez Sársfield al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública de la Nación, en fecha 21-6-1865.

Puede verse más sobre la evolución histórica en D'ANTONIO. Régimen legal de la adopción... cit., ps. 29 y ss.

(9) KRASNOW. La filiación y sus fuentes cit., señala: *“la adopción simple crea un vínculo filial más débil, que reunía en dicho régimen las características siguientes: a) se mantenía el vínculo de sangre con la familia de origen; b) el adoptado no adquiriría vínculos de parentesco con quienes integraban la familia del adoptante ni derechos sucesorios por representación, y c) se trataba de un vínculo susceptible de revocación”*.

(10) MEDINA, Graciela, La adopción, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. II, p. 80.

(11) HERNÁNDEZ, Lidia B.; UGARTE, Luis A. y URIARTE, Jorge A., Juicio de adopción, 2a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 291.

(12) JELIN, Elizabeth, La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas, en La familia en el nuevo Derecho, dir. por Aída Kemelmajer de Carlucci y coord. por Marisa Herrera, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009,1.1, y Familia: crisis y después, en Vivir en familia, comp. por Catalina Wainerman, Unicef, Losada, Buenos Aires, 1994.

(13) Nos remitimos al análisis de los arts. 672 a 676.

(14) MORENO, Gustavo D., La adopción integrativa y la necesidad de una nueva reforma del régimen de adopción, en RDF 2000-17-47, Abeledo-Perrot Online, N° 0029/000084.

(15) SOLARI, Néstor E., Protección constitucional de la familia, en L. L. 2002-E-1108; del mismo autor, Nuevas formas de familia y adopción, en L. L. Litoral 2007 (noviembre), p. 1047;

GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, La adopción de integración y la familia *“ensamblada”*, en J. A. 1998-III-1045; de las mismas autoras, Familias ensambladas, Universidad, Buenos Aires, 2000, ps. 208/209; MORENO, Gustavo, Adopción integrativa y la necesidad de una nueva reforma del régimen de adopción, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 17, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 62.

(16) SCJBA, 21-3-2012, *“N., M. D. y otra s/ Adopción plena”*; L. L. B. A. 2012 (junio), ps. 534 y ss.; Trib.Coleg.Fam. N° 2 de La Plata, 13-4-2010, *“G., C. B.”*. DFyP 2011 (enero), ps. 106 y ss.; Trib.Coleg.Fam.

Nº 5 de Rosario. 15-11-2006. “O., A. y otro”, L. L. Litoral 2007 (febrero), ps. 103 y ss.

(17) CCom. de Mercedes, sala I, 9-6-2009, “B. A. y ot. S/Adopción”, citado por BONZANO, María de los Ángeles y TAVIP, Gabriel, Adopción. Compendio de jurisprudencia, en Summa de Familia, dir. por Cecilia P. Grosman, Nora Lloverás y Marisa Herrera, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. III, Cap. IX, p. 2365

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 621

por Mariela A.González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
[Consultado el: 25/11/21]

CAPÍTULO 5

Tipos de adopción

SECCIÓN 1ª

Disposiciones generales

Art. 621 Facultades judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

1. La adopción y el interés superior del niño

Se introduce aquí una de las reformas más importantes que la nueva legislación en materia adoptiva aporta al régimen legal, y se apela nuevamente al fundamento primero de toda decisión relativa a la infancia: el interés superior del niño de cuya adopción se trate (art. 3º, CDN(1), principio general contenido en el art. 595.a, de este Código(2); art. 3º, ley 26.061 (3); además de las referencias específicas que contienen las leyes de infancia provinciales, la propia OC N° 17 del año 2002, las apreciaciones del Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 12 respecto del derecho a ser oído en función de ese interés superior(4), más la doctrina y jurisprudencia en la materia).

A tono con el grado de coherencia que se espera del ordenamiento jurídico, esta regla aparece como novedad respecto de las leyes 13.252, 9.134 y 24.779, pues el sistema que regula la adopción en nuestro país ha dado un giro copernicano al centrar toda disposición jurídica en el sujeto a adoptar, y fundamentalmente en el derecho a la identidad como uno de los derechos humanos que titularizan las personas (5). La decisión del legislador en ese sendero puede reconocerse en la nota de presentación del Proyecto, al referirse al *“diálogo de fuentes”*, ineludible entre la norma codificada, la Constitución, los tratados internacionales, leyes, jurisprudencia y usos, y a *“la familia en un contexto multicultural”*, reconociendo que en la realidad imperante conviven una serie de conductas sociales que no pueden ser ignoradas, y *“el paradigma protectorio”*, en cuanto considera a la persona concreta y en ese sentido normativiza la realidad en busca de una igualdad real, desarrollando una serie de disposiciones en procura de mejorar las condiciones de los vulnerables, entre los cuales se hallan los niños (Constitución Nacional, art. 75.23).

El tipo de emplazamiento adoptivo será determinado, entonces, en función de lo que resulte el mejor interés del hijo (18), debiendo el juez, al emitir la sentencia, considerar si corresponde

conferir una adopción plena, simple, o bien de integración, y así declararlo, pues distintos serán los efectos de la adopción.

Como se adelantó al comentar el artículo 594 (punto 3) bien de las leyes anteriores en la materia se mantiene la postura de que *“la adopción se otorga sólo por sentencia judicial”*, con sus consiguientes emplazamientos (en el estado de hijo y en el de padres) se establece que ello lo será *“conforme con las disposiciones de este Código”*. La alocución importa que el nuevo estado de familia se emplazará en los términos, con los efectos y las consecuencias jurídicas que se regulan de manera expresa para cada tipo adoptivo, y conforme las circunstancias fácticas (7), se podrán producir ajustes. El significado y alcance de la frase está condensado en las normas que adaptan los efectos jurídicos que se pueden derivar de una sentencia de adopción, pues no sólo se mantiene el sistema adoptivo dual (simple y plena), sino que se introduce la facultad judicial para modificar, respetar o generar determinadas consecuencias jurídicas con alguno o varios integrantes de la familia de origen, ampliada o adoptiva.

Con sustento en el lazo inescindible entre el derecho a la identidad de la persona y su derecho fundamental a nacer, crecer y desarrollarse en una familia, preferentemente en la de origen, pues esa directriz es la que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño (8), aparece normativamente la posibilidad de flexibilizar los efectos derivados del tipo adoptivo. Esta posibilidad legal facultará al magistrado a escoger aquel sistema que mejor se adapte a la realidad del sujeto principal, que es el adoptado, sea para maximizar los propios de la adopción simple, sea para minimizar los extremos de la adopción plena, sea, incluso, para realizar ajustes necesarios en la adopción de integración.

2. Los principios generales. Remisión

La facultad que la disposición normativa del artículo 621 confiere al judicante deberá ser ineludiblemente ejercida considerando

los principios generales establecidos por el codificador en el artículo 595.

Muy especialmente se vinculan con el tema del tipo adoptivo correspondiente, además del ya señalado interés superior del niño que se reitera específicamente en este espacio normativo, el respeto por el derecho a la identidad y la preservación de los vínculos fraternos, con la extensión prevista en el artículo 595.c, motivo por el cual nos remitimos a su comentario.

3. La determinación judicial del tipo adoptivo

3.1. Breve referencia de antecedentes nacionales e internacionales

Como fuera adelantado en el comentario a los artículos 619 y 620 existía en nuestro país una tendencia a considerar preferente uno u otro tipo adoptivo, provocado a partir del texto del artículo 21 de la ley 19.134, que disponía como facultad judicial, siempre que fuese más conveniente para el pretense adoptado y concurren circunstancias excepcionales, otorgar la adopción simple. Y así hubo quienes sostuvieron que la adopción plena era la regla y la simple su sucedánea, mientras que otras voces argumentaban que no debería privilegiarse una por sobre la otra, porque, en rigor, respondían a realidades distintas. Criticaban también la solución legislativa por no permitir a las partes requerir el tipo adoptivo que consideraran más conveniente. Posteriormente esa rigidez se modificó, y la ley 24.779 adjudicó a la parte, con fundado motivo, la potestad de requerir la adopción simple (art.330, Cód. Civ.). Una tercera línea argumental otorgaba preeminencia a la adopción simple por ajustarse más a los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, reservando la plena a determinados supuestos excepcionales vinculados con el desamparo proferido por la familia de origen (9).

Muchas regulaciones en nuestro continente reconocen en su Derecho interno la prerrogativa de todo niño a vivir y desarrollarse en

su familia de origen, y sólo excepcionalmente en familia sustituta (10), a la par que predicán que no se los puede privar de sus padres por razones económicas, sosteniendo que la falta de recursos no es fundamento de la pérdida o suspensión de la patria potestad y, consiguientemente, si no existe otro motivo, el niño debe ser mantenido en la familia de origen (11). También varios de ellos establecen un sistema único para regular la afiliación adoptiva, mientras que otros escogen una modalidad bipartita (adopción plena y simple), y en el primer caso la filiación adoptiva importa la ruptura de vínculos con la familia originaria.

Sólo para ejemplificar, la ley chilena 19.620, en sus artículos 37 y 38, regula como único el tipo adoptivo de carácter cerrado e irrevocable, cuyos efectos extremos de extinguir los vínculos de manera absoluta y generalizada llevaron a la jurisprudencia a denegar un derecho comunicacional de una abuela con el nieto, que había sido adoptado en forma plena por sus abuelos paternos, arguyendo que *“no resultan admisibles derechos fundados en vínculos naturales que, por mandato de la ley, han cesado y carecen, por tanto, de existencia legal”* (12). En Colombia, el régimen adoptivo único produce como efecto (art. 64.2 del Código de Infancia y Adolescencia de 2006) *“...parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de éstos”*, y respecto de su familia anterior se aplica el artículo 64.4: *“Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil”*. Las legislaciones que regulan la filiación adoptiva bajo un solo tipo y con extinción de vínculo con la familia de origen exceptúan los supuestos de adopción de integración.

En el caso de Uruguay, por ley 18.590 de 2009 se modifican disposiciones relativas a la adopción del Código de la Niñez y la Adolescencia. En aquel país, la adopción de niños, niñas y adolescentes es un instituto de excepción, que tiene como finalidad garantizarles el derecho a la vida familiar, ingresando en calidad de hijo, con todos los derechos de tal, a una nueva familia (art. 137). La

legislación de ese país ha previsto una norma expresa (art. 138) relacionada con la preservación de vínculos personales y afectivos con la familia de origen. Existiendo uno o más integrantes de la familia de origen (los progenitores, abuelos o abuelas, tíos o tías, hermanos o hermanas u otros integrantes de la familia ampliada), con quienes el adoptado tuviere vínculos altamente significativos y favorables a su desarrollo integral, la adopción sólo podrá realizarse si los adoptantes se obligan al respeto y preservación de este vínculo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 146 de este Código. Se señala en el último párrafo que *“Esta condición no restringirá los derechos del adoptado en la familia adoptiva; todas las adopciones serán plenas”*. A la vez que el artículo 147 ordena la inscripción de la nueva filiación como *“fuera de término”* y sin hacerse mención al juicio, siendo inscripto como hijo matrimonial o reconocido por ambos según sean casados o se trate de una unión convivencial, lo cual coloca a este sistema más cerca de la filiación adoptiva que de la adopción plena. Sin perjuicio de ello, la ley uruguaya reconoce, no obstante el carácter pleno de la adopción, la posibilidad de un régimen comunicacional con los familiares de origen, el que se regulará antes del dictado de la sentencia. Si no existiere acuerdo, previo a dictar sentencia, el tribunal establecerá un régimen de visitas conforme a las necesidades del adoptado y se adecuará o, en su caso, se suspenderá, cuando se modifiquen los supuestos de hecho que dieron lugar al mismo. Al establecer los efectos, en el artículo 148 dice: *“Realizada la adopción los vínculos de filiación anterior del niño, niña o adolescente se sustituirán por los vínculos de filiación adoptivos a todos sus efectos, con excepción de los impedimentos previstos en el artículo 91 del Código Civil y del derecho de mantener vínculos regulares con su familia de origen o parte de ella, de acuerdo con los artículos 138 y 146. Deberá hacerse constar dicha sustitución en el acta de inscripción original del niño, niña o adolescente. La adopción es irrevocable. La adopción tendrá efectos constitutivos sobre el estado civil del niño, niña o adolescente objeto de la misma, quien se reputará en adelante con los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido del o los adoptantes”*. Como puede verse, el Derecho uruguayo admite expresamente una extensión a la subsistencia de los vínculos anteriores más allá de los impedimentos matrimoniales, dada por el

derecho al mantenimiento de vínculos preexistentes y saludables para el hijo adoptivo.

Las consecuencias que la determinación de uno u otro tipo de adopción genera en el hijo, en los adoptantes, y también en la familia biológica, llevaron a los autores a cuestionarse sobre la búsqueda de alternativas que fueran respetuosas del derecho a la identidad que los involucraba. El fundamento constitucional está dado por los artículos 7o, 8o, 9o, 20.2, 20.3, 21.a, 29.c, de la Convención sobre los Derechos del Niño, en coordinación con la consideración primordial del interés de la persona menor de edad plasmada en los artículos 3º y 20.3 del tratado, además de las normas previstas en este Código.

Lo cierto es que la adopción deberá constituir un recurso apto para restituir a un ser humano el derecho a vivir en una familia si debió ser privado de ella, o reconocerle que construyó su individualidad afectiva, social y cultural dentro de alguna. Al margen de la tesis dicotómica reseñada, la ley 24.779 admitió la posibilidad de la petición de parte -más fundados motivos- para que la adopción a otorgarse lo fuera en la modalidad simple o plena. A la par, facultó al magistrado a conferirla en la modalidad simple, previa evaluación de si era lo más conveniente para el niño. En esa regulación, parte en la adopción eran los adoptantes y el Ministerio Público, y no se exigía en el texto legal que se evalúe esa conveniencia a la hora de establecer una filiación adoptiva con carácter pleno.

3.2. La determinación como facultad judicial

Conforme el plexo normativo derogado (art. 325, Cód. Civ., conf. Ley 24.779), la adopción plena era procedente en cinco supuestos posibles (orfandad, filiación no acreditada, desentendimiento por un año de los progenitores, privación de la patria potestad y manifestación de entrega en adopción), bajo la fórmula *“Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a...”*, a la par que *para la adopción simple se establecía (art. 330, Cód. Civ., conf. ley 24.779) que “El juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor o a pedido de parte*

por motivos fundados, podrá otorgar la adopción simple". Estas redacciones llevaron a la doctrina especializada a sostener la igualdad de ambas, o lo que es lo mismo, la equiparación de sus jerarquías, pues se advertían en ambos tipos adoptivos restricciones -disímiles, por cierto- que no permitían establecer una prioridad de alguna respecto de la otra.

En un comentario a un fallo que revocó la sentencia de primera instancia que confería a un matrimonio la adopción simple de uno de cinco hermanos, y que a la vez fue invalidada por el Superior Tribunal, señala Jáuregui: *"Es claro que el juez no está obligado a declarar la adopción plena, aunque se dé uno de los supuestos que la autorizan por dicha norma, si el interés del niño, conforme a la situación concreta, se ve protegido otorgándola en forma simple (Lloverás, Kielmanovich). De esta forma pudo lograr no borrar o aniquilar definitivamente –como lo hizo- los vínculos jurídicos de parentesco que lo unen a la familia consanguínea (Fanzolato, Mizrahi, Mazzinghi) y es la solución que se impone a la luz del principio de supremacía (Dalla Via)"* (13). Levy señala que la adopción simple no es axiológicamente inferior a la plena, y es el interés del menor la directriz que debe guiar al juez para otorgarla de una u otra forma (14), y muchos fallos en los que en principio podía tener cabida la adopción plena emplazaron bajo la tipología de la simple en función de los lazos afectivos vigentes (15).

En la actualidad, el nuevo Código Civil y Comercial ha venido a zanjar esas discusiones despachando una regla igualitaria: la autoridad judicial tiene siempre la facultad de determinar el tipo adoptivo a aplicar en el caso concreto según el mejor interés del niño, y no sólo en supuestos de adopción simple.

3.3. La constitucionalidad en la elección de tipo adoptivo

La identidad de la persona tiene su conformación con la sumatoria de todo aquello que define su individualidad: su nombre, imagen, honor, su nacionalidad, filiación. Como Derecho comprende no sólo el factor genético o biológico, sino también el aspecto social y

cultural –también reconocido en el ámbito jurídico-, y así resulta que se conforma con dos vertientes, llamadas estática y dinámica. Su fundamento axiológico es la dignidad que resulta ínsita a la condición del ser humano, y en razón de ello sus manifestaciones son derechos exigibles: a una identificación, al conocimiento de su identidad biológica, a transformar la identidad personal, etcétera. Con base en estas premisas, se ha sostenido que *“La identidad es un proceso mediante el cual la persona va elaborando a lo largo de una historia, una caracterización de sí misma que no deja de reconsiderar mientras vive”*(16) .

El artículo 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño expresa que *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*. Por su parte, el mismo instrumento, en su artículo 7º, establece que *“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera...”* Otra norma de idéntica jerarquía (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) de la Convención resulta ser el artículo 8.1, en cuanto reza: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*.

Ese plexo normativo anterior ha llevado a algunos autores a indagar acerca de la adopción plena en tanto en cuanto planteada únicamente, rompiendo los vínculos con la familia de origen, con carácter irrevocable, parecería no poder superar el test de constitucionalidad (17) . Esto en función de la persona menor de edad, pero también de los miembros de la familia extendida, a quienes el Derecho interno les reconociera una porción en la conformación

del derecho a la identidad. En efecto, como consecuencia de esa normativa supranacional se dicta en nuestro país la ley 26.061, y su decreto reglamentario 415/2006, en cuyo artículo 7° aparece un concepto de familia que involucra no sólo a los padres, sino a los demás parientes (incluyendo también a terceras personas) con quienes los niños puedan haber tenido o mantener vínculo afectivo. Así, ese artículo expresa que *“Se entenderá por ‘familia o núcleo familiar’, ‘grupo familiar’, ‘grupo familiar de origen’, ‘medio familiar comunitario’, y ‘familia ampliada’, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección...”*

Es en función del respeto por la biografía que alguna doctrina sostiene que existe un derecho a *“pertenecer”* y *“permanecer”* en la familia biológica (18), aunque como todo derecho no tiene carácter absoluto, siendo la pauta fundamental para determinar el límite de su ejercicio el interés superior del niño, niña o adolescente. Constatada la ocurrencia de alguna de las situaciones previstas que impidan el sostenimiento de la preferencia legal, se procederá a la integración en medio familiar alternativo estable y permanente. No obstante ello, en el nuevo esquema legal no podrá ya sostenerse que la adopción plena tiene como efecto la sustitución de la familia de origen, puesto que aquella seguirá existiendo y es posible conservar con alguno de sus miembros determinados vínculos. Lo que la adopción plena produce es el nacimiento de otro vínculo jurídico tanto con el o los adoptantes como con su familia, y será resorte judicial determinar la extensión de cada uno de ellos de conformidad con las circunstancias de hecho, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 625 y los principios generales.

Por otra parte, reconocido expresamente como una *facultad judicial* podría pensarse que no se permite a las partes -pretensos adoptantes y pretensos adoptados con grado de madurez suficiente-

requerir de- terminado tipo adoptivo, aunque sí solicitar el mantenimiento o creación de algunos vínculos por razones fundadas. Ello importaría un retroceso sin razón atendible respecto del anterior sistema, pues no se alcanza a vislumbrar cuál sería el perjuicio que irrogaría que los pretensos adoptantes o el adoptivo, o aun el Ministerio Público, se manifiesten en ese sentido. Cabe agregar que ante la presentación realizada por los pretensos adoptantes o el pretense adoptivo, o ambos, proponiendo determinado sistema (simple o plena), el juez podrá rechazarla liminarmente por esta razón, o simplemente tenerlo presente como una sugerencia que, en definitiva, admitirá o no. Una demanda formulada en esos términos resulta inocua a los fines adoptivos, pues serán las circunstancias del caso, los derechos involucrados y el interés superior del niño los que guiarán la decisión judicial, de modo que la solución adecuada será considerarla una opinión, sugerencia o deseo, ya que asumir una posición distinta -por ejemplo, repelerla a las puertas del proceso invocando que se trata de una facultad judicial- importaría un exceso ritual de la judicatura.

4. Preservación de los lazos

4.1. Consideraciones generales

La ruptura de vínculos jurídicos que genera la adopción plena compromete el derecho a la identidad de los involucrados, sean ellos progenitores, hermanos, miembros de la familia ampliada y, esta realidad, no se compensa con el derecho a conocer los orígenes, pues aquél excede ampliamente en cuanto a su contenido a éste. Desde otro lugar, y por hacer a aspectos que se vinculan con el desarrollo histórico del individuo, el derecho a la identidad es recíproco entre el pretense adoptivo y quienes componen su familia anterior, y el conferido por la ley para conocer los orígenes únicamente le corresponde al hijo adoptivo.

Con acierto se ha sostenido que *“La conformación saludable de la personalidad del niño exige brindarle, además, la oportunidad de acceder a su*

pasado de modo que no se registren 'huecos' que le impidan desarrollar las distintas fases del proceso de identificación. Si el derecho a la identidad del adoptado se agotara en el conocimiento de sus orígenes biológicos, su identidad aparecería fragmentada. La verdad a que arribaría sería parcial. Por ello el trato personal con la familia biológica puede contribuir a que el niño reconstruya su historia personal en forma integral, rescatando una porción clave de su pasado. Por más dolorosa que sea la verdad, el contacto con los primeros elementos que contribuyen a la conformación del yo le permitirá adquirir confianza y seguridad en sí mismo” (19).

El sistema legal vigente hasta ahora colocaba en muchas ocasiones a los jueces en disyuntivas difíciles de resolver, especialmente por la postura dicotómica que se asumía, debiendo elegirse entre uno u otro tipo adoptivo, con la consiguiente claudicación de derechos, por falta de una solución intermedia. O, al menos, una posibilidad superadora. Así, se pone en evidencia en un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, al casar la sentencia de la instancia inferior que había revocado la adopción conferida en forma simple, disponiendo que lo sea plena, no obstante que el niño adoptado tenía hermanos con quienes se vinculaba. Dijeron los jueces en sus votos: *“Para los casos en que el mantenimiento de los vínculos de parentesco con la familia de sangre del adoptado pueda producir una ventaja actual o futura para el menor, o si otras razones también implicadas en las circunstancias que hacen a los lazos de familia autorizan a determinar que es inconveniente suprimir los vínculos de sangre, deberá optarse por la adopción simple” (20).*

El valor constitucional de los tratados de derechos humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, y, de ella, el artículo 8º ha motivado un revisionismo respecto del alcance que cabe conferir a la adopción plena en nuestro país respecto de la conservación o extinción de los vínculos biológico-genéticos (21).

Más allá de esa postura, lo cierto es que la vida del ser humano discurre todos los días, y a su respecto pasado y presente confluyen de manera permanente, relacionándose en una no interrumpida construcción (22). En aquellos supuestos en que la

adopción procede para dar efectividad al derecho a vivir en una familia distinta a la de origen que involucra a niños no pequeños (denominamos de esta manera a los menores de 2 años) o adolescentes, o aun en los casos de adopciones integrativas los vínculos ya generados por la convivencia con el grupo familiar originario no pueden ser descartados sin mengua a la identidad estática. Del mismo modo, para el supuesto de proceder la adopción simple, y si se generó un ensamble afectivo fuerte, sólido, con relaciones paterno-filiales saludables y aceptación por la familia extensa de los pretensos adoptivos, también serán considerados los afectos nacidos y desarrollados para conferir vínculo jurídico más allá del que se reconocerá entre pretensos adoptante y adoptado, porque ello hace al respeto por la identidad dinámica, que se conforma a diario con el devenir vital.

En punto a la aniquilación de todo resquicio que remita a la familia originaria, históricamente se sostuvo el mantenimiento del reconocimiento de esa situación en supuestos relacionados con los impedimentos matrimoniales, por el interés social en la prevención del incesto.

A esta altura de la evolución de los derechos humanos, no puede negarse el interés social en reconocer, proteger y garantizar el derecho a la identidad de las personas, cuyo soporte axiológico reposa en la dignidad del ser humano, de modo tal que la flexibilización en los efectos de los tipos adoptivos tiene absoluto soporte constitucional, siempre en beneficio de su principal protagonista: el hijo adoptivo.

El Proyecto de reforma de 1998 había optado por adherir al sistema de adopción única en su forma plena, pero aún así disponía la conservación de los impedimentos matrimoniales, más derechos alimentarios y sucesorios que favorecieran al adoptado, y en esa misma tesitura se enroló el proyecto de modificación de la adopción de 2006, agregándose en este último el “*derecho a preservar las relaciones familiares de origen*” (23).

Como se vio al hacer referencia a la legislación uruguaya, es factible la concesión de la adopción en forma plena si se configuran los supuestos previstos por el legislador (en nuestro derecho, art.625), y la mejor forma de resguardar su derecho a la identidad en sus dos vertientes (estática y dinámica) será manteniendo los vínculos que sean beneficiosos, permitiendo la subsistencia de algunos, con los consiguientes derechos y obligaciones para los involucrados, conforme el tipo de adopción de que se trate. Esas prerrogativas y responsabilidades jurídicas que se mantendrán darán ocasión de obtener un régimen comunicacional, en el caso de la adopción plena, sin generar derechos alimentarios a favor de la persona adoptada, o incluso derechos sucesorios. Del mismo modo, otorga la posibilidad de acceder a considerar abuelos, tíos, incluso primos, a los parientes por consanguinidad del adoptante o su cónyuge y con ellos mantener régimen comunicacional y trato. A la vez, esta modalización admitirá, que de ser el caso, la profundización de estos vínculos desemboque en el ejercicio de la conversión de la sentencia prevista en el artículo 622.

La verdadera innovación en esta disposición legal reside en el hecho simple y profundo de permitir que se generen vínculos jurídicos con la familia biológica de los adoptantes, y a la vez se conserven algunos con los parientes de origen; sin que por eso se establezcan más obligaciones ni derechos que las que el tipo adoptivo impone como efectos. Es decir, sumar y no restar.

4.2. Los vínculos fraternos

A. Los antecedentes jurisprudenciales

La realidad nos coloca muchas veces frente a una filiación adoptiva donde deberá decidirse respecto del derecho de más de un niño, esto es, hermanos de vínculos unilateral o bilateral vinculados por parentesco colateral en segundo grado.

Como se destacó en el comentario a los principios generales, en lo relativo a la preservación de los vínculos fraternos (art.595.d, a cuyo comentario remitimos), al realizar la selección de los pretendientes adoptantes y conferir la guarda para la adopción tanto el judicante cuanto los demás organismos intervinientes (art.613) deberán extremar sus esfuerzos en la selección, ponderando sus preferencias respecto de los grupos de hermanos. Piénsese que se reducirá notablemente la posibilidad de una adopción exitosa si resultan extraídos de la nómina aquellos que se expidieron manifestando su resistencia al mantenimiento de los vínculos preexistentes, frente a un pretense adoptivo que desee o para quien sea necesario sostener vínculo fraterno.

La importancia de los vínculos entre los hermanos tuvo reconocimiento legal y jurisprudencial desde antes del nuevo régimen legal. Por caso, la ley 26.061, específicamente, en el artículo 11 impone al Estado el derecho de preservar las relaciones familiares y propiciar el encuentro o reencuentro familiar, siendo nada más y nada menos que la reglamentación local del artículo 8º de la CDN, que establece el deber de garantizar las relaciones familiares. En cuanto a las soluciones jurisdiccionales, en los autos “*B.I y C.M.C. s/Adopción*”, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, en fecha 1º de noviembre de 2007 (24) decidió revocar la sentencia de la instancia anterior, y conferir la adopción simple de una niña a sus tíos, para lo cual argumentó: *“1. Corresponde revocar la sentencia y conceder la adopción simple a los tíos de la menor, debiéndose inscribir en el Registro de las Personas con el apellido que corresponda, al no advertirse razones para que la concesión de la adopción con dicho carácter vaya a destruir o perturbar la relación con la familia de sangre -artículos 329, 331, 333, 334, 335 y 336, Código Civil-, y dadas las circunstancias particulares del caso, ella es la forma de satisfacer el principio rector en esta materia, el superior interés del niño, toda vez que se hará coincidir la patria potestad legal con el ejercicio de hecho de la misma por los guardadores desde hace once años, se afianzará el vínculo paterno-filial ya existente, podrá la niña llevar el apellido de su adoptante como es su deseo, al tiempo que se preservarán las relaciones con la familia biológica, en especial con sus hermanos menores, cuyo superior interés también debe contemplarse”*.

Otro caso interesante se dio en la Provincia de Córdoba (25). Se trataba de un grupo de hermanos donde dos de ellos fueron recibidos en sendas guardas para adopción, mientras que otra hermana se había negado a ser incluida en otro grupo familiar, permaneciendo institucionalizada. y algunos permanecían en la familia ampliada. Los pretensos adoptantes estaban casados, pero sin cumplir el tiempo legal mínimo exigido por ese entonces (tres años), no obstante habían demostrado una unión convivencial de más de ocho años. La joven cuya adopción se tramitaba mantuvo entrevista con los funcionarios judiciales y con el tribunal en pleno, donde se le explicó los alcances y diferencias entre la adopción plena y simple, expresando que mantenía vínculos con sus hermanos biológicos, especialmente con uno de ellos, pero también con los otros, y que para ella era indiferente el tipo de adopción. Como dato de interés, surge del cuerpo de la sentencia que a la audiencia de debate habían asistido varios de los hermanos. El tribunal, al momento de resolver, dijo: *“Así, en la propia audiencia de vista de causa también se encontraba presente M. P.M hermano biológico de V. B., acompañado de sus guardadores señores G. R. y A. L., habiéndose puesto de manifiesto que ambas familias adoptantes hacen posibles los encuentros entre los hermanos, como así también que la joven visita a sus otros hermanos residentes en la ciudad de O. y a G. que continúa institucionalizada. Por ello, este decisorio no debe privarla de la posibilidad de ese vínculo que existe en la actualidad con sus hermanos biológicos. A esta altura del razonamiento podría pensarse que la adopción simple respondería a las necesidades de la joven y a su mejor interés. Sin embargo, tal adopción simple limitaría su proyección de efectos al vínculo estrictamente filial, cuando es dable observar que la joven ha anclado su vida y sus relaciones sociales no sólo en el señor C. y en la señora C. S., sino en ellos y en su familia extensa”*. Haciendo uso de la facultad de seleccionar el tipo adoptivo en función del interés superior de la joven, confirió la adopción plena, con la siguiente salvedad: *“En efecto, el vínculo jurídico que solicitan adoptantes y adoptada exige una respuesta adecuada que se encuentra en conferir la adopción plena que permita la integración familiar total que hoy vive V. B. y que se condice con su verdadero querer. No obstante ello, las particularidades antes enunciadas imponen en el caso sumar relaciones y posibilitar el sostenimiento de los vínculos con la familia biológica de la*

joven, quien tan clara y explícitamente así lo ha expresado a este tribunal, dejando constancia para ello a modo de recomendación para los adoptantes, acerca de la necesidad de continuar con el mantenimiento de los vínculos de V. B. con sus hermanos biológicos con los alcances y el modo en que se han desarrollado hasta la actualidad”.

En un sentido similar, pero acudiendo a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 323, en cuanto disponía que la adopción plena extinguía el parentesco con todos los integrantes de la familia de origen, se expresó el Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata, en fecha anterior (26), en atención a que los hermanos (un total de cuatro, cuya madre había muerto y su padre condenado por el homicidio) debieron ser alojados en dos familias distintas, y con ambas habían generado vínculos adoptivos positivos, a la par que entre ellos los lazos eran muy fuertes. En lo medular, se sostuvo que *“La aplicación completa de la eliminación de todo vínculo jurídico de los menores con la familia de sangre y, en particular, con sus hermanas que han sido adoptadas por otros adoptantes agrede la debida tutela jurídica de la cual son merecedores, por lo tanto procede la declaración de inconstitucionalidad del artículo 323, Código Civil y, en consecuencia, debe mantenerse el vínculo jurídico de los niños con ellas dadas en adopción a otra familia, lográndose de esta manera que los adoptados conserven los lazos de parentesco existentes con sus hermanas biológicas y, a su vez, se integren en vínculo filial y familiar integral con los padres adoptantes y sus familias. De este modo y adoptando el ordenamiento jurídico argentino un sistema de control de constitucionalidad difuso (para cada caso, en particular y no en general), se decreta la inconstitucionalidad del derogado artículo 323 con el objeto de mantener el vínculo jurídico entre los hermanos, amén de también crearse lazos jurídicos de parentesco con los familiares de los pretendidos adoptantes. Este precedente es un claro ejemplo, por el cual se puede y debe preservar el vínculo fraterno a pesar o más allá del otorgamiento de la adopción. Esta situación jurídica está expresamente prevista en el nuevo Código Civil, por lo cual, no debe apelarse a declaración de inconstitucionalidad alguna con la consiguiente discrecionalidad judicial que ello significa”* (27).

En otro precedente compulsado, en el que se dirimía la solicitud de restitución de una niña a su familia de origen y el

mantenimiento de la guarda para adopción de sus guardadores, la Corte de Mendoza decide confirmar las decisiones anteriores y mantener la guarda para adopción (28). Surge de los antecedentes resumidos en la sentencia que existía un hermano más grande de la niña, que había permanecido al cuidado de la familia de origen, cuestión que se consideró al destacar en esa etapa (no iniciado el juicio de adopción propiamente dicho) que la filiación adoptiva debería ser de carácter simple, aunque el fundamento central para no atender la petición de los progenitores fue: *“2. El interés superior de la menor cuyo reintegro se reclama es permanecer con la familia cuidadora y que se intente con ellos el instituto de la adopción simple, toda vez que la menor, desde sus dos meses de vida, no ha conocido otro ámbito familiar más que el de su familia cuidadora, quienes la han criado como a una hija y ha recibido de ellos atención, cuidado y cariño, y a ellos los llama papá y mamá y constituyen su centro de vida...”*

Los efectos de la adopción plena se mantienen en su plenitud, tanto respecto del hijo como de los adoptantes y la familia ampliada, migrando con idénticos derechos y obligaciones que si fuese un hijo biológico o nacido de técnicas de reproducción, y sin posibilidad de revocación de la adopción. No obstante, al igual que en el Derecho uruguayo (29), se contempla la posibilidad de reconocer la subsistencia de vínculos fraternos.

B. Los vínculos fraternos en las normas reglamentarias

No solamente el artículo 621 se ocupa de la preservación de los vínculos fraternos. Otras normas vinculadas con la adopción han considerado la relación fraterna en un ámbito preferencial. La ley 25.854, en su artículo 12, dispone: *“Se dará trámite preferente a las solicitudes de aspirantes a guardas con fines de adopción de personas menores de más de cuatro años, grupos de hermanos o menores que padezcan discapacidades, patologías psíquicas o físicas”*; mientras que la ley 26.061 también contiene una norma específica, su artículo 41.d, respecto de la preservación de este tipo de vínculos, al considerar: *“Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos”*.

En la órbita provincial, podemos citar el artículo 10 de la ley III 27 D. J. P. de la Provincia de Chubut, que al regular el Registro de Pretensos Adoptantes, el cual funciona bajo la órbita del Poder Ejecutivo, dispone que *“Los Juzgados de Familia que correspondan respetarán el orden de los pretensos adoptantes inscriptos en el Registro Único Provincial de Pretensos Adoptantes. Podrá apartarse del orden establecido con carácter restrictivo y excepcionalmente, por resolución fundada, valorando el interés superior del niño cuando: Se trate de grupos de hermanos [...] Se trate de niños con capacidades diferentes [...] La guarda sea solicitada por miembros de la familia extensa del niño”*.

5. Preservación de otros vínculos

5.1. Los abuelos

Como se dijo antes, la complejidad de las relaciones familiares y la multiplicidad de factores que involucra el proceso adoptivo encierran posibilidades que muchas veces no pueden ser abarcadas por la legislación. De allí que sea preferible un sistema con apertura suficiente para albergar los planteos judiciales, en lugar de uno hermético que no admita cobijo a nuevos supuestos. Por ese mismo motivo, debemos celebrar la inclusión de los principios generales en la temática, señalando el de respeto por la identidad y el interés superior del niño, como guía interpretativa en el supuesto de que los ascendientes de un niño en condiciones de adopción reclamen derecho comunicacional, o el magistrado, oficiosamente, entienda que es procedente el mantenimiento del vínculo.

En un caso llegado a los tribunales, se desestimó la medida cautelar peticionada por la abuela de dos niños a fin de obtener un régimen de visitas respecto de sus nietos, solicitado cuando ellos estaban en guarda preadoptiva. Esta abuela había detentado la guarda provisoria de dos mellizos nacidos en 2006. Sin embargo, al momento del tratamiento del recurso de la abuela por la denegatoria del régimen comunicacional, los niños ya habían sido adoptados de forma plena.

La Cámara (30), luego de relatar los antecedentes (la madre nunca visitó a los menores ni tenía contacto con ellos, el padre estaba privado de la libertad, con cinco causas penales en trámite y no les brindaba cuidado ni sostenimiento según informes de la Defensoría Zonal de la Comuna 15 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social; además: la abuela no pudo mantener la primitiva decisión de hacerse cargo y proveerles de un entorno familiar estable que les brinde un medio adecuado para desarrollarse y no quedar expuestos a situaciones de riesgo ni protección alguna en aspectos esenciales tales como seguridad, salud y educación), dijo que los evaluaba: *“...atendiendo especialmente al interés superior del niño que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño -artículos 3.1, 8.1, 9.1 y 21 y artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional- y la ley 26.061, que el tribunal debe preservar (conf. CSJN, Fallos 318:1269, especialmente considerando 10). El interés superior del niño constituye un instrumento interpretativo especialmente apropiado para la toma de decisiones en la compleja y variada realidad de la adopción (conf. Baliero de Burundarena, Ángeles; Carranza Casares, Carlos A. y Herrera, Marisa, La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño, en L. L. 2001-F-I 101)”*. En ese contexto, señaló que *“...debe destacarse que la adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen (art. 323 del Código Civil), por lo cual no se estima prudente admitir, por el momento y sin perjuicio de lo que pudiera decidirse en su oportunidad, la medida cautelar solicitada”*.

La lectura de la sentencia deja cierta perplejidad, pues no se alcanza a comprender cuál será *“su oportunidad”* siendo que el régimen se había requerido antes de la adopción, y su rechazo se confirma estando emplazados en un nuevo estado filial, para colmo pleno. Pareciera desentenderse de los hechos del caso, y, sin dudas, se apela al interés superior de los niños como mera fórmula, pues ninguna conexión argumental se advierte entre el principio y los derechos involucrados, muy especialmente el de la identidad.

Las razones que motivan pedidos como el señalado por lo general no son de índole patrimonial, sino afectivo, y de eso también se hizo cargo el legislador, posibilitando la flexibilización de los tipos adoptivos pleno o simple sin que por eso se modifiquen las consecuencias derivadas de cada uno en el ámbito sucesorio, de los impedimentos o relacionados con la responsabilidad parental.

5.2. Los tíos

También la jurisprudencia nos muestra supuestos en que se solicita un régimen de comunicación de un niño adoptado plenamente por un tío biológico. Si bien sólo en lo relacionado con la apelación del rechazo liminar de la pretensión, la Cámara interviniente señaló: *“El pedido de fijación de régimen de visitas efectuado por el tío respecto de su sobrino biológico dado en adopción plena debe ser sustanciado con los representantes legales del niño, por lo que no corresponde su desestimación in limine. Pues, resulta prioritario para la judicatura el conocimiento del estado actual del niño, la previa citación y audiencia de sus representantes legales, así como también la participación del menor en el proceso en calidad de sujeto de derecho conforme a su edad y madurez. Ello, a los efectos de lograr la promoción y protección integral de sus derechos y el respeto y la preservación de sus relaciones familiares, dispuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061”* (31).

Ningún impedimento se adviene para no mantener la igualdad de trato entre los parientes vinculados en segundo o tercer grado de consanguinidad, o aun de afinidad, conforme la definición de familia prevista en el decreto 415 que reglamenta la ley 26.061, aunque es necesario considerar siempre la situación Táctica, y, muy especialmente, la intensidad y beneficencia de los vínculos para dejarlos subsistentes.

6. Legitimación para requerir subsistencia de vínculos

Englobado en el título Facultades judiciales, el legislador estableció dos cuestiones vinculadas con el alcance de la sentencia de

adopción: 1) relativa al tipo adoptivo simple, pleno o de integración, y 2) la modalización o flexibilización del tipo que corresponda.

En lo relativo a la selección del tipo adoptivo, ya mencionamos que es potestad exclusiva del magistrado, y sólo podrá recibir la pretensión de las partes involucradas como una opinión, deseo o expectativa determinada, sin que condicione su determinación, que será sustentada en el interés superior del niño. O del adoptado si fuese el supuesto de un mayor de edad.

Respecto del alcance del tipo adoptivo en relación con los vínculos subsistentes, o la creación de otros, y en lo atinente a la legitimación, surge con toda evidencia del texto legal que “...a pedido de parte y por motivos fundados...” el juez flexibilizará los tipos adoptivos. La pregunta obligada es si puede el magistrado, oficiosamente, ordenar que subsistan determinados vínculos, o sólo lo dispondrá a requerimiento de los adoptantes, o del adoptado, o aun si lo sugiere el Ministerio Público aunque no revista la calidad de parte.

Varias son las cuestiones que se desatan con el texto legal.

En primer lugar, si consideráramos que existe una laguna legal, pues podría interpretarse que la redacción de la norma es insuficiente al señalar: “*Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede...*”, del simple repaso de los principios generales, en especial el respeto por la identidad (art. 595.b), o la preservación de los vínculos fraternos (art. 595.c) debería desalentar toda duda en cuanto a la posibilidad de establecerlo oficiosamente, sumado a los principios cardinales del artículo 706, especialmente la tutela judicial efectiva.

En segundo término, será la opinión del niño, si su edad y madurez lo permiten, o en el caso de los mayores de 10 años, su consentimiento, el sustento para esa misma determinación en función de sus derechos más fundamentales, pues confiriéndole participación y oyéndolo, tendrá suficiente fundamento para disponer en

consecuencia. Tratándose de hermanos también menores de edad, deberá conferirles a ellos el ejercicio del derecho a ser oídos y participar, de conformidad con los artículos 12 de la CDN, 3° y 27 de la ley 26.061, 26.707 y concordantes de este compendio normativo, además de las consideraciones de los organismos internacionales en materia de ejercicio del mismo.

Finalmente, dada la porción final de la regla en estudio, que expresamente establece que la determinación que se adopte no produce modificación alguna en el régimen adoptivo que corresponda, no existe gravamen alguno que puedan invocar los pretensos adoptantes para oponerse a que la determinación sea realizada por el juez, aun sin requerimiento expreso de alguno de ellos, o atendiendo a lo que pudiese sugerir el Ministerio Público o los miembros del gabinete interdisciplinario.

7. Alcance de la sentencia

Tal como lo establece la norma, será obligación del magistrado proceder a determinar el tipo de adopción que corresponda, esto es: plena, simple o integrativa. Junto con esa determinación deberá evaluar la conveniencia de mantener determinados vínculos con la familia de origen si la adopción es plena, o ampliar otros respecto de la familia de origen del o de los adoptantes si la adopción fuese de carácter simple. Y ambas posibilidades si fuese de integración, supuesto en el que la paleta de posibilidades se amplía.

Es necesario, en consecuencia, que mucho antes de llegar al acto sentencial, el juez cuente con elementos suficientes para ponderar todas las posibilidades, a lo cual coadyuvará la circunstancia de mantenerse la competencia del magistrado que intervino en la declaración de situación de adaptabilidad o privación de la responsabilidad parental. Pero, si así no fuese el caso, y el juez correspondiente fuese el del domicilio de los adoptantes por coincidir con el centro de vida del niño, será necesario requerir de manera

inmediata, y aun oficiosamente, la realización de informes socioambientales exhaustivos, más allá de los de seguimiento de la guarda para adopción. Ello con la finalidad de ponderar los derechos en juego, y así plasmar en el acto que emplaza en el nuevo estado, de manera lo más ajustada posible, la protección integral del derecho a la identidad del hijo adoptivo.

El mantenimiento de vínculo jurídico con los hermanos, abuelos, o incluso los mismos padres de origen en la adopción plena, no influye en el régimen sucesorio por el cual el hijo hereda ab intestato a sus padres adoptivos y tiene derecho de representación; tampoco influye en el ejercicio de la responsabilidad parental que se ejerce plenamente por los padres adoptivos, ni puede dar lugar a ejercicio de acción alimentaria alguna. Se mantendrá únicamente la posibilidad de ejercicio del derecho a la comunicación. En torno a la adopción simple y la de integración, al transferirse el ejercicio de la responsabilidad parental, conservan todos sus efectos con relación a la familia de origen, y los vínculos que se crean en la sentencia respecto de los familiares biológicos de los adoptantes no importan el nacimiento de derechos hereditarios ni la posibilidad de reclamo alimentario.

Referencias Bibliográficas

(1) Art. 3º: *“1. 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. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes,*

especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada".

(2) Art. 595: "*Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño...*"

(3) Art. 3º: "*Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".*

(4) Comité de los Derechos del Niño, 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

(5) HERRERA, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción. 1a ed., Universidad, Buenos Aires, 2008, ts. I y II. es obra de obligada consulta en toda la temática vinculada a este punto, pero especialmente ps. 47 y ss., respecto de la flexibilización de la adopción plena y revalorización de la simple.

(6) El interés superior del niño (ISN) configura un concepto abierto, y lejos de constituir una herramienta apta para la discrecionalidad de la autoridad, comporta la obligatoriedad de un límite para ella, por lo cual deberá explicitar de qué manera y conforme a qué circunstancias, ponderando cuáles derechos, se arriba a su conceptualización para el caso. BELOFF, Mary; DEYMONNAZ, M. Virginia; FREEDMAN, Diego; HERRERA, Marisa y TERRAGNI, Martiniano, Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada. La

Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 37 y 38, señalan: “*el ISN puede ser definido como un mandato al Estado de privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deban restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean de un ‘interés superior’ al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos*”.

(7) Al respecto, es doctrina pacífica de nuestro más alto tribunal que “*...resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (conf. Fallos: 323:91; 328:2870; 331:147 y 2047)*”. Citado en CSJN, “M. d. S., R. y otra s/Ordinario s/Nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, del 26-9-2012, considerando 17, que puede compulsarse en <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/novedades.jsp>.

(8) Dos normas de la Convención deben ser recordadas en este lema: art. 7º: “*1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos 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*”, y el conocido art. 8º: “*1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. 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*”.

(9) HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit, t. II, ps. 19/29.

(10) Algunos ejemplos: Código del Menor de Bolivia, art. 31; Estatuto del Niño y Adolescente del Brasil, art. 19; Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana, art. 13; Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua, 1998, art. 21.

(11) Código del Menor de Bolivia, art. 34; ley 1136 del Paraguay, art. 4º; Código de la Niñez y Adolescencia de 1998 de Nicaragua, art. 2º, etc. Este principio puede encontrarse en nuestra legislación interna, como ejemplo de esta aseveración: la Ley III N° 21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia de Chubut (art. 26), la Ley del Niño y el Adolescente de Mendoza (art. 10), en Santa Cruz el art. 16 de la ley 3062. Legislaciones locales que crean y regulan el funcionamiento de los registros de pretensos adoptantes establecen obligaciones en cabeza del poder administrador para efectivizar al máximo posible este derecho de todo niño a vivir con su familia y, a la par, ver satisfecho su derecho a la identidad, como ser: facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes y así promover el encuentro o reencuentro familiar (la ley 2561 de la Prov. de Neuquén).

(12) Fallo citado por HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit. p. 80.

(13) JÁUREGUI, Rodolfo G., La ley, la Constitución y la adopción plena de un niño con hermanos biológicos. Los hermanos sean unidos... ¿no es ésa la ley suprema?, comentario a fallo de la CApel. de Trelew, sala A, 6-8-2009, “M., R. I. y otra”, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2010-1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, enero/febrero de 2010.

(14) LEVY, Régimen de adopción. Ley 24.779 cit., p. 136.

(15) CCom. de Mercedes, sala I, 1-11-2007, “B. I. y C., M. C.”, L. L. B. A. 2008 (febrero), ps. 45 y ss.; Trib.Coleg.Fam. N° 5 de Rosario, 15-11-2006, “O. A. y otro”, L. L. Litoral 2007 (noviembre), ps. 1047 y ss.; citados por Jáuregui: CNCiv., sala L, 13-10-94, “A. M. F.”; sala I, 19-8-97, “Z., M. A.”; CCom. de Mercedes, sala I, 17-3-2005, “Y., J. C. y otra”, L. L. B. A. 2005 (mayo), ps. 447 y ss., entre muchos otros.

(16) PEREDA, Carlos, Crítica de la razón arrogante. Cuatro panfletos civiles, Taurus, México, 1999, ps. 89-131, citado por DALUIZ, Martín; AYALA LLOPIS, Flavia; GUTIÉRREZ MEYER, Noemí; SEGURA, María Carlota; LUNA, Cintia Belén; LERENA, Analía; ANDRADE, Diego y FABIÁN, Antonio, Propuesta alternativa para

niños mayores y adolescentes en estado de adoptabilidad: Padrinazgo y/o madrinazgo, en DFyP 2012 (abril), del 1-4-2012, ps. 41 y ss.

(17) BELLUSCIO, Augusto C., El doble régimen de la adopción, en L. L. 144-773

(18) MENDOZA, Elena, El derecho a la identidad. Artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 10, LexisNexis, Buenos Aires, ps. 60/61. Refiriéndose a los niños víctimas de la represión militar sufrida por nuestro país entre los años 1976-1983, expresa que las familias de estos pequeños “...tenían reservados un nombre, un apellido, y un cúmulo de tradiciones para transmitirles, propias e insustituibles, que hacen a la identidad familiar, a que cada grupo familiar sea único, irrepetible, con características y costumbres que llevan a todos y cada uno de sus miembros a poder identificarse los unos con los otros”.

(19) MORENO DE UGARTE, Graciela M., Tutela del derecho a la identidad en adopción plena, en J. A. 1998-III-1009, Abeledo-Perrot Online, N° 0003/000555.

(20) STJ de Chubut, 17-5-2010, “M. R. I. y otra”, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2011-1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, febrero de 2011, con nota de Rosalía Muñoz Genestoux.

(21) BELLUSCIO. Augusto C.. La adopción plena y la realidad biológica. En J. A. 1998-III-1001. y también Incidencia de la reforma constitucional sobre el Derecho de Familia, en L. L. 1995-A-936: MIZRAHI. Mauricio L.. Objeciones constitucionales a la nueva ley de adopción, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 11. LexisNexis. Buenos Aires: CHAVENNEAU DE GORE. Silvia. La familia biológica y la adopción. Encuentro de trabajo sobre reformulación legal de la adopción a la luz del derecho a la identidad y la sanción de la ley 26.061 organizado por Unicef y Fundación Sur. 29-8-2(Xk\ citado por HERRERA. El derecho a la identidad en la adopción cit.. p. 43.

(22) SCJBA. 22-10-2003. “A. K. E. s/Adopción plena”. Microjuris Online. MJ-JU-M-39061-AR. MJJ390617, en sentido similar a lo afirmado sostuvo: “La identidad personal resulta de un devenir. El origen es un punto de partida, principio, raíz \causa de una persona. Pero el origen

biológico no puede confundirse con la identidad misma de la persona, que es aquello que va a determinar que sea lo que es y no otra cosa. Y son tan esenciales como aquél, el posterior crecimiento, desarrollo y muerte a los efectos de conformar esa impronta personal. El individuo nace, crece, se desarrolla y muere a través de una secuencia de hechos y actos que delinearán como un buril implacable su identidad".

(23) Proyecto 6843-D-2006, diputados Carlotto, García Méndez, Comelli, Malacuse, Asoito, Negri, Pérez, Di Tullio, Gorbacz, Tonelli, Romero.

(24) CCCom. de Mercedes, sala I, 1-11-2007, "B. I. y C. M. C. s/Adopción", Microjuris Online, MJ-JU-M-16990-AR, MJJ16990.

(25) CFam. de Córdoba, sala 2a, 2-12-2011, "C. M. R. c/C. S. 1. M. D. s/Adopción plena", Microjuris Online, MJ-JU-M-70845-AR, MJJ70845.

(26) Sentencia del 28-3-2008, en autos "P., J. C. y otro", LNBA 2008-8-948.

(27) ÁLVAREZ, Atilio, Adopción y vínculos fraternos, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2011-11-39, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, comenta el fallo y asegura: "colocan en la agenda de debate con toda claridad una cuestión hasta ahora abordada sólo tangencialmente en la doctrina y jurisprudencia [...] Corresponde a la doctrina nacional realizar un profundo análisis sobre los argumentos que se esgrimen sobre la inconstitucionalidad de la adopción plena, a la luz de las respuestas que otorga el Derecho Comparado y sobre todo la interpretación armónica de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de organismos con competencia internacional para ello".

(28) SCJ de Mendoza, 9-3-2012, "L. V. y ot. en j.: 35.331 comp. en autos 15817/9/3 R. L. M. A. p/Med. tutelar (inc. cas.)", citado.

(29) Código de la Niñez y la Adolescencia, art. 138: "Preservación de vínculos personales y afectivos con la familia de origen. Existiendo uno o más integrantes de la familia de origen (los progenitores, abuelos o abuelas, tíos o tías, hermanos o hermanas u otros integrantes de la familia ampliada), con quien el adoptado tuviere vínculos altamente significativos y favorables a su desarrollo integral, la adopción sólo podrá realizarse si los adoptantes se obligan al respeto y preservación de este vínculo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 146 de este Código. Esta condición no restringirá los derechos del adoptado en la familia adoptiva: todas las adopciones serán plenas". Y art. 147: "Visitas con la familia

de origen. Tratándose de una adopción en la que los adoptantes se obligan a preservar el vínculo personal y afectivo del adoptado con uno o más integrantes de la familia de origen (artículo 138). Deberán acordar el régimen de visitas. Si no existiere acuerdo, previo a dictar sentencia, el Tribunal establecerá un régimen de visitas que se regulará conforme a las necesidades del adoptado y se adecuará o, en su caso, se suspenderá, cuando se modifiquen los supuestos de hecho que dieron lugar al régimen de visitas”.

(30) CNCiv., sala E, 20-12-2012, “T., N. R. s/ Medidas precautorias”, L. L. Online, AR/JUR/73023/2012.

(31) CNCiv., sala B, 29-9-2009, “R., F. O. y M. E, L D. s/Régimen de visitas” expte. B532177, sumario N 19.394, de la Base de Palos de la Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Boletín N° 1/2010.

Tratado de Derecho de Familia.

Comentario art. 622°

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. [Consultado el: 07/10/2021]

Art. 622 Conversión. A petición de parte y por razones fundadas, el juez puede convertir una adopción simple en plena.

La conversión tiene efecto desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

1. Finalidad de la conversión

Como se vio al comentar los artículos 620 y 621, en función de la circunstancias del caso concreto, y procurando el respecto del derecho a la identidad en su faz estática, de existir lazos con la familia de origen que deban preservarse con todos los efectos jurídicos, o por no darse las extraordinarias circunstancias que tornarían procedente a la adopción en su modalidad plena (art. 625), se emplazará al adoptado con los efectos dispuestos en el artículo 627. Ahora bien, puede suceder que la identidad dinámica del adoptado se haya desarrollado al abrigo de lazos de afecto generados con la familia biológica del o de los adoptantes, y simultáneamente se hayan diluido o directamente deteriorado sus vínculos biológicos subsistentes en la sentencia que lo emplazó como adoptivo simple. En esos supuestos, entre otros posibles, es factible requerir la conversión.

2. Antecedentes

Un antecedente de esta disposición aparecería en la ley 19.134 de 1971, que introdujo en el ordenamiento jurídico la adopción plena y la posibilidad de conversión de las sentencias de adopción dictadas hasta ese entonces con la modalidad simple. El artículo 34 de dicho compendio disponía: *"La adopciones anteriores a la vigencia de esta ley quedan sometida al régimen de la adopción simple, pero podrán ser convertidas en adopciones plenas a pedido de los adoptantes. Con consentimiento de los adoptados, si éstos hubieren alcanzado la mayoría de edad. También podrán pedirla los adoptados mayores de edad, con consentimiento de los adoptantes. La petición y el consentimiento podrán formularse por disposición de última voluntad"*.

No obstante, los fundamentos de ambas reglas jurídicas son distintos. En aquella ocasión se estableció en función de que el régimen legal argentino provisto por la ley 13.252 regulaba únicamente el tipo adoptivo simple, por lo que el sentido del artículo 34 era permitir las adaptaciones necesarias, si fuese el caso. En el caso del artículo 622 serán las circunstancias distintas en función del mejor interés del niño las que motivarán el cambio de modalidad, mediante la transformación del vínculo jurídico en función de la mutación producida en la trayectoria del proceso adoptivo.

En el Derecho Comparado, receptan esta posibilidad de conversión México (art. 378 bis del Código Civil de Querétaro), Portugal y Venezuela (1).

3. Conversión y revocación

No debe confundirse entre sendas posibilidades conferidas por el legislador. Mientras la revocación tiene lugar en el caso de la adopción simple, bajo ciertas circunstancias, su senado es dejar sin efecto la filiación adoptiva, pudiendo subsistir el uso del apellido (art. 629), la conversión también se aplica en relación con la adopción

simple, pero para mutarla en plena. Es decir, el emplazamiento adoptivo se mantiene y profundiza.

La sentencia de adopción simple gozará de la calidad de cosa juzgada en sentido formal, y en ese sentido aparece como un buen elemento frente a las rémoras respecto de la preeminencia de la adopción plena sobre la simple que alguno magistrado pudiesen conservar. La norma en comentario no exige más que la presentación fundada, sin establecer plazos para la interpretación del pedido. Claro que los fundamentos esgrimidos deberán tener, un respaldo probatorio, respecto de los elementos tenido en cuenta para conferirla en forma simple, y que al momento de solicitar la conversión fueron los que se modificaron.

Ésta es una novedad en el sistema vigente, y rige para las sentencias de adopción dictada en el territorio argentino, al igual que anteriormente era posible respecto de las adopciones conferidas en el extranjero (2), situación que ahora está prevista en el artículo 2638.

4. Competencia

Si bien no se expresa en el artículo, las reglas de conexidad indican que juez competente será el que confirió la sentencia de adopción simple, y en razón del vínculo generado entre adoptante y adoptado es conveniente que la presentación sea conjunta, para evitar el traslado que se conferirá, en su caso.

5. Legitimados

La adopción puede requerirla tanto el adoptante si tiene edad y grado de madurez suficiente o si adquirió la mayoría de edad o se emancipó por matrimonio. El otro miembro del vínculo adoptivo prestará su consentimiento. También es posible que se solicite conjuntamente por ambos, quienes relatarán las razones en las que motivan el requerimiento, aportando las medias de prueba adecuadas

para comprobarlas, en cuyo caso el consentimiento está ínsito en la pretensión de conversión.

Debido a que la sentencia de adopción plena, en principio, extingue los vínculos con la familia de origen que subsistían en la adopción simple, aquellos parientes respecto de los cuales se irradiarán los efectos deberán tomar conocimiento de la pretensión. Máxime, si en el proceso de adopción simple tuvieron participación como terceros interesados, y el nuevo emplazamiento producirá de manera inmodificable el cese del vínculo jurídico que había quedado subsistente. Esto comprenderá a todos los parientes afectados, pero no incluye a los progenitores, pues a su respecto la titularidad de la responsabilidad parental fue transferida con la adopción simple, y si se conservó algún tipo de relación, probablemente el fundamento de la conversión sea o el cese del régimen comunicacional, o el fallecimiento del progenitor, lo que imposibilita que se expida consintiendo o no la pretensión.

Considerando lo excepcional de la situación que puede dar lugar al requerimiento de conversión de la sentencia, la demanda deberá estar suficientemente fundada, y en caso de duda, corresponderá mantener la filiación adoptiva vigente.

6. Efectos

Las consecuencias del nuevo tipo adoptivo se producen hacia el futuro, de modo que no pueden retrotraerse al tiempo en que regía la adopción simple, porque la norma expresamente dispone que lo sea desde la sentencia que la admite (3). Debe entenderse que la vigencia comienza desde que se encuentre firme para las partes, siendo necesaria la inscripción correspondiente con la inmovilización de partidas para la producción de efectos respecto de terceros interesados.

Se trasfiere, entonces, el ejercicio de la responsabilidad parental si el adoptado es menor de edad; extinguiéndose los vínculos

que habían subsistido con la familia de origen, y generándose los propios con la familia del adoptante.

Pese a la flexibilidad legislativa puesta de manifiesto al ampliar el espectro adoptivo a supuestos como el contemplado, no demasiado frecuente hasta ahora, no quita su excepcionalidad. La misma está puesta en el momento a partir del cual surte efectos la sentencia que convierte la adopción.

Finalmente, señalamos que el fundamento de su inclusión reposa en que constituye un recurso jurídico más, de utilidad para las adopciones de niños de más edad o adolescentes, en que su personalidad se forjó en el contexto familiar de origen, y respecto del cual no suele ser muy usual romper definitivamente los lazos, al menos en el breve lapso que transcurre entre la guarda y la adopción. De esta forma, emerge una posibilidad que llamaremos "*intermedia*" entre la adopción simple y la plena, a la cual apelarán quienes son emplazados en estado filial adoptivo si los vínculos de la familia anterior se diluyen o desaparecen

Referencias Bibliográficas:

- (1) HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit., p. 65.
- (2) El artículo 340 derogado decía: "*La adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley del domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en este Código debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores*".
- (3) CCom. Lomas de Zamora, sala 1, 3-3-2005, "*Z. M. I.*", L. L. B. A. 2005 (agosto), ps. 851 y ss., donde se autorizó el cambio de tipo adoptivo solicitado por adoptantes y la adoptada de una adopción simple otorgada en el año 1986 por sentencia judicial con efecto retroactivo al 27-8-84, a plena. La adoptada, mayor de edad,

argumentó su falta de intención en mantener sus vínculos, renunciando a toda expectativa de derecho sucesorio con su familia de origen y pretendiendo consolidar desde lo jurídico la realidad familiar consagrada en la práctica. La decisión retrotrajo los efectos a la fecha en que la sentencia convertida dispuso que tuviese efecto la adopción, a diferencia de lo previsto por este Código.

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 623

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. [Consultado el: 07/10/2021]

Art. 623 Prenombre del adoptado. El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.

1. Breve introducción

A Partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y como consecuencia de la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito privado, en especial en lo relativo a la identidad personal, se producen varios cambios trascendentes en los derechos personalísimos.

Uno de los cuales es, justamente el vinculado con el nombre, denominación que comprende el prenombre y el apellido y se incorpora expresamente al texto codificado (1). En tal sentido, conforme el artículo 62, es catalogado como un derecho y también un deber de la persona humana, estableciéndose las reglas para su determinación e imposición, el proceso para su cambio, de ser el caso,

y las acciones para su protección (para ampliar, nos remitimos al comentario de los arts. 62 a 72 de esta obra).

Respecto del nombre del hijo adoptivo, la variación que se introduce lo es en un doble sentido: 1) se prevé específicamente la cuestión relacionada al nombre (incluyendo prenombre y apellido) sin delegarla a una norma específica y general como ocurriera durante la vigencia de las leyes 13.252, 19.134 y 24.779, y 2) se sienta el principio de conservación del prenombre.

2. El nombre y el derecho a la identidad

2.1. Aproximación conceptual

Fernández Sessarego señala que *"...la identidad, en cuanto fundamental interés existencial, no puede ser ignorada o soslayada por el Derecho sino que, por el contrario, debe protegerse de modo preferente. La vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar de esenciales entre los esenciales. Por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica..."* (2)

La personalidad del individuo se conforma de una serie de elementos de orden físico, moral, intelectual, espiritual, cultural, que reunidos en una unidad constituyen lo que Pliner denomina el "yo personal", cuyo desarrollo es posible a partir de una determinada denominación que permita su distinción de los otros (3).

Como bien se especifica, el nombre, en tanto "*signo lingüístico*", sólo adquiere trascendencia por la sustancia que simboliza, es decir, quién y cómo es la persona que se nombra (4). En otras palabras, los derechos que titulariza el ser humano cobran andamiaje a partir de un nombre que permite su ejercicio en el campo social.

Así fue reconocido en un caso juzgado por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, de fecha 19 de febrero de 2013, en el que se revocó la disposición de la anterior instancia que había denegado

una inscripción de nacimiento fuera de término de una mujer de casi 40 años que cuando dio inicio al proceso se fundó en la supuesta paternidad de quienes a la postre fueron reconocidos como "abuelos". No obstante, el tribunal consideró que la pretensión "...siempre estuvo encaminada a que la actora pueda contar con el derecho que es inmanente a todo ser humano y esto es que se la reconozca con un 'nombre' que la identifique en la sociedad". En el decisorio que ordenó la inscripción, los jueces resaltaron que "*La autorización para la inscripción de nacimiento lleva a que se otorgue el documento nacional de identidad, una herramienta de inclusión social, que permite el ejercicio efectivo de los derechos; así, el DNI expedido por el Registro Nacional de la Personas no es sólo un medio para acreditar la identidad, sino que se trata de la puerta de acceso a derechos fundamentales, necesarios para que se pueda gozar de una vida digna sin exclusión social*"(5)

Podemos conceptualizar al nombre como aquella designación que corresponde a cada persona, la individualiza de manera exclusiva, y tiene como función esencial la identificación y distinción en relación con los demás. Se compone básicamente de dos elementos: el prenombre, nombre de pila, nombre propio o individual, y el apellido. Con el primero de sus componentes, básicamente, la persona se diferencia de los miembros de su propia familia; con el segundo, se identifica con ella respecto de todo el entorno social.

2.2. Inserción del nombre en las facetas estática y dinámica

Es conocida la doble dimensión que Fernández Sessarego admite en la identidad: estática y dinámica. A partir de la inclusión del derecho-deber del nombre en el concepto de identidad personal, es válido cuestionarse en cuál de ambas faceta se inserta.

Para Pliner, y varios fallos que siguen su postura, el nombre queda inmerso en la faz estática (6); así, Adriana Carminati, al comentar el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires del 10 de febrero de 2010, respecto de la petición posterior a la sentencia de emplazamiento de adición del apellido

materno en una adopción integrativa, parecería seguir esa idea al afirmar: *"La identidad personal se compone de elementos estáticos y dinámicos. La noción estática comprende aquellos signos distintivos que permanecerán inalterables, tales como las huellas dactilares, la nacionalidad, el nombre o pseudónimo y los caracteres físicos o biológicos, y la faz dinámica, por el contrario, muta constante y progresivamente, insertando al individuo en su proyección social"*(7). Para Herrera(8), quien también cita a Luz Pagano y Adriana Krasnow, el nombre se relaciona con ambas vertientes de la identidad, observando en distintos fallos dictados como el patronímico(9) se va desprendiendo de la tradicional adhesión al vínculo biológico, para dar lugar a la autonomía. Para arribar a esa conclusión, esa autora realiza un muestreo jurisprudencial sumamente interesante, con base en el cual sostiene que ese alejamiento advertido entre la consideración del nombre (prenombre y apellido) y el dato biológico relacionado con la dimensión estática puede deberse a tres factores: a) el desarrollo teórico del derecho a la identidad; b) la visión "transversal" de la persona, es decir, involucrando más de un elemento de distinto tipo, y c) el reconocimiento de la importancia del nombre en el entretrejo de las relaciones sociales.

Sin duda alguna, la presencia del nombre como parte integradora de la porción estática de la identidad no puede ser discutida, ya que se instala en el ser humano de manera permanente desde que es impuesto, a la vez que lo acompaña en el proceso de construcción que implica el desarrollo de la identidad en su faz dinámica. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de un desplazamiento de estado filial por falta de nexo biológico de una persona mayor de edad, que durante toda su vida hasta la sentencia ha portado el apellido de quien lo reconoció(10) La falta de correspondencia de identidad biológica y legal, de considerar al nombre sólo como parte de la porción estática, implicaría aniquilar una de las características más destacadas de la persona: la que la identifica en el mundo(11).

A continuación, desarrollamos algunos ejemplos que permiten conocer aquellos factores vinculados a la identidad dinámica que

influyen en las decisiones de modificación del nombre de las personas, sin atenerse a reglas fijas estrechamente adheridas a la realidad biológica. El fallo dictado por el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, el 10 de mayo de 2012, cuando decidió: *"En el marco de un proceso de adopción, en los términos de los artículos 329 y siguientes, Código Civil, corresponde hacer lugar al pedido de la adolescente adoptada, a fin de preservar el vínculo con su progenitor fallecido a través de la conservación del apellido paterno y, correlativamente, afianzará el vínculo con la guardadora ya existente, aditiéndole el apellido de su adoptante, como es su deseo"*(12) ; de este modo se está merituando ambas dimensiones. La estática, al respetar el apellido del progenitor biológico, y la dinámica, al admitir la adición posterior del de la adoptante. Ese mismo tribunal, pero en fecha 25 de febrero de 2011, en autos *"K., S. s/Modificación uso de nombre"*, en un trámite donde se invocaba la privación de la responsabilidad parental para solicitar la supresión del apellido paterno y sustitución por el materno, sostuvo: *"Corresponde hacer lugar al pedido realizado por la progenitora a fin de que se rectifique la partida de nacimiento de su hijo menor autorizándose el uso exclusivo del apellido materno en reemplazo del paterno, teniendo en cuenta que el grupo familiar, en el cual creció el niño, es el de su madre y su familia, con quienes comparte una religión en común -y con la cual el niño se siente plenamente identificado- a la vez que fueron ellos quienes asumieron la responsabilidad exclusiva de la crianza del niño, ante el desentendimiento paterno de sus responsabilidades, lo que motivó que se lo privara de la patria potestad"*(13)

Más cercano en el tiempo, relacionado también con el respeto por el derecho a la identidad, en el contexto del reconocimiento de los efectos de una sentencia extranjera, el Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, con fecha 5 de octubre de 2012, intervino en el requerimiento de inscripción de la sentencia de adopción dictada en Haití, la pretensión de convertir la adopción en plena, y la adhesión de un prenombre de pila de origen haitiano. Luego de evaluar los requisitos de admisibilidad para disponer la inscripción en el Registro del Estado Civil, admitió también la conversión de la adopción de simple en plena, y en lo relativo al nombre, consideró que se había

acreditado el trato frecuente con otras familias que habían adoptado niños de ese origen y con personas de nacionalidad haitiana que vivían en la ciudad donde se domiciliaba la adoptante a fin de mantener vigente su cultura y respetar su origen. Dijo el tribunal: "*Lo dicho hasta aquí inexorablemente nos lleva a analizar el derecho personalísimo a la identidad personal, entendido éste como proceso, el que no puede ni debe limitarse al dato biológico, sino que comprende un conjunto de aspectos que acompañan a la persona en su vida privada y social*"(14)

2.3. El nombre: Caracteres

Las apreciaciones sostenidas nos permiten afirmar que el nombre es: 1) necesario; 2) único; 3) permanente (la inmutabilidad ha sido reemplazada por la estabilidad, y de allí que sea preferible el término permanencia, que admite, en todo caso, la modificación); 4) inalienable, y 5) imprescriptible. En ocasión de dirimir el requerimiento de un padre biológico que solicitó la restitución de su hija en uno de los múltiples procesos que se vincularon con las partes, debió expedirse el Juzgado N° 1 de Esquel respecto de la identificación de la niña, que había sido modificada a partir de una adopción simple ulteriormente revocada por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut. En esa ocasión se dijo: "*...cabe dejar sentado que la identificación de las personas tiene íntima vinculación con su identidad. El nombre, la manera de ser reconocidos ante los otros, forma parte de uno de los atributos de la personalidad. Como tal resulta necesario, único, inalienable, inembargable, imprescriptible, inmutable e indivisible. Desde el ordenamiento jurídico se reconoce al individuo desde que nace, el acceso a un nombre y la estabilidad del adquirido a partir del ejercicio del derecho de los adultos procreantes de elegir el que impondrán a su prole (arts. 7.1 y 8.1, CDN, además de lo dispuesto por la ley 18.248)*". Luego de ello, se señala respecto del atributo que denominamos de permanencia que "*La estabilidad del nombre (adjetivo que se ajusta más a la regla constitucional que la inmutabilidad, conforme lo expuesto por Marisa Herrera en el Cap. VI, Identidad, infancia y familia, de la obra Derecho Constitucional de Familia, t. II, Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá, Marisa Herrera, Ediar) constituye una regla que responde simultáneamente a la satisfacción de intereses públicos y privados y de los que el juez no puede apartarse sino en casos*

excepcionales o cuando las circunstancias lo justifiquen. Para ello, resulta imprescindible considerar los valores que protege el principio, en contraste con las motivaciones que fundan la pretensión de conmoerlo"(15).

Brevemente, podemos sostener que el principio de inmutabilidad del nombre era el que primaba tanto para permitir la elección de nombres distintos a los sugeridos por los organismos administrativos que lo regulaban o los regidos por los usos y costumbres cuanto para admitir la sustitución o supresión por "*justos motivos*". Poco a poco, y por influjo de la normativa internacional y el respeto por el derecho la identidad personal y familiar, se fue abriendo paso a la autonomía la y voluntad, tanto respecto del nombre de pila como del apellido. En ese sendero de mayor autonomía en la elección del nombre del hijo, comienza a colocarse la mirada en su preservación, justamente, por resultar de una elección libre de los progenitores. A modo de ejemplo, citamos que en el Proyecto de reforma de 1998, en el que se elimina la prohibición de nombres de pila extranjeros y la exigencia de su castellanización contenidos en la ley 18.248, y se hace lugar a las excepciones admitidas por la jurisprudencia. Por otro lado, se ha considerado también que es una decisión de los padres en la que la injerencia del Estado debe ser la menor posible.

No obstante el carácter de inmutable, la jurisprudencia se siguió ocupando de supuestos en los que se invocaban los justos motivos de la ley para modificar el nombre de las personas, y con apoyo en la mayor autonomía de la voluntad y más apego a la identidad dinámica, se sostuvo que "*...resulta sustancial referirse al principio legal de la estabilidad del patronímico, porque el concepto de inmutabilidad, argumento de1 artículo 15 de la ley 18.248, remite a la idea de rigidez, en cambio la estabilidad en materia de nombre nos da la idea de conservación sólo en virtud o con la finalidad de proteger a cierto intereses sociales. Por ende, si el interés social no se haya comprometido, entendemos que el principio de libertad prima. Es decir, esta idea de estabilidad y no de inmutabilidad habilita el ingreso del cambio de nombre cuando existan razones suficientes -principio de razonabilidad y proporcionalidad- que justifiquen tal modificación"(16).*

2.4. Naturaleza jurídica

Con relación a la naturaleza jurídica del nombre, varias son las posturas asumidas por los autores: 1) se trata de una propiedad de quien lo lleva; 2) es un derecho subjetivo extrapatrimonial; 3) es una institución de policía civil o una institución general de orden público; 4) es un atributo de la personalidad en función de la situación jurídica objetiva; 5) es un derecho a la personalidad, y 6) es una institución compleja en tanto se la considera tanto atributo de la personalidad cuanto institución de policía. Ampliando esta última postura, Rivera y García Mele sostienen que el nombre es un derecho-deber de identidad, aunque al intentar su conceptualización, no se sale del eclecticismo de considerarlo un derecho de la personalidad y, a su vez, una institución de policía civil. Toia y Casella discriminan dos órdenes de intereses a considerar: uno, el orden social, relativo al registro por parte del Estado de las personas naturales, como medio para su identificación social, lo cual involucra -en definitiva- parte del control estadual (interés público que cumple la función de ser el medio para identificar quién es el titular de ciertos derechos y a quién imputarle ciertas obligaciones), y otro cuya proyección va más allá del mero dato formal, y se refiere a la persona considerada tanto de modo individual como social (interés humano particular por el que debe partirse de la premisa fundamental del Estado pluralista, en el cual el individuo – sujeto de derecho- vale por sí y no como en los regímenes totalitarios, en los cuales es tan sólo parte de una realidad superior y súper ordenadora: “el Estado”)(17).

Herrera, finalmente, sostiene que es un atributo de la personalidad que permite contribuir a la individualidad de la persona, un derecho subjetivo ya que la ley organiza acciones para su protección, una institución de policía ya que hay varios estamentos estatales a los que interesa este instituto, lo que la lleva a concluir como más acertada la tesis que postula que se trata de un derecho-deber de identidad (18).

Otra doctrina ha señalado que "el nombre de pila y el apellido están concebidos en nuestra legislación como un derecho-deber, por cuanto constituyen uno de los atributos esenciales de la persona desde el punto de vista jurídico, dado que la personalidad supone la individualidad propia: el nombre permite, por sí solo o con otras circunstancias, la identificación de cada persona en relación a los demás [...] El nombre se inserta entre el individuo y la sociedad: el titular tiene interés en que no lo confundan, tiene derecho a usar su nombre y ostentarlo; en tanto la sociedad tiene interés en asegurar un sistema de nombre útil, seguro y lícito. El nombre trasciende el mero interés individual y compromete el interés general al ser un medio necesario para la fácil individualización de las personas como exigencia de todo orden social..."(19)

Más allá de lo que se reseña, el nombre de las personas es entendido como un derecho humano en el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (acto de San José de Costa Rica), cuando establece: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos..." Esta disposición constitucional admite una reglamentación razonable, sin perjuicio de lo cual lo resguarda como de pertenencia a la identidad de la persona humana, junto con aquellas tantas otras que la integran. Cabe concluir, entonces, que lo que pondera la citada Convención Americana es la identidad del hombre como realidad superior, sin que por ello niegue el orden social que, en todo caso, deberá regular razonablemente el derecho reconocido, fundamentalmente para garantizarlo, y no para suprimirlo.

A tono con ello, pero en relación con los niños, el reconocimiento del derecho a un nombre desde que nace, y a ser registrado inmediatamente después del nacimiento, ha sido recogido por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, artículo 3º(20); la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 18(21); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 24.2(22); la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de

guarda en el plano nacional e internacional, de 1987, artículo 8° (23), y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, artículos 7° y 8°(24). Tanto la Opinión Consultiva N° 5 de la Corte IDH, en cuanto señaló que "*...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*", como la Opinión Consultiva N° 17, en cuanto reconoce la calidad de sujeto de derechos de los niños, y la obligatoriedad a su respecto de aplicar todos los instrumentos de derechos humanos regionales, con más un plus debido a su particular estado de desarrollo(25), permiten aseverar que es indudable que el nombre queda guarecido dentro de los derechos fundamentales, en tanto parte de la identidad personal.

En definitiva, la identidad -como género- comprende un innúmero de variables, entre ellas el nombre de la persona humana; dejando así establecida una interrelación entre las diversas facetas de los derechos humanos, que conforman para sí una unidad inescindible.

3. El tratamiento del nombre en las leyes de adopción

Brevemente, reseñamos que en nuestro país no fue sino hasta el año 1943 en que por decreto-ley 11.609 se fijaron algunas pautas en materia de prenombre, las que fueron luego modificadas y ampliadas por otras normativas que no abordaban la materia de manera específica (26). Finalmente, recién en el año 1969 se sanciona la ley 18.248, conocida como la "*ley del nombre*", organizando lo que hasta ese momento se había regido sobre la base de los usos y costumbres, normas aisladas y, en lo particular de la adopción, por la ley 13.252, de 1948, que en su artículo 13 refería: "*La adopción impone al adoptado el apellido del adoptante, sin perjuicio de que se agregue el suyo propio*".

Aun así, no debe olvidarse que el derecho al nombre integraba el espectro de los derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución Nacional, a la luz también de lo establecido en el

artículo 19, con anterioridad a la reforma de 1994, pero la falta de previsión expresa no podía llevar a la automática exclusión, sino al contrario. A partir de la constitucionalización de los tratados de derechos humanos, la inclusión del nombre como derecho constitucional es explícita en función de lo establecido en el artículo 75, inciso 22, y su jerarquía normativa como cláusula superior.

En el tema particular de la adopción, es evidente que ella afecta de modo intenso la filiación del adoptado y como derivación obligada también lo hace en materia de apellido, siendo mayor la incidencia cuanto más se aleje el tipo adoptivo de la conservación o extinción de los vínculos originarios. Ampliaremos sobre las consecuencias en el apellido al tratar cada una de las modalidades de adopción que nuestro Código reconoce.

En esta ocasión, señalamos que no existía hasta ahora ninguna norma específica que se ocupara del prenombre del adoptado, tema que fue motivo de un minucioso análisis por parte de Herrera (27), y que ha sido contemplado en el Código Civil y Comercial como uno de los efectos de cada tipo adoptivo en particular, con la salvedad de lo relativo al nombre de pila que, con buena técnica legislativa, se regula en las disposiciones generales.

4. La conservación del nombre y el derecho a la identidad

Una de las principales, si no la fundamental, directrices de la reforma fue la influencia de los tratados de derechos humanos en el Derecho familiar (28), y junto con ello, el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el compromiso de los Estados parte de respetar el derecho del niño a su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, podremos contar con el primer fundamento del principio sentado en este artículo 623.

Desde otra perspectiva, pero anudado a ello, el artículo 595 del Código dispone que "*La adopción se rige por los siguientes principios [...]*

b) *el respeto por el derecho a la identidad [...] e) el derecho a conocer los orígenes*"; en tanto que el artículo 596, ampliando el inciso e, explícita la posibilidad para el adoptado de acceder, conforme la edad y grado de madurez, al expediente judicial, y a toda información que haga a sus orígenes y conste en registros judiciales o administrativos.

Estas normas, que son consecuencia de una aplicación concreta de los derechos fundamentales consagrados internacionalmente, tienen estrecha relación con la mayor autonomía personal que el ordenamiento jurídico reconoce a los padres de origen en la elección del nombre de pila del hijo, y -guardando coherencia con la propia definición legal plasmada en el artículo 594- tienden a la preservación de lo que constituye uno de los puntos neurálgicos vinculados con el derecho a conocer el origen y a acceder al mismo: el prenombre o nombre de pila.

Si se realiza una compulsa en el Derecho Comparado de nuestro continente, podrá advertirse que en aquellas ocasiones en que la ley admite el cambio o sustitución del prenombre del adoptado, lo hace consultando su voluntad, o, en todo caso, fijando una edad determinada relacionada con el escaso desarrollo de los vínculos sociales. Así en Colombia (Código de la Niñez y de la Adolescencia, art. 64) se dispone que el adoptivo llevará el apellido de los adoptantes, y su nombre de pila sólo podrá ser modificado si tiene menos de 3 años, o consiente en ello. Se posibilita, sin embargo, que el juez autorice el cambio si cuenta con justificadas razones para disponerlo. En Bolivia, con relación al apellido, el Código del Niño, Niña y Adolescente, artículo 224, autoriza al propio adoptado como derecho a elegir el apellido del adoptante, sustituyéndolo, anteponiéndolo o posponiéndolo al propio. En Venezuela se admite, con autorización judicial (art. 431 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescente)(29). Uruguay modificó en el año 2009 su Código de la Niñez y la Adolescencia por ley 18.590(30), y en lo relativo a la cuestión del nombre expresa: *"En los casos de adopción, el hijo sustituirá su primer apellido por el del padre adoptante y el segundo apellido por el de la madre adoptante. De ser adoptado por una sola persona sustituirá solamente*

uno de los apellidos, siguiendo las reglas previstas en los numerales precedentes. Si el adoptado fuese adolescente podrá convenir con el o los adoptantes por mantener uno o ambos apellidos de nacimiento. La sentencia que autorice la adopción dispondrá el o los nombres y apellidos con que será inscripto el adoptado. Salvo razones fundadas, se conservará al menos uno de los nombres asignados al niño o niña en la inscripción original de su nacimiento". Paraguay contiene el derecho a favor del niño de ser inscripto con el o los apellidos de los padres adoptantes y a mantener al menos uno de los nombres de pila, pudiendo los adoptantes adicionar nombres nuevos (art. 5° de la ley 1136/97). Brasil admite la modificación del prenombre del hijo adoptivo sin considerar su edad (Código Civil, art. 1627). El Código de Familia de Panamá, en su artículo 313, dispone sobre el nombre de pila que será el juez quien determinará si se justifica o no el cambio, de acuerdo al interés superior del adoptado.

Lo que también se evidencia es que, en general, la modificación que produce el emplazamiento adoptivo en el apellido del adoptado guarda relación con la categoría única de adopción, con sustitución de vínculos extendida en la mayoría de los regímenes adoptivos de la región. De todos modos, es de destacar que la modificación en el apellido del hijo adoptivo se enlaza con la función del nombre de las personas en el aspecto social, en tanto confiere sentido de pertenencia a determinado grupo familiar, y de allí que el nuevo vínculo nacido a partir de la filiación adoptiva deba ser trasvasado a la identificación.

En cuanto al nombre individual o de pila, son pocas las legislaciones que confieren intervención al interesado para la elección del nombre, sea que implique sustitución o adición, aunque la regla del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no podría ser obviada, y con independencia de la ausencia de disposición legal interna, aquellos Estados firmantes de la Convención deberán oír al niño, cualquiera sea su edad, antes de disponer sobre la modificación de su prenombre.

5. La cuestión del prenombre. Conservación y sustitución

La posibilidad de que los adoptantes eligieran un nombre distinto al atribuido originariamente al niño o niña adoptivo no surgía en nuestra legislación de las normas que regulaban la filiación adoptiva, sino que apareció en la ley 18.248 que sistematizó el tema del nombre de las personas. En el artículo 13 se confería la prerrogativa del cambio si la criatura contaba con menos de 6 años de edad, mientras que si la superaba, podían agregar un nombre por ellos escogido, siempre con las limitaciones generales de hasta un máximo de tres prenombrados (art. 3.5, ley 18.248), sin discriminar entre adopción plena o simple ya que en ese entonces la adopción que se regulaba era una sola y del tipo simple. La aparición de esta norma limitó la jurisprudencia en la materia, que con anterioridad al año de sanción de la ley debía expedirse sobre el tema, dada su falta de regulación expresa (31), mientras que con posterioridad el ámbito de conflicto interpretativo se redujo. No obstante, algunos fallos se expedieron admitiendo el cambio de nombre de los hijos adoptivos cuando se sentían identificados con el otorgado por los adoptantes (32). Lo cual no impidió que también la magistratura resaltara que *"el artículo 13 de la ley 18.248 está en franca contradicción con el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, quedando por lo tanto derogada tácitamente la norma en cuestión. El derecho a la identidad impide que se cambie el nombre de pila del menor adoptado por adopción plena, ya que el mismo está garantizado por la Convención y la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22)"*(33).

No sólo el artículo 8° de la Convención se vincula con el respeto por la identidad, también se ocupa de ello el artículo 20, cuando señala que *"1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, 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”.

Eva Giberti sostiene que una de las preocupaciones principales de los adoptantes consiste en disolver el rastro del origen del hijo adoptivo debido al temor que subsiste de que el niño podría desear reencontrarse con *"aquella gente"*, lo cual se vuelve más inquietante cuando ese hijo evidencia modalidades no aprendidas en el hogar de los adoptantes. También señala que la nueva filiación sustituye el nombre elegido por la madre de origen, que al nombrarlo lo incorpora a su mundo(34), cuestión que, si bien suele ser de ese modo, no constituye una realidad incommovible, pero funciona así en el entramado psíquico de los adoptantes. Continúa la autora señalando que el niño así nominado, nombrado, mantiene una huella que impide anular ese origen, y a la vez, lo ajeniza definitivamente de la familia adoptante, que hasta aquí podía hacer *"desaparecer"* esa huella, dejando sin efecto la primigenia inscripción mediante la sustitución en la partida de nacimiento con el nombre impuesto por ellos -los adoptantes-. Entre otros aportes, señala que los compendios de jurisprudencia muestran cómo los adoptantes litigan en pos de sustituir aquel nombre dado por *"otros"*, por el que ellos eligieron para *"su"* hijo, y desde la clínica, señala que los adoptivos intuyen y conocen de ese *"otro"* nombre que fue el primer acto de habla que se le dirigió y por el cual se lo constituyó y alrededor del cual se desplegará todo aquello que lo singulariza.

En el ámbito jurídico, D'Antonio afirmaba que la norma del artículo 13 de la ley 18.248(35) *"es violatoria del derecho a la identidad del menor"*(36), Gutiérrez y Braña sostuvieron que *"...seis años es una edad avanzada en la vida de un niño para proceder a un cambio tan significativo, que hace a su identidad personal, sobre todo cuando se lo ha llamado por el mismo desde su nacimiento y no posee ningún apodo o sobrenombre"*(37). A lo que cabe agregar que en la actualidad, donde la socialización del niño es más temprana mediante el acceso a jardines maternos o al sistema

preescolar al ser visto como una política pública tendiente al fortalecimiento de los derechos o como modo de preservar al niño o niña de un entorno no contenedor ni de cuidado, el reconocimiento del nombre es una cuestión relevante en términos de identidad, no apareciendo como un problema jurídico la edad límite para la sustitución, sino la posibilidad del reemplazo en ocasión de la adopción. Un poco más profunda fue la reflexión de Bísvaro al decir que *"...El respeto que éste merece como ser humano hace necesario bregar para que un niño que ha sido identificado por un nombre tenga derecho a que se le respete y o es que quedan dudas del sufrimiento que puede padecer un niño de 4 años, que ha sido llamado de una manera y a partir del momento en que es adoptado, se le cambia el nombre con el cual es reconocido y se reconoce a sí mismo?"*(38) Stilerman y Seplarsky parten de la afirmación de que *"El nombre constituye uno de los atributos indeclinables de la personalidad y, como dato de identidad del ser humano, debería permanecer invariable a todo lo largo de su vida"* para agregar más adelante: *"La posibilidad de cambiar el nombre de pila de quien se adopta es relativamente restringida [...] Entendemos que la edad hasta la cual es admisible el cambio de nombre resulta elevada, siendo conveniente su reducción al primer año de vida, sin perjuicio de la adición o sustitución del segundo o tercer nombre, destacando que el nombre que se debe conservar es aquel por el cual el niño es conocido y con el que se identifica"*(39). Señalan también las autoras que, dada la posibilidad de que el nombre del hijo adoptivo coincida con el de algún otro hijo del adoptante, deberá necesariamente tener que adicionarse un nombre de pila, en este caso, en primer lugar, y conservar el originario como segundo prenombre (dificultad que puede aparecer en función de lo dispuesto por el art. 63.c).

Arias de Ronchietto sostiene que mientras un menor de edad no sea inscripto en el Registro Civil y se le dé un nombre, si fuera después adoptado, los adoptantes podrían elegir su nombre de pila. Al respecto expresó: *"considero que si el bebé es dado en guarda preadoptiva judicialmente, al poco tiempo de nacer para la declaración en estado de adoptabilidad y para confiarlo en guarda preadoptiva, es suficiente su individualización con el apellido materno y el número y registro plantares de la*

planilla de nacimiento. El nombre de pila del menor debe ser elegido por sus guardadores preadoptivos; e informado al tribunal..."(40)

A tenor de esas afirmaciones que se insertan en el derecho a la identidad y el respeto por la realidad del origen de la persona es que se introduce como principio la conservación del nombre por el que fue designado el niño o niña al nacer. En este punto, entonces, frente a la tensión entre la autonomía personal y el orden público, y pese al mayor ingreso de la primera en el campo de las relaciones familiares, razones vinculadas con intereses sociales hacen que la permanencia del prenombre continúe siendo la regla, o el principio a controvertir fundadamente. Lo que equivale a sostener que estabilidad no implica inmutabilidad, pero también que la biografía y el nombre que están estampados en la identidad personal deben ser defendidos.

El principio establecido acerca del deber de respeto del nombre de pila del adoptado es extensivo para los tres tipos adoptivos.

Para revertido, deberán darse circunstancias excepcionales, previstas en el artículo 63 de este mismo compendio legal. Así, se requerirá que la sustitución o la adición sea solicitada por quienes son parte: pretensos adoptantes y pretensos adoptados, y deberán invocarse motivos de importancia, no siendo suficiente la mera referencia al gusto personal por un prenombre distinto; igualmente, la solicitud requerirá de prueba que la respalde. Un ejemplo de ello sería que se haya declarado la situación de adaptabilidad por abandono en la vía pública o en el centro de salud de manera inmediata al parto, debiendo serle impuesto un nombre por el personal que lo asistió. En tal caso, el fundamento por el cual se establece el principio de estabilidad del nombre de origen no tendría tanto peso. Se contempla también la posibilidad de que el niño sea reconocido y se identifique en su medio con un prenombre distinto al registrado, supuesto éste que puede tener relación con vínculos de parentesco previo entre el niño y sus adoptantes, por los cuales se lo denominaba bajo el prenombre que invocan en la adopción; o bien tratarse de un bebé o

un niño de poca edad, donde se le eligió un prenombre distinto al original durante la guarda para adopción, y así es reconocido.

La redacción de la norma, que con sentido imperativo indica: "*el prenombre del adoptado debe ser respetado*", contiene, sin embargo, la posibilidad de su modificación por parte del juez de la adopción. Admite, en consecuencia, y asumiendo una mirada más flexible respecto de la adición o agregación de otro nombre de pila que con relación a la sustitución, la posibilidad de requerir la incorporación de alguno elegido por los adoptantes o por los adoptantes y el niño, si tiene madurez suficiente, si con él se sintiese identificado.

Reviste particular importancia, entonces, y como ya lo hemos sostenido, el trabajo que se realice tanto durante la admisión de los pretendidos adoptantes a los registros cuanto el que se lleve a cabo al momento de la selección de la familia que albergará al niño de que se trate, y cabe considerar, dentro de las cuestiones morales que se analizan, su posición frente a la historia y la biografía de aquel a quien criarán. Por eso, ésta deberá ser una de las cuestiones a tener en cuenta para el momento de efectuar la selección de la familia en la que se albergará al menor de edad declarado en situación de adoptabilidad, siendo que el respeto por la identidad, y todas sus implicancias, tiende a asegurar el éxito del emplazamiento adoptivo.

Lo que debe destacarse porque guarda coherencia con la afirmación de que la adopción es una institución destinada al acceso a vivir en familia de los niños que no cuentan con ese derecho, cubierto es que el tema del nombre de pila del hijo adoptivo ya no se relaciona con el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los pretendidos padres adoptivos, sino que responde a razones de orden público regladas para resguardar el derecho a la identidad del sujeto principal: el niño o niña. Una consideración primordial, entonces, deberá ser el ejercicio del derecho a ser oído y la consideración de su opinión. Esta circunstancia, además, es mandada por el Código en los artículos 595, 607.b, y 707, y ello con total independencia de la edad y del

consentimiento que pudiese serle requerido en función del artículo 595.f, y 617.d.

Referencias Bibliográficas

- (1) Se produjo la derogación de la ley 18.248, incorporándose en el Libro Primero (Parte general), Título I (Persona humana), Capítulo 4 (Nombre) del Código Civil y Comercial disposiciones similares, aunque con algunas alteraciones significativas. Según se indica en los Fundamentos, el nombre de las personas físicas se mantiene como una denominación compuesta por prenombre y apellido, con ajustes en función de *"principios constitucionales que priorizan el derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad [...] respecto del apellido, que indica la pertenencia de la persona a un grupo familiar, se proyectan cambios importantes, receptándose modernas tendencias en materia de apellido de familia [...] en relación al apellido de los hijos desaparece la desigualdad consagrada por la ley 26.618 ya que [...] los integrantes de un matrimonio, sea éste heterosexual u homosexual podrán optar -entre varias posibilidades- con qué apellido inscribir a sus hijos: ambos progenitores deciden si anotarlos con el primer apellido materno, el primer apellido paterno o con los dos en el orden que prefieran"*.
- (2) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 22.
- (3) PLINER, Adolfo, El nombre de las personas, 2ª ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1989, ps. 50/55.
- (4) MOLINA DE JUAN, Mariel, El nombre y la filiación. Dos facetas de la identidad que requieren tutela jurídica diferenciada, nota a fallo, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina Jurisprudencia, 2008-1-98, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (5) CCCom. de Mar del Plata, sala III, 19-2-2013, "S., M. C.", expte. 152795, Abeledo-Perrot Online, AP/JUR/47/2013. En la primera instancia se había rechazado el requerimiento de inscripción de nacimiento fuera de término de una persona mayor de edad, ante la comprobación de la ausencia de nexo biológico filial con quienes no eran sus progenitores, sino sus abuelos, y la no acreditación de la filiación biológica. Se trataba de una persona nacida en el año 1973,

que había transcurrido casi 40 años de vida indocumentada, y peticionaba se ordenara la inscripción de su nacimiento para obtener el DNI, para lo cual requería se disponga lo fuera con el nombre que fue reconocida desde siempre. Alegaba que el rechazo de su petición le impedía acceder a los servicios de salud, educación, trabajo, a una vivienda digna e inclusive a trasladarse libremente o ejercer sus derechos electorales. Luego de reconocer la trascendencia que reviste el nombre de las personas como un derecho personalísimo, como así también la importancia de poseer un documento de identidad, señaló la Cámara que esos extremos habilitan a que, por parte del órgano jurisdiccional, se realice un esfuerzo adicional que implique despojar al "procedimiento" de todos los obstáculos formales que lo tipifican en pos de la búsqueda de soluciones útiles, superadoras, y, fundamentalmente, adecuadas para dar una verdadera solución al problema planteado.

(6) PLINER, El nombre de las personas cit., p. 51; CNCiv., sala G, "Z., C. L.", J. A. 2001 -III-704.

(7) CARMINATI, Adriana, Adoptando el hábito de escuchar, comentario al fallo de la SCJBA, "A., C.", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2010-III-113, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, septiembre/octubre de 2010.

(8) HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit.

(9) Comprendiendo prenombre y apellido.

(10) Una antigua jurisprudencia había admitido que se continúe utilizando el apellido con que se es públicamente conocido aunque luego se demostrara que no correspondía al vínculo biológico (conf. Fallo "T., D. E. c/R., D. Q.", L. L. 203-C-299/307).

(11) FAMÁ, María V., El peso de la identidad en los procesos filiatorios, en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2006-36-272 y ss., Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

(12) Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2012-V-177, Jurisprudencia anotada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, con nota de Sebastián Monjo.

(13) Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2011-IV-155, Jurisprudencia anotada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, con nota de Carlos Goggi.

(14) Trib. Coleg. Fam. 7º Nom. De Rosario, 5-10-2012, "*C.L. s/Reconocimiento de sentencia*", MJ-JU-M-78279-AR, MJJ78279.

(15) La niña había sido entregada en la Provincia de Misiones por su madre biológica, y el padre reclamó sus derechos desde que tuvo conocimiento del nacimiento con vida, debiendo a esos fines trasladarse a la Patagonia, donde residían los guardadores, quienes habían obtenido la guarda para adopción en Misiones, y la adopción simple en primera y segunda instancia en Chubut. El máximo organismo provincial revocó aquella adopción, dispuso la continuidad de la guarda sin connotación adoptiva, y en un juicio conexo ordenó garantizar al padre un régimen comunicacional. En ese trámite fue requerida la conservación del nombre de origen, que había sido modificado con la sentencia de primera instancia, sustituyéndose el nombre de F. M. E. (originariamente F. V., por no contar con reconocimiento paterno) por el de M. B. (prenombre elegido por los guardadores, y apellido de ellos). Tal sustitución había sido advertida por el STJ de Chubut, señalando que los guardadores habían violado el derecho a la identidad de la nena, apresurándose a cambiarle su nombre. De ello da cuenta el expte. 267-103-00-E caratulado "*E., M. H. s/sumario (Régimen de comunicación)*", sent. del 24-5-2007.

(16) Trib.Coleg.Fam. N° 5 de Rosario, 25-2-2011, "*K. S. y otro s/Modificación uso de nombre*", expte. 2285/09, elDial - AA6905. Si bien en este caso, en particular, se dispuso la supresión del apellido paterno del progenitor de un niño que había sido privado del ejercicio de la responsabilidad parental, con cita doctrinal se expuso que "*El apellido es la [...] designación común de los miembros de una familia, y cada individuo lleva el que le corresponde en razón de su integración en el grupo que se distingue por ese apelativo [...] el apellido designa a la vez al grupo y cada uno de sus integrantes, aunque por sí solo individualiza únicamente al primero, y tiene así el carácter de un nombre colectivo; pero cada uno de sus miembros se diferencia de los demás por el prenombre, de modo que unidos los dos elementos constituyen el complejo onomástico que suministra la información determinativa de un grupo y de un individuo dentro de él. Al portarlo completo, su titular lleva el sello distintivo*

que aísla y perfila su personalidad dentro de la comunidad social en que vive..." (PLINER, Adolfo, *EL nombre de las personas*, 2° ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 32). Para finalmente acceder al pedido materno con fundamento en que "...es insoslayable tener en cuenta que el grupo familiar, en el cual creció este niño -como tantos otros- no están cristalizados en la familia nuclear patriarcal, sino en el de su madre y su familia que comparten una religión en común- y con la cual el niño se sienta plenamente identificado- sino que ellos asumieron la responsabilidad exclusiva de la crianza ante el desentendimiento paterno de sus responsabilidades..."

(17) TOIA, Leonardo y CASELLA, Ayelén, *La prohibición de elegir nombres extranjeros a la luz de la Convención Americana, de Derechos Humanos*, en *elDial.com*, Doctrina, del 23-8-2005, Año VIII, N° 1854.

(18) Para ampliar: HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., ps. 291/295.

(19) LOPEZ MESA, Marcelo, *Código Civil y leyes complementarias, anotados con jurisprudencia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, t. V, ps. 388/389.

(20) Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 1386 (XIV) del 20-11-59.

(21) Aprobada por ley 23.054, B. O. del 27-3-84, constitucionalizada en 1994, art. 75.22, CN.

(22) Aprobado por nuestro país por ley 23.313, B. O. del 13-5-86, incorporado al art. 75.22, CN en 1994.

(23) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85 del 3-12-86.

(24) Aprobada por ley 23.849, B. O. del 22-10-90, posteriormente constitucionalizada, art. 75.22, CN.

(25) El 28-8-2002 la Corte IDH emitió -en ejercicio de su función consultiva prevista por el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, por pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Opinión Consultiva N° 17 sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño". La importancia de este instrumento reposa en que por primera vez, en ejercicio de su función consultiva, la Corte reconoció al niño como sujeto de derecho. En

palabras del voto concurrente del juez Cançado Trindade: "*..la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño 'como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección' (párr. 28)*". Pero, además, en el párrafo 54 estableció que "Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño [...] los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos -menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado".

(26) El Código Civil de Vélez Sársfield sólo mencionó el nombre de las personas en los arts. 79, 334, 989, 1004, 1012 y 3363, sin sistematizarlo como instituto jurídico, por lo que se rigió por usos y costumbres; más adelante algunas leyes provinciales de funcionamiento de Registros Civiles se ocuparon del tema, pero únicamente para establecer pautas restrictivas en la elección de los prenombrados. Además del decreto-ley 11.609/43, el decreto-ley 8204/63 se encargó de dicha regulación parcial.

(27) HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit., Cap. VI, El nombre del adoptado, 5. El derecho al nombre en la adopción, y 5.2. El nombre de pila del adoptado, ps. 337 a 368.

(28) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Derechos Humanos y Derecho de Familia, en ARNAUD, André Jean y otros, Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de La familia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 60; MINYERSKY, Nelly, Derecho de Familia y aplicación de las convenciones internacionales sobre niños y mujeres, en FAUR, Eleonor y LAMAS, Alicia (comps.) Derechos universales. Realidades particulares, Unicef, Buenos Aires, 2003, ps. 98 y 99, citados por GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, Derecho Constitucional de Familia cit., t. I, nota 7.

(29) Art. 431: "*Modificación del nombre. El juez que conoce de la adopción puede acordar, a solicitud del adoptante, la modificación del nombre propio del niño o adolescente adoptado. Cuando el adoptado tiene doce años o más debe dar su consentimiento y, si tiene menos de esa edad, debe ser oído*".

- (30) Art. 1º: *"Sustitúyense los numerales 9) y 10) del artículo 27 de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004 (Código de la Niñez y la Adolescencia)"*.
- (31) Para ampliar respecto del punto, ver HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit., ps. 355/359.
- (32) CCiv. de Neuquén , sala II, 10-4-2008, "V. M. J. s/Adopción", expte. 27823/6, Microjuris Online, MJ-JU-M-21360-AR, MJJ21360, admitió el pedido de los adoptantes que había sido denegado en la primera instancia, y para ello sostuvo: *"Si bien el art. 15 de la ley 18.248 sólo autoriza el cambio de nombre cuando mediaren justos motivos para ello, estimo que tal disposición debe ser interpretada en orden a las circunstancias y situación específica que importa el régimen de adopción y en tal sentido, entiendo que los justos motivos se encuentran totalmente acreditados teniendo en cuenta que los padres adoptivos a fs. 37 vuelta, 1er y 2º párrs. han manifestado que desde el primer momento la menor fue llamada 'J.', reconociéndose a sí misma y siendo identificada así por familiares Y amigos"*.
- (33) Trib.Fam. de Formosa, 16-4-99, "D.A., B. J.", L. L. Litoral 1999-575.
- (34) GIBERTI, Eva, Adopción siglo XX I. Leyes y deseos, Sudamericana, Buenos Aires, 2010.
- (35) El artículo 13 establecía: *"Cuando se adoptare a un menor de seis años, los adoptantes podrán pedir el cambio del nombre de pila o la adición de otro. Si fuere de más edad, se le podrá agregar otro nombre después del que anteriormente tenía el adoptado, con la limitación del artículo 3º, inciso 5º"*.
- (36) D'ANTONIO, Daniel H., Régimen legal de la adopción. Ley 24.779, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 168.
- (37) GUTIÉRREZ, Delia M. y BRAÑA, María C., Ley de adopción: necesidad de su reforma, en J. A. 1999-V-873.
- (38) BÍSCARO, Beatriz, Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción, en J. A. 1998-III-993.
- (39) STILERMAN, Marta N. y SEPLIARSKY, Silvia E., Adopción. Integración familiar, Universidad Buenos Aires, 1999, ps. 171 y 185.
- (40) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., La adopción, Abeledo-Perrot Buenos Aires, 1997.

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 624

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. [Consultado el: 07/12/2021]

SECCIÓN 2ª

Adopción plena

Art. 624 Irrevocabilidad. Otros efectos. La adopción plena es irrevocable. La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.

1. La irrevocabilidad de la adopción plena

1.1. Consideraciones preliminar

Es un principio de tradicional arraigo en nuestro Derecho ha sido el de la irrevocabilidad de la adopción plena, como puede verse a partir de los textos de los artículo 18 de la ley 19.134 y 323 del Código derogado, según texto introducido por la ley 24.779, punto éste que constituía una de las diferencia con la adopción imple. El fundamento de estas disposiciones recalaba en la sustitución familiar que se producía en el caso de la filiación adoptiva plena, reemplazándose todo vínculo de origen por el nacido con los adoptantes y su familia a partir de la sentencia.

Tanta era su incidencia que incluso la norma que se refería al tipo adoptivo (art. 323 citado) comenzaba con ese efecto como integrando la definición, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, en que se establece: "*Artículo 620: Concepto. La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo*".

Es decir, el vínculo que nace con el emplazamiento adoptivo pleno tiene el mismo grado de inamovilidad que antes, pero con mejor técnica legislativa. Este efecto ha sido regulado por fuera de la definición establecida en el artículo 620 por dos razones: a) no es lo que conceptualiza a la adopción plena, pese a ser una característica que la distingue de los otros dos tipos adoptivos, y b) el derecho a la identidad del adoptado, que incluye el acceso a la información y completitud de su origen genético, es ahora admitido como acción autónoma por el ordenamiento jurídico.

Subyace otra razón para mantener la irrevocabilidad de la adopción plena, y radica en que, esencialmente, si este emplazamiento coloca al hijo en la familia en idéntico estatus que otros hijos (sin importar el origen de las filiaciones), y le extingue los vínculos con los parientes de origen a la par que le confiere todos los derechos en la adoptiva, admitir la revocación importaría desplazarlo de un estado filial sin emplazarlo o restituirlo en otro, lo que equivaldría a dejarlo sin filiación alguna. Y en el aspecto jurídico, sin derechos alimentarios, sucesorios ni personales de ninguna índole.

Aquella primigenia postura legal, como se viene sosteniendo a lo largo de los comentarios del articulado introducido en la reforma, ha variado en función de los principios de Derecho Constitucional-Internacional que sustentan el instituto. De manera especial, ha sido el respeto a la identidad el motor de cambio de las normas, en tanto derecho de raigambre constitucional (conf. arts. 8° de la CDN y 75, inc. 22, CN) y bajo ese paradigma, a diferencia de las previsiones

legales anteriores, actualmente se reconoce a la persona adoptada el derecho a una acción autónoma para conocer los orígenes, en la forma y bajo los recaudos concedidos por el artículo 596.

Cabe preguntarse, entonces, si un sistema que se precie de coherente puede admitir que el hijo adoptivo, a partir de que cuente con edad y madurez suficiente, tenga legitimación para acceder al conocimiento de su historia y biografía "*preadopción*", y no le sea permitido, eventualmente, contar con la posibilidad de integrar los elementos faltantes como el emplazamiento biológico de quienes fueron sus progenitores por naturaleza. La respuesta es de un peso específico autosuficiente, y, sin dudar, no cabría admitir esa posibilidad.

La disposición que se comenta conjuga así dos cuestiones conectadas esencialmente: la irrevocabilidad de la adopción plena y la prohibición de acción de filiación o reconocimiento posterior al emplazamiento adoptivo prevista en el anterior régimen, artículo 327. Recordemos que en el marco de dicha norma se entendió que ella confería a la persona una acción para conocer sus antecedentes genéticos de manera autónoma a la filiación, y con el objeto de comprobar la existencia o inexistencia de impedimentos matrimoniales, negando la posibilidad de reconocimiento por aquel a quien se le atribuía la maternidad o paternidad. Actualmente, aquella prohibición de acción de filiación o reconocimiento debe ser leída a la luz de ciertas permisiones que concede el nuevo régimen legal, ya que, amén de los impedimento matrimoniales que también establecía el Código anterior, se reconoce de manera expresa la acción autónoma a fin de conocer los orígenes (art. 596) y siempre en beneficio del hijo adoptivo el dejar a salvo de su familia de origen los derechos alimentario y sucesorio, todo ello sin mengua del vínculo adoptivo.

1.2. La postura del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998. El porqué del abandono de ese criterio

A diferencia de la decisión legislativa que se comenta, el artículo 660 del Proyecto de 1998 establecía la posibilidad de revocación en todas las adopciones, y, en la plena, era admitida a instancias del mayor de edad o emancipado, por los mismos fundamentos en los que procedía la privación de la responsabilidad parental. El texto de la norma era el siguiente: *"La adopción plena puede ser revocada por sentencia judicial, a instancia del adoptado capaz, por las causales que autorizan la privación de la patria potestad"*.

En la actualidad, en cambio, la adopción plena es siempre irrevocable, procediendo durante la minoría de edad la posibilidad de la privación de la responsabilidad parental en los términos del artículo 700 o la suspensión de su ejercicio en los casos del artículo 702, acciones que podrán ejercer los hijos nacidos por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o adoptados en forma plena. Es inadmisibles en todo tiempo una vez adquirida la mayoría de edad o si el hijo adoptivo se emancipó.

El motivo de la diferencia de criterio legislativo reposa en la igualdad de oportunidad y de trato respecto de situaciones juzgadas idénticas. Y es que al establecerse en la legislación que la filiación tiene tres fuentes -la naturaleza, el uso de las técnicas de la reproducción asistida y la adopción-, confiriéndoles los mismos efectos según este Código (art. 558), no es posible sostener la revocabilidad de una sola de ellas sin incurrir en discriminación de los hijos adoptivos plenos, a quienes la misma ley ha colocado en situación idéntica a los emplazados conforme las otras fuentes filiales. El supuesto difiere de la adopción simple, en la cual la revocación es contemplada, justamente porque el efecto del emplazamiento adoptivo no produce sustitución ni reemplazo alguno, ya que con ese tipo adoptivo principalmente se amplían los vínculos, sin reemplazar ni aniquilarlos respecto de la familia de origen.

En el Proyecto de reforma de 1998, la subsistencia de derechos sucesorios y alimentarios respecto de la familia de origen lo era siempre, es decir, toda adopción plena mantenía estos derechos, en cambio, en el régimen actual, la adopción plena hace extinguir todo efecto jurídico con la familia de origen pero, si es en beneficio del adoptado, ambos derechos pueden ser mantenidos. La diferencia entre la reforma de 1998 y la actual es clara y responde al reiterado principio de realidad. ¿Acaso el derecho alimentario como el sucesorio no suelen ser derechos que la familia de origen no puede solventar o cubrir?

1.3. Adopción de integración conferida en el tipo pleno. Revocación

A tono con el razonamiento seguido respecto de que la revocación de la adopción plena colocaría a los hijos adoptivos en desigualdad respecto de los nacidos por naturaleza o técnicas reproductivas -que carecen de posibilidad de accionar requiriendo la revocación del vínculo filial- y, además, aniquilaría todo vínculo dejándolos sin emplazamiento alguno, la adopción de integración, por basarse en supuestos fácticos muy diferentes, puede ser revocada.

El artículo 633 establece respecto de este tercer tipo adoptivo que resulta posible su revocación -sin efectuar ningún tipo de distinción entre plena y simple- "*por las mismas causales previstas para la adopción simple*". Se advierte aquí una excepción a la irrevocabilidad de la adopción conferida bajo la modalidad plena. El fundamento de esta decisión reposa en que, por definición, el hijo adoptivo se integra jurídicamente a la familia del cónyuge o conviviente de su propio progenitor, es decir, es emplazado formalmente en una familia que ya le proveía la satisfacción de sus derechos de manera satisfactoria; podría suceder que esa situación no se mantenga y la relación deje de ser beneficiosa para el adoptado o resultado de una voluntad conjunta entre adoptado y adoptante se pretenda la extinción del vínculo. Ello no alteraría la subsistencia del vínculo de origen que el adoptado tenía en forma previa a la adopción de integración, de modo que el

fundamento que sostiene el mantenimiento de la irrevocabilidad de la adopción plena no se da en la de integración plena, y eso torna procedente su revocabilidad.

II. Acción de filiación o reconocimiento posterior

2.1. Consideración preliminar

En este punto se produce otra innovación en el sistema, puesto que en los textos vigentes con anterioridad estaban expresamente prohibidos tanto la acción de emplazamiento del hijo o hija como el reconocimiento del progenitor, confiriéndole únicamente una acción destinada a la comprobación de los vínculos para hacer valer los impedimentos matrimoniales. En la normativa actual, se prescinde de la prohibición que contenía el artículo 327 del Código derogado (conf. ley 24.779), en cuanto disponía: *"Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323"*.

Voces doctrinarias alertaban acerca del conffronte entre el derecho a la identidad y la prohibición legal contenida en esa norma, postulando la modificación pertinente. Esas reflexiones llevaron a los autores a postular la posibilidad de dar cabida al reconocimiento de la realidad biológica sin afectar la filiación nacida a partir de la adopción plena. Capella señalaba: *"Autores como D'Antonio, Méndez Costa, Levy y Mizrabi, manifiestan que la adopción plena colisiona con el derecho a la identidad [...] En razón de ello, proponen una interpretación derogatoria de la norma que toma viable tanto el reconocimiento espontáneo como la acción de filiación —que la ley hoy prohíbe— al solo efecto que se declare la maternidad o paternidad, sin que la declaración afecte el mantenimiento del vínculo adoptivo."*(1)

Haciéndose eco de ello, particularmente porque la disposición legal que impedía al hijo impulsar el emplazamiento o al progenitor el reconocimiento importaba denegarle el acceso al conocimiento de una

realidad genética que podía serle develada sin mengua alguna para los derechos derivados de la adopción plena, en este punto se siguió la propuesta del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, que en su artículo 658, último párrafo, disponía. *"Después de concedida la adopción plena, se admite el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación contra éstos, con las consecuencias legales en materia de impedimentos matrimoniales, derechos alimentarios y sucesorio del adoptado, sin modificar ninguno de los efectos de la adopción"*. Sin embargo, si bien ése fue el antecedente, existe una diferencia de importancia con la legislación actual, básicamente porque la norma sancionada restringe la posibilidad de acceso a derechos sucesorios o alimentarios para aquel que carecía de emplazamiento filial previo a la adopción plena. El proyecto de 1998, en cambio, lo admitía sin cortapisas en todos los supuestos en que se había conferido la adopción plena.

Con independencia de que la adopción sea conferida en modalidad plena, y aun resaltando el mantenimiento absoluto del vínculo creado por la sentencia que la otorga, el adoptado conserva el derecho para interponer acciones de filiación tendientes a determinar su origen biológico respecto de determinadas personas, y también a ser reconocido por ella/s. Como consecuencia de esas acciones, eventualmente, nacerán derechos sucesorios y alimentarios a su favor.

Esta porción de la norma está pensada para el excepcional caso en que la filiación no pudo ser conocida al momento de la declaración de estado de adoptabilidad, cualquiera haya sido la circunstancia que provocó esa imposibilidad, y con posterioridad al otorgamiento de la adopción plena, el o la progenitora, o ambos, fueran identificados.

2.2. Efectos de la filiación o reconocimiento posteriores

El precepto es claro en cuanto a que la adopción plena otorgada de conformidad con la ley resulta inmodificable, no obstante

ello, se recepta una acción que permite determinar la verdad biológica del hijo. La razón de ser de este artículo parte de un presupuesto fáctico determinado: la ausencia del emplazamiento: la ausencia del emplazamiento filial anterior, y con la finalidad de mejorar el posicionamiento del hijo en lo personal y en lo patrimonial. Consecuencia de ello es que se contemplan expresamente sólo dos efectos: adquisición de derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, no reconociéndose el carácter recíproco para el progenitor.

Deberemos recordar que todo vínculo que resulte positivo y saludable para la persona adoptada plenamente queda resguardado a partir de las facultades judiciales previstas en el artículo 621, que permiten la morigeración de los efectos extintivos respecto de la familia de origen y el consecuente mantenimiento de vínculo relevantes. También que la legislación tiene garantizado el acceso al origen a partir de la acción autónoma prevista en el artículo 596. Por esa razón es que los efectos que se contemplan en este precepto normativo se limitan a cuestiones patrimoniales, y son consecuencia de la ausencia en la determinación del progenitor, que aparece en la vida del adoptado en forma posterior al emplazamiento adoptivo.

Los impedimentos matrimoniales, a diferencia de lo que ocurre con esos efectos en los alimentos y los derechos sucesorios que solo se reconocen como plus para el adoptado, subsisten para el progenitor biológico y el hijo adoptado plenamente, y por cuestiones metodológicas se contemplan en la normativa general, artículo 620 de este Código.

III. Reconocimiento y trámite de adopción simultáneos

Si se diese el caso de que alguno de los progenitores que no estaba emplazado en estado filial con el niño o niña cuya adopción se está tramitando procediese a su reconocimiento antes del dictado de la sentencia que emplaza, ello no resultará un obstáculo para el otorgamiento de la adopción, si esa decisión importa la satisfacción del interés superior del niño. Para determinar si es conveniente a la

protección más acabada y amplia de sus derechos conferir la adopción, o, en su caso, revocar la guarda para adopción y permitir al reconociente tardío el ejercicio pleno de los derechos derivados de la responsabilidad parental, deberá estarse a las cuestiones de hecho y prueba con que se cuente. Varias son las posibilidades que se le presentan al magistrado conforme hayan sido los antecedentes que derivaron en la situación planteada. Podrá disponer el cese de la guarda para adopción y el inicio de la vinculación entre la persona menor de edad y el reconociente, con régimen comunicacional con el niño o niña; la continuidad del trámite de adopción y el emplazamiento como hijo adoptivo pleno con mantenimiento de vínculo con el reconociente (art. 621) o la continuidad del trámite y el otorgamiento de la adopción, pero en su forma simple.

Nuevamente, uno de los ingredientes de enorme peso específico en la decisión será el factor tiempo, no sólo el de la guarda desarrollada por los pretensos adoptantes en función de los vínculos generados durante su transcurso, sino también el discurrido entre el nacimiento y el momento en que el reconocimiento se hizo. En similar medida, habrá que ponderar los factores que lo obstaculizaron, analizados a la luz de lo que establece el artículo 607, las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de adoptabilidad, y en especial si en verdad se debieron tener por agotadas todas las acciones posibles para dar con el paradero del reconociente, o existen hechos que funcionen como causal de justificación del no reconocimiento.

Es necesario que el reconocimiento sea comunicado al juez de la adopción, y, de cumplirse con ello, los adoptantes y el propio niño, si tuviese edad y madurez apropiadas, podrán impugnar el mismo y requerir la realización de la prueba genética pertinente, sin perjuicio de que el juez también pueda ordenarla, en función de las amplias facultades que le concede la ley, en especial el principio de tutela judicial efectiva, y la regla de la oficiosidad (arts. 706, 709 y 710), siempre considerando que lo que se halla en danza es el derecho a la identidad. Amén de que el derecho a la intimidad es una zona de

reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, dentro de la cual podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado por parte de terceros, tanto como realizar conductas autorreferentes que caigan bajo ese conocimiento público, el despliegue en libertad de las mismas está ligado a que se exterioricen sin compromiso para terceros. Las conductas autorreferenciales pueden crear vínculos con los otros, haciendo nacer relaciones interfamiliares (ámbito privado) y relaciones que se proyectan desde la familia hacia terceros, sean éstos particulares o el Estado, de allí la importancia de la tutela judicial efectiva cuando no exista certeza sobre la verdad biológica. De plantearse el supuesto de reconocimiento previo a la sentencia de adopción, cobra relevancia la consideración de Krasnow al sostener: *"cuando la vida transcurre acompañada de la incertidumbre acerca de la verdad de origen, resulta debilitada la realización social de la persona"*(2), pues la idea de entender a la identidad como un camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte nos permite admitir que el primer eslabón de esta cadena lo constituye la verdad biológica, punto de singular importancia en el desarrollo personal ulterior de cualquier ser humano.

Existiendo esta posibilidad de efectuar un reconocimiento durante el tiempo que irroga un trámite adoptivo, y más allá de los cuestionamientos que ha tenido el artículo 78 de la ley 26.413, en cuanto pretende hacer depender de la esfera administrativa el dictado de una sentencia de mérito, y de la escasa o nula aplicabilidad que esta norma ha tenido, lo cierto es que en las adopciones deviene ineludible su implementación, justamente porque confiere una ocasión para tomar noticia del reconocimiento, si éste no hubiese sido anoticiado al juzgado competente en la adopción.

Referencias Bibliográficas

- (1) CAPELLA, Lorena S., Adopción y derecho a la identidad personal, en Filiación adoptiva, dir. por Darío L. Cúneo y Clayde U. Hemández, Juris, Rosario, 2006, p. 101.
- (2) KRASNOW, Adriana, El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo, disponible en <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/KRASNOW.HTM#-Toc183419204> (compulsada el 16-5-2013).

Tratado de Derecho de Famiia. Comentario al art. 625

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N. *Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014* (T.III, arts. 594 -637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. [Consultado el: 16/12/2021]

Art. 625 Pautas para el otorgamiento de la adopción plena. La adopción se debe otorgar, preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida.

También puede otorgarse la adopción plena en los siguientes supuestos:

- a) cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad;
- b) cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental;
- c) cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

1. Pautas de la norma. Introducción.

Puede afirmarse, como dijimos al comienzo de este capítulo, que la adopción como institución regulada por el Derecho nació y se desarrolló para cubrir las necesidades de los adultos. Desde la antigua Roma, en que -para asegurar la continuidad del culto de los antepasados- se apelaba a la incorporación de personas sin vínculo biológico con el *pater familie*, hasta la época más modernas, en que las

parejas recurrieron a ella para satisfacer la pauta cultural de reproducción de la especie y "completar" la familia.

A aquella primera etapa, Arias de Ronchietto la denomina la indigencia -peculiarmente humana- de la minoridad, y aun de la adolescencia cuando carece de la protección indicada por la naturaleza. Señala esta autora que el tránsito de la infancia por la Edad Media estuvo signado por la pérdida de prestigio e interés en el instituto, y la no consideración de la infancia en abandono, por lo cual la adopción no constituía ya una realidad social(1). Es a partir de los conflictos bélicos (guerra mundial) o catástrofes naturales en que aparecen los niños y niñas vistos como aquellos que sufren la pérdida de sus adultos cuidadores, y reclaman la satisfacción de sus derechos, pero sin el grado de protagonismo que han cobrado en las últimas décadas. Esa mirada puesta ahora no en el adulto, sino en la infancia, no impidió que subsistiera, y aún permanezca en el imaginario colectivo, la idea de que la adopción es la figura jurídica que permite satisfacer la falta que genera la imposibilidad de tener hijos biológicos.

En paralelo, la familia, como institución vista desde un modelo monocorde y estructurado jerárquicamente, también es atravesada por cambios profundos. Como reseña Krasnow: "*Hacia mediados del siglo XIX comenzaron a sentirse los efectos negativos del sistema jerárquico familiar y con ello se inicia lentamente un proceso que apunta a reconstruir la familia como el lugar donde se desarrolla la persona para luego vincularse e incluirse en la sociedad. De esta forma, cuando ingresamos a la segunda mitad del siglo XX dejamos atrás una concepción de la familia occidental de carácter vertical. Observamos que desaparecen las reglas rígidas y uniformes para dar paso a un sistema más abierto y libre, el cual prescinde del poder para rescatar otros valores como el amor, la cooperación, la solidaridad, la seguridad, la utilidad. Este nuevo modelo de familia abre las puertas a la autonomía personal, en tanto todo sujeto tiene libertad de decisión*"(2), lo que nos induce a considerar, bajo las imperativas reglas que emanan de los tratados de derechos humanos que nuestro Estado se comprometió a cumplir, que resulta necesario que como sociedad civilizada admitamos la tolerancia por lo diferente, propendiendo a una mayor inclusión de

todas las posibilidades de proyecto de vida que se encaren, siempre y cuando no interfieran en derechos ajenos.

Esta idea, trasladada al ámbito de la adopción, nos hace reflexionar del siguiente modo: Para que en el ámbito social se produzca un cambio genuino de paradigma, donde quien revista importancia sea la persona vulnerable, abandonando la idea de que pueda existir un "*derecho al hijo*" por parte de los adultos que no han querido o podido procrearlo biológicamente, las normas legales que puedan regular el instituto desde ese posicionamiento de derechos humanos constituyen un inapreciable elemento para el verdadero cambio social. Es en ese sentido que la existencia de una definición de la adopción en general, y de cada tipo en particular, que se incorporó como novedad legislativa, constituye un elemento de fuerte impacto para ese cometido. Aseveración a la que podemos sumar la consideración que realizaron los autores del Anteproyecto, que en el Título VI del Libro Segundo de los Fundamentos que motivaron la propuesta legislativa que dio lugar a este Código expresaron: "*El legislador debe a los niños sin cuidados parentales una normativa actualizada, ágil y eficaz, dirigida a garantizar su derecho a vivir en el seno de una familia adoptiva en el caso de no poder ser criados por su familia de origen o ampliada. A estos fines el anteproyecto comienza por definir a la adopción; el concepto incorporado destaca que la institución tiene en miras, primordialmente, el interés de los niños sobre el de los adultos comprometidos*"(3).

La adecuada interpretación del precepto en análisis sólo podrá ser posible si se consideran las restantes normas en las que el Código establece las condiciones de admisibilidad de la adopción plena, en conjunción con la novedad respecto de la posibilidad de mantener algunos vínculos con la familia biológica o de extenderlos respecto de la adoptiva en el supuesto de la adopción de integración plena. Es decir, el contenido de lo artículo 607.a (que regula el supuesto del niño, niña o adolescente que no tiene filiación establecida o cuyos padres han fallecido), 607.b (supuesto en que los progenitores expresaron su consentimiento), 607.c (el agotamiento de las disposiciones tendientes a restituir derecho vulnerados sin resultado

positivo y la consiguiente declaración en situación de adaptabilidad), 700 (privación de la responsabilidad parental por ser condenado por delito doloso cometido contra el hijo, abandono y desprotección, puesta en peligro de la salud física o psíquica) o 702 (suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por declaración de ausencia con presunción de fallecimiento del progenitor, plazo de condena por delito del progenitor por más de 3 años, restricción de la capacidad civil que le impida el ejercicio y convivencia del hijo con un tercero separado de sus progenitores por razones graves de conformidad con leyes especiales).

Se advierten de esta apretada síntesis los supuestos contemplados en el artículo 625, que brinda al juez una guía basada en las diferentes circunstancias en que puede hallarse una persona menor de edad, cuyo interés superior exija la determinación de un emplazamiento filial adoptivo. Con la sentencia que se dicte determinando la adopción plena, será colocado en estatus de hijo de los pretendidos adoptantes y pariente de la familia ampliada de ellos, a la vez que, en principio, se producirá el cese de los vínculos con su familia de origen.

2. La adopción plena como deber y como posibilidad del juez

La directiva aquí analizada establece dos situaciones que pueden ser diferenciadas. La contenida en el primer párrafo de la norma que se refiere al deber, entendido como obligación para el magistrado, y la segunda porción del artículo que se refiere a la posibilidad e importa un ejercicio de una prerrogativa que ha sido puesta en los hombros del juez. Facultad que, por otro lado, no ha sido dada para ser ejercida de modo discrecional, sino fundada en las circunstancias del caso y el mejor interés para el niño, niña o adolescente. Cabe agregar que la utilización del término "*preferentemente*" nos está diciendo que el legislador ha establecido una selección normativa que debe ser utilizada de modo preponderante: la adopción plena para niños huérfanos o con filiación desconocida.

Con esta fórmula, el Código desecha la plasmada en el artículo 325 del Código derogado, que establecía: "Sólo podrá otorgarse la adopción plena...", en la que igualaba distintas hipótesis que encorsetaban las posibilidades, produciendo en muchos casos situaciones de injusticia, y la reemplaza por guías que le confieren al sentenciante mayor libertad de acción.

Para el supuesto de niños o niñas sin emplazamiento materno o paterno la filiación adoptiva será plena por carecerse de padre, madre o familia extensa, pero en el resto de los supuestos la regla se suaviza y cobra sentido la apreciación judicial, particularmente en función de la puesta en marcha de políticas públicas orientadas a la promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes destinadas a la preservación de la convivencia en la familia de origen. Sabemos que dichas políticas públicas deberán poner el eje de atención en el derecho a la vida y desarrollo integral (que supone su integración familiar), el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a ser oído y el interés superior del niño, como criterio rector en toda medida que lo involucra. Debe estar presente en la agenda del Estado de manera concreta con un cumplimiento irrestricto de la garantía de prioridad o responsabilidad gubernamental (art. 5º, ley 26.061)(4), y frente al derecho vulnerado corresponderá la implementación de los programas diagramados para la reversión de la situación con claridad en las transacciones exigibles a los adultos responsables del cuidado del niño.

Uno de los rasgos más significativos del nuevo sistema es que abandona el criterio tajante de la legislación anterior, y asume uno de mayor flexibilidad, en que las circunstancias biográficas en función del derecho a la identidad y todos sus matices serán especialmente consideradas.

Con esa peculiaridad es que los distintos sucesos vitales llevados a juzgamiento podrán dar lugar a la adopción plena, pero también a la simple, en igualdad de condición y valoración axiológica. Y, en ambos casos, con mantenimiento de vínculos jurídicos

beneficiosos para el pretense adoptado, sean previos o nacidos a partir del ahijamiento y consideración como miembro del grupo familiar que lo incluyó.

No obstante esta flexibilización, la apreciación judicial será fundada y deberá explicitarse siempre cómo se conjugan las cuestiones fácticas y los principios generales para conferir el tipo adoptivo que más se ajuste a la consideración primordial, es decir, justificarse el interés superior del niño, niña o adolescente: Con acierto, y en tomo a la valoración de los hechos, se ha sostenido que *“Probablemente sea en los juicios de adopción donde el particularismo de cada situación cobra mayor entidad, y el juego del interés superior del menor tiene un mayor ámbito de aplicación, entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso”*(5).

Finalmente, en relación con los tres últimos supuestos considerados en la segunda porción de la norma, recordemos que en el *"Informe sobre situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional y propuestas para la promoción y el fortalecimiento del derecho a la convivencia familiar y comunitaria"*(6), se concluye que de los 40.117.096 habitantes que hay en la República Argentina, 12.333.747 son niños, niñas y adolescentes (el 30,75% de la población) y 14.675 son niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales. Estos datos llevan a establecer que 1 de cada 1.000 personas menores de edad se encuentra sin cuidados parentales y con algún tipo de medida excepcional en nuestro país. Esos niños, niñas y adolescentes podrían acceder a los cuidados alternativos, entre ellos la adopción como modalidad. Pero la procedencia de la adopción como solución a la vulneración de derechos será juzgada en los procesos correspondientes (privación de la responsabilidad parental o declaración de situación de adoptabilidad), y no necesariamente concluirán en una adopción plena. Antes de que ello ocurra es

imprescindible el agotamiento del trabajo de los órganos administrativos que forman parte del sistema de protección integral, cuyo fin es lograr que el niño permanezca con su familia de origen, incluyendo a la familia extensa. Con el fin de que el objetivo de agotamiento de las vías previas se agote sin saltarse pasos, el artículo 606 expresamente dispone que la situación de adaptabilidad no puede ser declarada *"si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste"*.

3. La adopción plena y la flexibilización de los tipos adoptivos

Como fue explicado al comentarse los artículos 619 a 622, se han establecido dentro de la disposición generales que regulan la filiación adoptiva algunas de las mayores novedades que el nuevo sistema introdujo, y que por su ubicación metodológica son aplicables cualquiera sea el tipo adoptivo que corresponda.

Ellas son: el tríptico adoptivo en remplazo del sistema dual - adopción plena, simple y de integración-; la posibilidad de flexibilizar los efectos de cada una de ellas, conservando vínculos con la familia de origen en la plena, creando lazos jurídicos en la simple y manteniendo o reconociendo nuevos vínculos en la de integración; la facultad de convertir la adopción simple en plena y el principio de conservación del nombre de pila del adoptado.

Con particular referencia a la posibilidad de disminuir los efectos inexorables de extinción de todos los vínculos con la familia de origen, o crear lazos con la adoptiva simple que se introduce en el artículo 621 como facultad a la que podrá recurrir el juez o ser solicitada por las partes, Herrera y De la Torre, luego de denominarla *"la novedad estrella"*, la explican del siguiente modo: *"...Como se ha adelantado, una de las grandes novedades y acierto que observa la reforma en lo que respecta al tipo adoptivo es la facultad judicial para poder otorgar una adopción plena 'menos plena' o una simple 'más plena', por decirlo de algún modo sencillo y elocuente"*(7)

El artículo que faculta al juez a "modalizar" el tipo adoptivo establece: *"Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción"*. Del texto legal se advierte que, en el caso que proceda la adopción en su modalidad plena, se aparta de las anteriores previsiones que, con carácter rígido, provocaban la total extinción de los vínculos entre adoptado y familia de origen, y abre paso a la admisión de mantenimiento de algunas relaciones jurídicas familiares, cuando de manera optativa lo soliciten las partes, o entienda el juez que hace al mejor interés del adoptado. Con resguardo de la coherencia legislativa, también se admite la posibilidad de conferir los efectos de la adopción plena a la adopción de integración (8), sin perjuicio de su autonomía como tipo filial, según lo explicitan los artículos 619, 620 y 630.

Como principio, la adopción está destinada a satisfacer el derecho de vivir en familia de aquellas personas que todavía no han alcanzado la mayoría de edad, que tras la reforma de la ley 26.579 ha quedado establecida en 18 años. Sin embargo, el artículo 625 alcanza a la adopción de personas mayores de edad, ya que las pautas no distinguen respecto a menores o adultos. De este modo, procederá la adopción plena de una persona mayor de 18 años si fuese hijo del cónyuge o conviviente del pretense adoptante o si hubo posesión de estado de hijo durante la minoría de edad, fehacientemente comprobado (art. 597, a cuyo comentario remitimos).

4. Los supuestos de hecho sugeridos por la norma para la procedencia de la adopción plena

4.1. Consideración preliminar

En primer lugar y señalando la prioridad de elección de la adopción con efectos plenos, el artículo en comentario contempla la situación de los niños privados de manera absoluta de los cuidados parentales, tal el caso de los huérfanos de padre y madre o sin filiación acreditada.

El sentido de la disposición legal es bastante elocuente: estos pretensos adoptados carecen de filiación alguna, y por lo tanto de adultos que les brinden cuidado, amparo o valimiento, de modo que la restitución de su derecho a la vida familiar, vulnerado por la orfandad o la falta de emplazamiento filial, se vería satisfecha con la adopción. No existiendo familia de origen, la categoría que mejor satisfaría el derecho es la adopción plena. Y esto es así a poco que consideremos que la figura de la tutela -otra alternativa legal posible-, en general, no contempla la totalidad de los derechos derivados de la responsabilidad parental, como sí lo hace la adopción, basada en el afecto que se desarrolla entre adoptante y adoptado, lo cual no siempre estará presente en el supuesto de tutor y pupilo.

El supuesto de hecho contemplado en esta norma es la inexistencia de ambos progenitores, pues si subsistiese alguno de ellos en ejercicio de la responsabilidad parental, la adopción no sería procedente. Salvo que el supérstite esté privado del ejercicio, como podrá ser el caso de un progenitor que se encuentre purgando condena por homicidio de la madre del o los menores de edad. En este caso, y fracasadas las medidas administrativas o judiciales tendientes a la permanencia en la familia de origen, procedería este tipo adoptivo.

4.2. La declaración judicial de situación de adaptabilidad. Remisión

Sin perjuicio de que este supuesto se analiza en profundidad en el comentario al artículo 607 de este compendio normativo (9), es necesario consignar que el primer inciso de dicha disposición queda inmerso en la primera parte del artículo 625. Es decir, si un niño no tiene filiación establecida, o sus padres han fallecido y se agotó la búsqueda de familiares de origen en los plazos establecidos (30 días prorrogables por igual término), judicialmente se declara al niño en situación de adoptabilidad. Sin solución de continuidad, se procurará una familia que le brinde los cuidados necesarios de manera definitiva, fijando el plazo de guarda con fines de adopción y concluido el mismo, de manera preferente, o como regla, procederá el emplazamiento adoptivo pleno. Pero, reiteramos, esto será una pauta para el magistrado, sujeta a las circunstancias de hecho, puesto que si el niño tiene parientes que no pueden desplegar cuidados a su respecto, o se tratara de hermanos cuya adopción no fuera posible de procurar respecto de los mismos adoptantes, podrá ser otorgada en forma simple o aun plena, con mantenimiento de vínculos entre ellos.

4.3. La manifestación de voluntad de los progenitores. Remisión

La siguiente hipótesis se vincula con el desprendimiento de los progenitores, prestado bajo la forma de consentimiento libre e informado. Como se ve, el Código establece que procede la adopción plena como pauta a considerar por el magistrado, ante la situación de desprendimiento de la crianza manifestada por los progenitores, la cual también es soporte fáctico de la declaración judicial de estado de adoptabilidad. Es dable resaltar que, de la misma manera en que la voluntad procreacional debe ser libre, informada y prestada formalmente (arts. 560, 561 y 563 de este mismo Código), en el ámbito de la filiación adoptiva, el acto de voluntad por el cual se decida sobre el futuro del niño -comprendiendo el consentimiento de sus progenitores, otros adultos relevantes que formen parte de la

familia de origen, incluso respecto del pretense adoptado mayor de 10 años- será expresado sin condicionamientos y con pleno conocimiento del alcance del acto, es decir, deberá ser un acto libre e informado. Se establece también, para que cobre validez la declaración, un límite temporal por debajo del cual carecerá de ella de pleno derecho: 45 días desde que se haya producido el nacimiento. En el ínterin, el órgano administrativo, juntamente con el jurisdiccional en lo que corresponda, arbitrarán las medidas adecuadas para el mantenimiento del niño o niña en la familia de origen, debiendo agotarse las posibilidades con los parientes de ambos linajes, o algún otro miembro de la familia ampliada y sólo en defecto de ello procederá la adopción, previa declaración judicial de agotamiento de las medidas y necesidad de inclusión en grupo familiar alternativo al de origen (adaptabilidad) .

Finalmente es en el último inciso del artículo 607 donde de manera directa se observa el estrecho vínculo entre las medidas que componen el sistema de protección integral que deben ser desplegadas para revertir las situaciones de vulneración de derechos, y la adopción como figura tendiente a satisfacer el derecho de todo niño a vivir en una familia cuando no lo puede hacer en la suya de origen. Si bien se desarrolla en extenso en el comentario a dicha norma, parece oportuno aclarar que se ha establecido en el sistema de Derecho Privado, con fundamentos de orden constitucional, un circuito completo desde el momento en que se detecta la sospecha o vulneración de derechos y hasta que el fracaso de los intentos por revertir las inconductas familiares que los provocaron. Para ello, en el Código se establecen pautas procesales a las cuales se ajustará el análisis de la situación de vulneración de derecho detectada, con plazos estipulados para decidir medidas de cuidado familiar alternativo, si fuese el caso.

En el orden administrativo-jurisdiccional en que se adoptan las medidas de carácter extraordinario o de protección de derechos, sea porque se aplica la ley 26.061 o las leyes de protección de cada Estado provincial, habría dos caminos para la procedencia del dictado

de una medida excepcional o judicial: 1) por agotamiento de la instancia administrativa donde se desplegaron sin éxito medidas de protección de derechos como inclusión en programas, orientación, apoyo y seguimiento, asistencia económica, inclusión voluntaria en tratamientos específicos cuya necesidad fue detectada, etcétera; 2) cuando por las circunstancias de hecho exista gravedad y urgencia, y se deba separar al niño de su grupo familiar para impedir el agravamiento de su situación de hecho. Se trata de un régimen procesal establecido en el Código sustancial, con el objeto de procurar la uniformidad en algunas cuestiones básicas para el abordaje de situaciones de gran sensibilidad para las personas menores de edad, sobre todo por las consecuencias que la omisión de contar con plazos determinados y garantías constitucionales acarreó.

4.4. La privación y la suspensión de la responsabilidad parental. Remisión

Para que el niño pueda ser declarado en un emplazamiento de carácter adoptivo pleno existiendo como antecedente la privación de la responsabilidad parental, la sentencia deberá estar dictada respecto de ambos padres. Rige lo establecido en el artículo 703 con relación a los efectos de la privación y la suspensión de la responsabilidad parental regladas en los artículos 700 y 702, a cuyos comentarios nos remitimos.

En el transcurso del proceso judicial de privación de responsabilidad parental y también como efecto de la sentencia que la admita, podrá constatarse la existencia de algún referente afectivo o miembro de la familia extensa del niño que pueda asumir su cuidado en reemplazo de los progenitores. En tal supuesto, es posible recurrir a la figura de la tutela, o eventualmente la guarda, como alternativas plausibles para dar respuesta a su situación jurídica, siempre en función del interés superior del niño.

La figura de la tutela legal no debe ser descartada. Está contemplada expresamente en el artículo 104 de este compendio

normativo, que establece: "*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*", delegándose en el juez la elección del tutor (art. 107) debiendo el magistrado "*otorgar 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*". Como toda decisión relacionada con los derechos que titularizan los niño, niña o adolescente, no podrá ser adoptada sin que se hayan ponderado determinados derechos de índole constitucional, como el mantenimiento de los vínculos con la familia extensa (art. 8.1 de la CDN, en cuanto establece el compromiso de respeto al derecho a la identidad y a las relaciones familiares), o el ejercicio de la tutela judicial efectiva de todos los involucrados (especialmente el acceso a la justicia y el debido proceso legal de adultos y niños, estipulado, entre otros, en los arts. 18 de la CN; 3º, 8º, 9º, 12, 19 y cons. de la CDN).

Sin perjuicio de lo que se profundiza en el tratamiento en particular de cada una de las normas que regulan el instituto, consignaremos que a diferencia de lo que se establecía anteriormente respecto de que "*La tutela legal corresponde únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexo*" (art. 390 del Código Civil derogado), el artículo 107 no consigna una nómina de parientes, lo que permite que otros referentes afectivos de la persona menor de edad entren en escena con posibilidad de que se discierna a su favor la tutela, requiriéndose únicamente la idoneidad para ejercer el cargo.

De no ser posible la tutela, la privación de la responsabilidad parental de ambos progenitores adquiere rango equivalente a la declaración judicial de situación de adoptabilidad y se podrá otorgar una adopción en forma plena si se dan las condiciones jurídicas para ello (conf. art. 610).

Referencias Bibliográficas:

- (1) ARIAS DE RONCHIETIO, La adopción cit., ps. 15 y ss.
- (2) KRASNOW, Adriana N., Familia, convivencia de pareja y adopción conjunta, en L. L. Online.
- (3) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 590.
- (4) YUBA, Gabriela, Acerca del informe: "*Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina*", en Supl. Act. del 16-10-2012, p. 1, y en DFyP 2012 (noviembre), del 1-11-2012, p. 67, señala que las políticas públicas a seguirse deberán respetar la doctrina de la protección integral, y el Poder Judicial, en tanto garante de las mismas, revisará que se hayan respetado:
 - 1) la consagración y reconocimiento como sujetos de derecho de los NNA, dejando de ser objetos de asistencia;
 - 2) el interés superior del niño como criterio rector en todo asunto que lo atañe;
 - 3) el asesoramiento y participación en los procesos que involucran a los NNA con la asistencia del letrado especializado en niñez;
 - 4) el diseño, promoción y ejecución de políticas públicas, vinculadas con la infancia, adolescencia y familia, cuando se adviertan derechos vulnerados;
 - 5) que se hayan evitado las judicializaciones innecesarias, promoviendo la consiguiente desjudicialización de la pobreza;
 - 6) la importancia del trabajo de fortalecimiento familiar, fomentando la inserción y mantenimiento de los NNA en su núcleo familiar;
 - 7) instalar y promover trabajos en red, mediante políticas de descentralización, tendientes a lograr una optimización de recursos y esfuerzos; haciendo efectiva la participación y actuación solidaria de la comunidad;
 - 8) sistema de justicia juvenil, con reconocimiento de derechos y garantías según la CN y tratados con jerarquía constitucional;
 - 9) internación como último recurso y con carácter netamente provisorio.
- (5) SCJBA, 13-7-2011, "*V. S. s/Adopción. Acciones vinculadas*", MJ-JU-M-67755-AR, MJJ67755.
- (6) Ver [http://www.unicef.org/lac/C_Parentales_final\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/C_Parentales_final(1).pdf), presentado en junio del año 2012. Ver

<http://www.prensa.argentina.ar/2012/06/13/31535-alicia-kirchner-presento-inedito-informe-sobre-la-ninez-y-familia-en-la-argentina.php>.

(7) HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, ¿Habrá que jugarle al tres? La perspectiva tripartita de los tipos de adopción en el Proyecto de reforma del Código Civil, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 58, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 137 y ss.

(8) Cuestión que ya había sido planteada y resuelta por varios precedentes jurisprudenciales. Cabe citar la sentencia emanada del Tribunal Colegiado N° 2 de La Plata, que se expidió diciendo: *"Resulta procedente conceder la adopción plena de un menor, que carece de filiación paterna acreditada, solicitada por el cónyuge de la madre de aquél, sin que ello implique la extinción del parentesco de sangre con su progenitora y familia de origen pues, en el caso concreto, el otorgamiento de la adopción con carácter simple, implicaría una injusticia al reconocerle al adoptado un parentesco discriminatorio con relación a su hermana, nacida de la unión entre el adoptante y la madre del adoptado"*. Debido a que el supuesto juzgado se presentó bajo el régimen derogado, este Tribunal consideró que *"Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad, para el caso concreto, de los arts. 313 in fine y 323, 2° párrafo del Código Civil en cuanto establece que la adopción del hijo del cónyuge será siempre simple ya que, resulta contrario al interés superior del niño que quien peticiona la adopción integradora de un menor que carece de filiación paterna acreditada, sufra dicha limitación en aras de preservar un vínculo de sangre que no pierde o una hipotética vocación hereditaria, a lo cual se suma el reproche relativo a los lazos que la adopción simple establece entre hermanos"* (Trib. Coleg. Fam. N° 2 de La Plata, 30-12-2008, "A. N.", AR/JUR/27071/2008).

(9) El artículo 607 señala que la situación de adoptabilidad se dicta si: *"a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco (45) días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta (180) 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 sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas".

Tratado de Derecho de Familia. Comentario al art. 626

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N.
Tratado de derecho de familia: según el Código Civil y Comercial de 2014
(T.III, arts. 594-637). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
[Consultado el: 06/01/2022]

Art. 626 Apellido. El apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes reglas:

- a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido;
- b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales;
- c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta;
- d) en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.

1. El apellido de los hijos. El régimen anterior

El nombre de las personas fue materia regulada inicialmente por la ley nacional de nombre 18.248. Esta norma, siguiendo la distinción tradicional derivada del tipo filial (1), reglamentó la asignación de apellido de los hijos, según su origen, matrimonial o

extramatrimonial: para el primero de los casos dispuso la portación del apellido del padre -marido de la madre, conforme presunción del artículo 243 del Código Civil derogado-, en tanto los hijos extramatrimoniales con doble vínculo filial -reconocidos por su padre- llevarían el apellido de éste.

Según el artículo 4° de la ley 18.248, la regla para el hijo matrimonial era, entonces, la atribución directa del apellido paterno. Se previó la posibilidad, a pedido de ambos progenitores, de inscribir el apellido compuesto del padre o bien adicionarse el de la madre. En cuanto al hijo, este pedido podía formularlo en forma directa ante el Registro del Estado Civil, a partir de los dieciocho años de edad.

Para el caso de los hijos extramatrimoniales, la regulación difirió parcialmente. Si bien en principio era también la imposición del apellido paterno en el caso en que el hijo contase con filiación de doble línea, ocurra esto simultánea o sucesivamente, se preveía igual posibilidad de adición del apellido materno, conforme lo dispuesto por el artículo 4° para los hijos matrimoniales (art. 5°, ley citada). En cuanto a la opción del hijo, se impuso un margen temporal para su ejercicio en estos términos: *“...si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno, cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior”*.

Las soluciones de estas normas recibieron con el transcurso del tiempo serias críticas, en un doble orden de ideas. Por un lado, desde la imposición uniforme, y para todo caso, del apellido del padre como primer -e inicialmente único- apellido del hijo, reclamándose la posibilidad de consideración del apellido materno como primer apellido de la persona, a partir de una mirada igualitaria con perspectiva de género (2), bien sea propugnando la inscripción con doble apellido -paterno/materno-, bien postulando la posibilidad de

prevalencia o ante- posición del nombre de la madre (3) , eventualmente con la adición del paterno.

En un segundo orden de ideas, se cuestionó el límite -piso etario de 18 años- dispuesto a los fines del ejercicio de la petición de adición de apellido por parte del hijo (matrimonial o extramatrimonial). Si bien la solución de la ley 18.248 pudo aparecer justificada conforme las concepciones imperantes a la época de su sanción, devino en una reglamentación de dudosa constitucionalidad, una vez que se la cotejaba con el bloque de Derecho humanitario aprehendido como consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho de Familia al amparo de los principios(4) de democratización de las relaciones familiares, igualdad entre el hombre y la mujer, responsabilidad parental compartida (arts. 18, CDN y 17, CADH), el principio de autonomía personal en las relaciones familiares (5) y, en especial, el reconocimiento de la condición de sujeto de derecho de niñas, niños y adolescentes, interés superior del niño y el consecuente principio de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos (art. 5º, CDN; arts. 3º, 19, 24, 27, ley 26.061)(6). La perspectiva de Derecho humanitario resulta esencial, en razón de hallarse en discusión la reglamentación de un derecho humano constitucional, personalísimo, autónomo y esencial, como es el nombre, que hace parte, a su vez, del derecho a la identidad (arts. 7º, 8º y concs., CDN; art. 11, ley 26.061).(7)

Por su parte, en relación con esta última cuestión, también resultaba cuestionable la diferencia establecida en punto a lo siguiente: el hijo matrimonial a partir de los 18 años y sin límite de tiempo futuro podía solicitar la adición del apellido materno ante el Registro Civil en forma directa; en tanto el hijo extramatrimonial podía ejercer el derecho sólo dentro de los dos años de alcanzada la edad de 18 o dentro de los dos años del reconocimiento paterno cuando éste hubiere tenido lugar tiempo después. La opción no era practicable en forma directa ante el Registro como el caso del hijo matrimonial, sino que requería previa autorización judicial.

Previo a la reforma, algunos proyectos de ley previeron alternativas reguladoras (8).

La sanción de la Ley 26.618 de Matrimonio igualitario aportó los ajustes necesarios, a fin de poner a tono la normativa del nombre con la trascendente modificación operada por dicha ley. Así, el artículo 4° de la ley 18.248, conforme ley 26.618, reza: *“Los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado desear llevar el apellido compuesto del padre, o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años. Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Si el interesado desear llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o el del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años. Una vez adicionado el apellido no podrá suprimirse. Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de lo hijos”*.

Si bien la modificación importó contemplar la situación de los hijos nacidos de parejas matrimoniales del mismo sexo conforme el objeto de la ley, matrimonio-, mantuvo las restricciones relacionada con la edad del hijo 18 años-.

Asimismo, previó la alternativa de portación del apellido de cualquiera de los padres, sólo frente al supuesto de cónyuges del mismo sexo. Con lo cual se advierte la diferencia de tratamiento que subyacía en la norma reformada: los hijos de padres de diverso sexo debían portar el apellido paterno, en tanto los hijos de matrimonios de igual sexo podían ser inscriptos con el de cualquiera de ellos.

A su turno, la norma dejó sin regular la situación del hijo extramatrimonial de pareja de igual sexo. Autorizada doctrina

consideró que la situación debía resolverse, igualmente, a la luz del artículo 4º reformado (9).

2. El régimen actual: el artículo 64 del nuevo Código

Frente al breve panorama antecedente descripto, emerge la solución propuesta por el artículo 64 del Código Civil y Comercial, que reza: *“Apellido de los hijos. El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro. 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. El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. 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”*.

De tal modo la norma introduce modificaciones importantes. En primer lugar, elimina la preferencia paterna en relación con los hijos nacidos de matrimonios de distinto sexo. Así, trátase de un matrimonio conformado por personas de diverso o igual sexo, la regla es la determinación del apellido por acuerdo de los padres. A falta de acuerdo y como mecanismo de tinte práctico -y que evita conflictos eventualmente judiciales-, la solución es atribuida mediante sorteo practicado en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En cuanto a la adición del apellido del otro padre o madre, puede operar por acuerdo de ambos o bien por petición del hijo, pero en este caso se elimina el piso etario, reconociéndose el derecho al *“interesado con edad y madurez suficiente”* (conf. parámetros de autonomía progresiva que emergen del artículo 26) (10).

Se mantiene la norma igualatoria introducida por la ley 26.618 en cuanto a la uniformidad identitaria de todos los hijos de un mismo matrimonio.

Respecto a la situación de los hijos extramatrimoniales, si son de único vínculo, llevarán lógicamente tal apellido. Si en cambio la filiación se determina simultáneamente en relación con ambos padres -caso del reconocimiento extramatrimonial formulado en el momento de la inscripción inicial-, la solución es la determinada para el caso de los hijos matrimoniales. En caso de reconocimiento o inscripción posterior de la segunda filiación, la regla remite nuevamente a la autonomía de la voluntad -acuerdo de los padres-; a falta de acuerdo la cuestión deviene judicialable y se resuelve en función del interés superior del niño.

La solución prevalente de *“autocomposición familiar”* para la identificación del hijo se justifica a la luz del principio de *“no injerencia”* de terceros (Estado), en resguardo de un espacio propio de desarrollo personal y familiar (11); esto es, se relaciona con la expansión del derecho de privacidad del artículo 19 de la CN al ámbito interno de las relaciones familiares, en tanto no comporte lesión a los derechos del hijo (12).

Por su parte, los artículos 65 y 66 regulan la situación del uso o portación de un nombre, por la persona menor de edad, no obstante la carencia de su inscripción. Así, *“La persona menor de edad sin filiación determinada debe ser anotada por el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con el apellido que está usando, o en su defecto, con un apellido común”*. Se advierte la observancia de la consideración del nombre como un elemento identificador -amén que atributo de la personalidad- relacionado ínsitamente con el aspecto dinámico de la identidad personal (13). En igual sentido, y atendiendo a la referida autonomía progresiva, *“La persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando”*.

Estas normas valoran que el nombre excede incluso la noción de mero elemento identificador, para reforzarse con una autonomía particular a partir de la importancia que adquieren las relaciones que va entretejiendo con el mundo externo a través del tiempo, con lo que adopta mayores connotaciones dinámicas (14). Así el nombre participa de las dos parcelas esenciales del derecho a la identidad; las conecta, confundiéndolas, y en ocasiones las separa; es estático y dinámico al mismo tiempo (15). Se ha afirmado en este sentido que los derechos a la expresión de la individualidad y al libre desarrollo de la personalidad resultan vulnerados con la oposición al registro de un nombre (16) pues la expresión de esta individualidad del sujeto es esencial para la efectividad de la autonomía personal, que jurídicamente se expresa como la facultad del individuo de proclamar su singularidad (17).

La solución es francamente superadora de la anteriormente contenida en el artículo 6º de la ley 18.248, que también supeditaba esta petición a la edad de 18 años, salvo la inscripción directa con el apellido usado hasta entonces por un menor de edad.

3. El apellido y el derecho a la identidad

A lo largo de esta obra, y, básicamente, en lo que atañe a la adopción, se ha desarrollado tanto lo relativo al concepto de identidad personal como su importancia para la dignidad del ser humano que este Código reconoce y protege. No reiteraremos aquí tales ideas, sugiriendo la remisión al lector al tratamiento que se hace en el artículo 595, inciso b. Sólo ponderaremos que la identidad resulta integrada por múltiples componentes como el genoma humano, las huellas digitales, el nombre, la nacionalidad, la inscripción de nacimiento, la lengua de origen, la identidad cultural, el desarrollo del crecimiento en un determinado ambiente, sea familiar o social, desplegando los atributos de la personalidad. Estas apreciaciones han llevado a sostener que la identidad involucra dos vertientes: la estática, inmodificable o con tendencia a no variar, y la dinámica, que por definición no puede permanecer inmutable en el tiempo (18).

La preservación de la identidad como derecho humano se halla contenida en múltiples normas, partiendo de ser un derecho implícito consagrado en el artículo 33 de la Constitución nacional, para pasar a su consagración expresa a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al artículo 75, inciso 22, cuyo artículo 9º afirma: *“1. Los estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determine, 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”*. No es ésta la única disposición, también están involucrados los artículos 8º y 20 de este tratado, y en el ámbito nacional, además de las leyes de infancia provinciales, la ley 26.061.

Relacionada con la adopción, es evidente que nuestro sistema legal procura el respeto por los dos aspectos de la identidad, y en este sentido se le otorga preferencia a la permanencia del niño o niña en el ámbito de su familia de origen, pues ella resulta la principal responsable de su crianza. Esta referencia la familia involucra no únicamente a los progenitores, sino también a otros miembros afectivamente relevantes o jurídicamente responsables, es decir, los restantes adultos vinculados por parentesco que puedan asumir la crianza que los progenitores no llevan adelante. Sólo agotada la investigación acerca de los miembros de la familia de origen y su falta de condiciones para proveer los cuidados necesarios, será posible transitar la adopción de los niños que cuentan con grupo familiar biológico. Y aún así, no resulta posible hacer desaparecer de manera plena a esa familia, pues ha de respetarse la historia, la biografía, los lazos subsistentes que derivaron del nacimiento en determinado grupo familiar, si ello resulta beneficioso para los derechos de la persona menor de edad.

Tan así es, y tan profundo el cambio de paradigma, que por primera vez desde que la ley 19.134 incorporó la adopción plena al

ordenamiento jurídico se reconoce el derecho del hijo adoptado en forma plena a mantener su apellido de origen por razones fundadas en su derecho a la identidad.

Desde hace tiempo se viene postulando reformas al sistema adoptivo, muchas de ellas espasmódicas, otras coyunturales, algunas parciales, otras integrales. Lo cierto es que esta institución, desde su primera regulación legislativa (ley 13.252) no ha podido satisfacer las necesidades sociales, y, pareciera ser, tampoco la de los involucrados, siendo la jurisprudencia la variable de ajuste permanente. En la actualidad, no solo se parte de otro punto como lo es el derecho del niño y no el de los adultos, sino que además se produce una absoluta flexibilización del sistema en general, oyendo las voces que interpelaban las cláusulas rígidas, sosteniéndose que *“deviene necesario plantear normativas elásticas, que permitan las excepciones y así aggiornarse fácilmente a estas distintas y cambiantes realidades”* (19). Con ello se pretende dotar a la magistratura de más y mejores herramientas para dar cabida a las fluctuaciones que imponen las dinámicas familiares de la posmodernidad, sin perder los márgenes legales mínimos, posibilitando que la mayor cantidad de supuestos fácticos tengan fácil reconocimiento jurídico.

El nombre, considerado en sentido comprensivo del prenombre y el apellido, ha sido reconocido como un derecho del niño. Ahora bien, a cada ser humano le asiste el derecho a un nombre desde que nace y a ser registrado inmediatamente después del nacimiento, conforme lo plasma la Declaración de los Derechos del Niño, artículo 3º, 7º y 8º; también se reconoce en el pacto Internacional de los derechos Civiles y políticos, artículo 24.2. Fue igualmente considerado por la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda de 1987, artículo 8º (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85 del 3-12-86); por el artículo 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 16 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos, y en particular la Convención Americana sobre derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 18 consagra: *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuese necesario.”*

Pliner, quien se ha ocupado del tema, sostuvo que el nombre, al individualizar al ser humano, lo instala en la posesión plena de su personalidad, como el *“centro diferenciado de voluntad y de acción, de poderes, de obligaciones y de imputaciones, se realiza en su integridad física y espiritual, sin riesgo de diluirse en la masa, que es la muerte de la personalidad, aunque sobreviva el individuo. La conciencia de ser uno quien es, para sí y para la sociedad en que vive, la posibilidad de conservar esa individualidad, de protegerla y de perpetuarla, de cultivarse, superarse, crear relaciones estables, fundar una familia (...)constituye la personalidad del hombre. Ni mera unidad biológica, ni sólo persona jurídica, sino persona humana, florecimiento pleno de un ser para quien el Derecho se construye, y es instrumento de sostén y garantía”* (20). Esta apreciación, por supuesto, integra las dos porciones de lo que jurídicamente se entiende por nombre, es decir: el nombre de pila y el apellido.

La importancia entre la interrelación habida entre la identidad y el apellido de las personas se observa con mucha claridad en la práctica, donde para los interesados *“tener”, “sacar”, “llevar”, “quitar”, “mantener”,* el apellido de origen constituye una cuestión relevante, en especial por la dimensión social en que el nombre de las personas se proyecta. Con la misma fuerza se observa en el supuesto de la adopción de integración, y especialmente cuando de la nueva unión nacen hijos en común, produciéndose una distinción en el apellido de los hijos.

Como se ha dicho en varias ocasiones, el Código está motivado por el principio de realidad, y éste es el que talla en la excepción contenida en esta norma respecto de la continuidad del apellido de origen, pues, generalmente, son los niños más grandes o los adolescentes adoptados quienes requieren del respeto de su

identidad -en esa porción estática que impone el nombre originario- mediante, entre otras cosas, la posibilidad de conservar ese dato identitario. No necesariamente reclamarán su conservación en primer orden, pues en un punto aparece un conflicto de lealtades entre aquel pasado y su presente conformado por su familia adoptiva, pero lo que sí se puede advertir -cuando en verdad se procura el ejercicio del derecho a ser oídos- es que se manifiestan más cómodos conservando su apellido original. Lo cual no debería sorprendernos pues hace nada menos que al despliegue del aspecto dinámico que engloba la identidad personal. De allí que, que en éste como en ninguno de los ejemplos que pueden pensarse aparece con nitidez el entrecruzamiento entre los dos aspectos involucrados en la identidad personal, dando sentido a la tesis intermedia que sostiene que el nombre no encuadra únicamente en la primera de las fases, sino que resulta imbuido de ambas. Podría incluso sostenerse que a medida que la persona tiene más edad, más crece la influencia del aspecto dinámico, decreciendo el estático del origen.

En cuanto a los otros tipos adoptivos (simple y de integración), tampoco parecía guardar coherencia un sistema que disponía que la adopción simple mantenía el vínculo jurídico con la familia de origen, a la par que la sentencia que la confería ordenaba reemplazar el apellido de nacimiento por el adoptivo, en los mismos términos que lo hacía con la adopción plena, cuyo efecto era la extinción de todo vínculo con la familia de origen. Era insuficiente en términos de razonabilidad que se facultara al adoptado a adicionar su apellido de origen al llegar a la mayoría de edad, ya que, por ejemplo, si se trataba de una adopción unipersonal del hijo de su cónyuge que solo tenía reconocimiento materno, y era conocido con el apellido de su progenitora en el ámbito social, la sustitución del apellido por el del adoptante durante su menor edad para posteriormente retomar el de origen que había detentado hasta la sentencia de adopción, no parecía beneficiar a la persona menor de edad. En el ejemplo, las reglas del nombre hoy derogadas imponían la incorporación del apellido del adoptante en primer lugar sin considerar la afección a la identidad en

su aspecto dinámico, ni, por supuesto, la desigualdad entre los miembros de la pareja al otorgar preferencia al apellido del varón.

Puesto en crisis todo el sistema, profundizado a partir de la Ley de Matrimonio Igualitario, se produce una revisión integral de estos temas, con una mirada sistémica de todo el ordenamiento jurídico, y se resuelve otorgando mayor flexibilidad a las reglas. El fundamento de esta decisión legislativa reposa en que la ductilidad admitirá un mayor grado de subsunción de las circunstancias fácticas a las normas jurídicas, evitando que sea la jurisprudencia quien deba forzar la interpretación, con el riesgo de que no todos los magistrados estaban dispuestos a atender los reclamos que no se hallaban expresamente previstos. De este modo, o bajo este amparo legal menos rígido, el dinamismo de las relaciones interpersonales familiares podrá tener cabida eventualmente en función de una interpretación basada en los principios, que para esa finalidad han sido incorporados en las disposiciones generales.

4. Identidad, apellido y jurisprudencia

Variada es la producción jurisprudencial vinculada al nombre de las personas, tanto respecto a su mantenimiento como a su sustitución o adición. En particular referencia al apellido de las personas en general, la visión de los tribunales se ha conformado con la regulación legal señalando que *“El derecho organiza el instituto del nombre de la persona y toma elementos del mundo de la palabra. Como categoría léxica, el nombre propio es el individualizador por excelencia. El apellido es la designación común a todos los miembros de una familia. Puede ser simple, compuesto o doble; los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre, sin perjuicio de que la ley otorga la posibilidad al hijo, a partir de los dieciocho años, de optar por agregar su apellido materno o el segundo apellido paterno (art. 4º, ley 18.248). Como instituto jurídico, el nombre exhibe una genealogía en la cual confluyen diversos componentes, pero todos determinados por una misma necesidad: la individualización...”* (21). No obstante, en otro supuesto en que un niño había sido reconocido por su progenitor a la edad de diez años, circunstancia ignorada por la progenitora y a la que accedió en

ocasión de un reclamo alimentario, ante la solicitud de la madre de conservación de su apellido y el reclamo del padre de que el niño portara el suyo, ya que había comenzado a mantener un vínculo comunicacional, se resolvió a favor de la postura materna. Para ello, se tuvo en consideración el deseo del niño, cuestión que cobró especial relevancia, señalando los jueces que *“Manifiesta que le resultaría molesto explicar a sus amigos y conocidos el motivo de la modificación de su apellido, no obstante ello, no presenta oposición para que se le adicione el apellido paterno. Asimismo, refiere que mantiene una buena comunicación y relación con su padre H.G.P. y desea que éste comprenda su requerimiento de mantener el apellido que siempre llevó y que su opinión sea tomada en cuenta (...) Finalmente dice expresa y claramente que quiere estar en contacto con su papá”* (22). Otro caso similar se dio respecto de un niño de 9 años, cuyo padre reconociente había sido privado de la responsabilidad parental por abandono del ejercicio de su función parental, y en atención al desarrollo de la faz dinámica del niño, quien era reconocido en la comunidad en la que se desarrollaba por el apellido de su linaje materno, señaló el Tribunal que *“Cuando la ley 18.248 dispone que los hijos matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos por el padre, llevan en primer lugar el apellido de éste, adopta una pauta tradicional en donde reconoce el vínculo paterno como base primordial para la determinación del apellido de los hijos, lo que obliga a interpretar la cuestión aquí debatida a la luz del nombre como un derecho humano, de conformidad a la perspectiva que introducen los tratados de derechos humanos incorporados en la Constitución federal, en particular el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a cuyo fin es insoslayable tener en cuenta que el grupo familiar, en el cual creció este niño —como tantos otros— no están cristalizados en la familia nuclear patriarcal, sino en el de su madre y su familia que comparten una religión en común —y con la cual el niño se siente plenamente identificado— sino que ellos asumieron la responsabilidad exclusiva de la crianza ante el desentendimiento paterno de sus responsabilidades”* (23).

Como puede observarse de la comparación de los tres casos juzgados, y en palabras de nuestro tribunal cimero: *“La verdad biológica no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción*

es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el Derecho como tutela del interés superior del niño” (24).

Desde el otro costado, es decir, cuando se comprueba la inexistencia de vínculo jurídico, pero se requiere el mantenimiento de la nominación con la que la persona fue conocida, se apela en general al aspecto dinámico de identidad personal. Y de este modo se ha sentenciado, por ejemplo: a) la Cámara de Familia de Primera Nominación de Córdoba, con fecha 23 de octubre de 2002, autorizando al hijo desplazado del vínculo filiatorio a mantener el apellido del padre impugnante, en razón del uso durante dieciocho años de vida de ese nombre, a cuyo fin señaló en lo que nos interesa que *“...su protección requiere que el sujeto sea representado fielmente en la proyección social...”* (25); b) la Cámara nacional Civil, sala M, en sentencia del 24 de octubre de 2003 donde, admitiendo la impugnación del reconocimiento, dispuso que en la rectificación filiatoria que se realiza en el Registro Civil se mantuviera el apellido paterno consignado en la partida de nacimiento y utilizado por el hijo por más de veinte años. Dijo ese Tribunal en relación al nombre: *“...ya desde antaño, como atributo de la persona en los términos señalados, constituye un aspecto esencial de la faz dinámica del derecho a la identidad, no necesariamente identificable con el emplazamiento filiatorio...”*, y también señaló: *“La importancia que tiene el nombre como aspecto esencial de la identidad humana nos muestra la necesidad de brindarle protección adecuada, más allá de los efectos jurídicos que generen las acciones filiatorias”* (26).

El apellido es la manera de referenciar la pertenencia a determinado grupo familiar, es la designación común de sus miembros a la vez que denomina, nombra, identifica, a cada uno de sus integrantes; es decir, tiene carácter colectivo a la par que individual. Al portarlo completo, su titular lleva el sello distintivo que aísla y perfila su personalidad dentro de la comunidad social en que vive (27). Conforme las modalidades en que se presenta en la vida social, puede ser: simple, compuesto o doble. En el primer caso, se integra por un solo elemento; el apellido compuesto se conforma por dos o más elementos inseparables de modo, lo que importa que la

omisión o supresión de uno de ellos deja incompleta la denominación: tal el caso de apellidos como Sánchez de Bustamante, Martínez de Hoz, etcétera; el doble apellido, por último, resulta de la utilización de los apellidos paterno y materno.

5. Supuestos contemplados en la norma. Interpretación

5.1. Adopción unipersonal

No se produce ninguna innovación con respecto al apellido del hijo en la adopción plena unipersonal respecto de la regla contenida en el artículo 326 del Código derogado (t. o. ley 24.779), en cuanto a que *“El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación”*.

La innovación se encuentra en el aspecto procedimental, y, en ese campo, en lo relativo a la participación del pretense adoptivo dando su opinión, para lo cual se tendrá en cuenta su edad, grado de madurez y deseos sobre el tema.

Tratándose del supuesto excepcional de adopción de personas casada o en unión convivencial cuyo cónyuge o conviviente haya sido declarado con capacidad restringida e imposibilitado de asumir la calidad de parte legitimada activa para adoptar, o en caso de encontrarse los pretensos adoptantes separados de hecho, el apellido será el del adoptante unipersonal.

5.2 Adopción conjunta

En este caso, se siguen las mismas reglas que las establecidas para los hijos matrimoniales. Cabe poner de resalto que esta remisión tiene un fundamento sumamente importante: está sustentada en la igualdad de los hijos adoptados plenamente con los hijos biológicos o los nacidos por técnicas de reproducción asistida, conforme al artículo 558 de este cuerpo legal.

Deberá considerarse lo relatado más arriba en punto a lo acaecido a partir de la sanción de la ley 26.618, en especial en cuanto al artículo 326 del Código derogado establecía: *“En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva”, si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado. Si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente”*.

En la actual redacción se cuidó el legislador de eliminar todas las diferencias anotadas, disponiéndose una regla igualitaria con independencia de la orientación sexual de los adoptantes, o de la elección del proyecto de vida familiar que hayan realizado, es decir, unión convivencial o pareja matrimonial.

Por último, para el supuesto excepcional de que se otorgue una adopción conjunta luego de producido el fallecimiento de uno de los guardadores, rige con respecto al apellido del adoptante lo dispuesto por el artículo 605, a cuyo comentario remitimos. Sólo señalaremos que esa norma dispone que cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña, o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio unión convivencial y el periodo legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculo jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido.

Este supuesto de excepción establece una pauta orientadora basada en el principio de realidad: durante el período de guarda para adopción fallece uno de los pretendidos adoptantes; lógico resulta que, en principio, sólo sea posible la continuidad del emplazamiento con el superviviente de la pareja que había explicitado su voluntad adoptiva. No obstante, ésa será la regla, siendo absolutamente posible acreditar que aunque el tiempo de guarda pudo ser breve, también fue suficiente

respecto de la identidad personal del hijo adoptivo o del guardador fallecido, y admitirse la incorporación de ese apellido, o el de origen del niño o niña.

Como puede observarse, se establece una paleta de posibilidades fácticas, con la firme intención de admitir que la mayor cantidad de casos posibles tengan cabida en estas disposiciones, signadas por los derechos fundamentales de corte internacional-constitucional.

5.3. Apellido de la familia de origen

En este aspecto, estamos en presencia de una de las innovaciones del nuevo sistema, ya que se permite agregar o anteponer el apellido de origen del adoptado al apellido del adoptante unilateral, o al de uno de los adoptados si es una adopción conjunta, estableciéndose por primera vez en nuestro sistema normativo un expreso reconocimiento a la identidad estática del sujeto principal. En muchas ocasiones, la conservación del apellido originario cobra especial relevancia para la persona menor de edad, y nunca antes fue ni reconocido ni admitido por el ordenamiento pues siempre la visión fue la sustitución, el reemplazo absoluto de todo lo que implicara la historia, la ancestralidad, el origen del niño que ingresaba por adopción plena a la familia. Únicamente se admitía en supuestos de adopción simple, una vez alcanzada la mayoría de edad, adicionar el apellido originario en los siguientes términos: *“La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los dieciocho (18) años”* (art. 332, Cód. Civ. Derogado, t. o. ley 24.779).

En la actualidad, se admite la petición que podrá ser formulada tanto por el adoptado con edad y grado de madurez suficiente como por los pretendidos adoptantes, siendo materia ineludible de análisis al momento del ejercicio por parte del menor de edad del derecho a ser oído, debiendo opinar y dar sus razones sobre el punto, a fin de que el magistrado interviniente pueda dimensionar

el grado de comprensión del niño, niña o adolescente, y establecer lo más certeramente posible la competencia para expedirse como lo haga.

No debemos perder de vista que se trata del derecho a la identidad del adoptado, ejercido en función del principio de autonomía progresiva, imponiendo al sentenciante el contacto directo y la escucha comprometida sobre un tema de suma trascendencia para el sujeto principal: el adoptado. Desde otro punto de vista, no cabría seguir sosteniendo la posibilidad de una variación en el apellido de los hijos adoptivos por adopción simple, y negarla en la plena, desde que el fundamento de ambas reposa en el alcance de la identidad personal, de modo que se produciría una discriminación y trato desigual para los hijos adoptivos en un tema que tiene una base idéntica. Tal vez resulte difícil pensar en llevar a cabo esta innovación, pero la tarea será más sencilla si logramos descorrer el prejuicio afincado de que la adopción viene a llenar una falta en los adultos, y la consideramos una solución frente a un derecho vulnerado de una persona menor de edad.

A modo de refuerzo de lo dicho, traemos en esta porción del comentario los Fundamentos del anteproyecto sobre el tema: *“si bien se mantiene como principio que el adoptado lleva el apellido del adoptante o de los adoptantes en el orden que ellos acuerden como en el caso de los hijos matrimoniales, por excepción, se habilita al adoptado que cuenta con edad y madurez suficiente y a los adoptantes, a petitionar que se agregue o anteponga el apellido de origen al adoptivo fundado en el derecho a la identidad”*.

5.4. La voz del niño en el proceso, y en particular en el tema del apellido

Como se ha ya señalado en varias ocasiones, y emerge de la propia definición legal contenida en el artículo 594, alineado a la idea de que el eje de toda decisión será aquella vinculada con el mayor beneficio para los derechos del destinatario principal de la adopción, el niño, se establece que éste actúa en carácter de parte, y que si,

además, cuenta con edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada de conformidad con la figura del abogado del niño que ya previó el artículo 27 de la ley 26.061.

Hay una particularidad en cuanto al derecho a ser oído y el sistema adoptivo. En el Código se ha desplegado de tal manera ese derecho en este tema que podemos distinguir varias formas en que se habrá de manifestar: a) debiendo la persona menor de edad prestar el consentimiento para su adopción; b) para acceder a su historia biográfica y compulsar los expedientes administrativos y judiciales que la contengan; c) podrá ejercerlo para iniciar la acción autónoma para conocerlos orígenes, con el patrocinio letrado y el auxilio que corresponda según su edad y madurez; d) deberá ejercer el derecho a ser oído propiamente dicho, siendo escuchado en las diferentes etapas que involucra el proceso de adopción; e) el ser parte si tiene más de 13 años, o antes si cuenta con edad y madurez suficiente, y en ambos casos con la debida asistencia letrada, y f) el participar en la construcción de su identidad en lo referido al apellido.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 12 sobre *“El Derecho del Niño a ser escuchado”* ha sostenido que *“El derecho de todos los niños a ser escuchado y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (“el Comité”) ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”*. No podemos perder de vista que la adopción involucra un aspecto fundamental en la vida de una persona en crecimiento: el derecho al más amplio disfrute de la vida familiar, derecho personalísimo que lo involucra de manera profunda, de modo tal que su participación a través de la palabra y la escucha atenta del operador jurídico cobran relevancia superior en el tema de la filiación adoptiva. También se debe considerar que éste, como cualquier otro derecho a ser ejercido por una persona menor de edad, lo será en consonancia

con la capacidad que progresivamente va desarrollando, de modo que es importante considerar lo establecido en el artículo 707, que integra el Título VIII dedicado a los *Procesos de familia*, en cuanto a dicha norma establece que “*Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y cuestión debatida en el proceso*”.

Finalmente, resta señalar que el nuevo sistema legal contempla el deber de la judicatura de efectivización del ejercicio del derecho a ser oído, sin que norma alguna establezca una edad para ello. En ese contexto, dependiendo de la madurez que presente el niño al momento en que ejerce su derecho a ser oído, o cuando preste el consentimiento para ser adoptado, o aun promueva o gestione junto a sus adoptantes o por sí, con patrocinio letrado, la filiación adoptiva, habrá de manifestarse respecto del apellido y el modo en que pretende ser designado en su vida social, a partir del emplazamiento como adoptivo pleno.

Referencias Bibliográficas:

- (1) Recordemos que es anterior a la ley 23.264.
- (2) Conf. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- (3) Puede verse al respecto: JFam. 4a Nom. de Córdoba, 31-10-2012, “*E. C. y otro s/ Sumaria. Expte. 708.445*”, eDial.com - AA7AE2, y Trib.Coleg.Fam. N° 5 de Rosario, 2-6-2011, “*P. C. E. c/P. H. G. s/Demanda de filiación*”, con nota de Fernando Millán, Microjuris Online, MJ-DOC-5415-AR, MJ5415. En este segundo supuesto se trataba de un planteo formulado por una pareja homosexual, luego de la sanción de la ley 26.618 (ver CRISCI, Anabella y QUIRNO, Diego Norberto, Criterios actuales en materia de nombre y apellido de las personas naturales, en E. D. del 4-2-2011, N° 12.685, ps. 1 y ss.).
- (4) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos en las relaciones de familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 31 y ss.

(5) LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 51, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 1 y ss.

(6) Actos trascendentes, como el reconocimiento de hijo, eran permitidos a partir de los 14 años, no así este acto personalísimo relacionado con el ejercicio de derechos de igual naturaleza, siendo los parámetros etarios incompatibles con el ejercicio de derechos de la personalidad. Ver, entre muchos otros: MINYERSKY, Nelly, Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, en GROSMAN, Cecilia y HERRERA, Marisa (comps.), Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 255; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Ley de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 453 y ss.; SPAVENTA, Verónica, La incidencia del concepto de capacidad progresiva en la relación paterno/materno filial, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 45, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 123 y ss.; HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paterfamilias justificado, en Revista de Derecho de Daños, N° 2011-3, Daños a la salud, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 551 y ss.; JÁUREGUÍ, Rodolfo, El nombre de los hijos, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 36, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 73.

(7) Ver cuestionamientos a la solución en FERNÁNDEZ, Silvia, El derecho humano al nombre de niños y adolescentes. Necesidad de revisión de la ley de nombre 18.248 a la luz de la Convención de los Derechos del Niño y el nuevo sistema de protección integral de derechos de infancia, en L. L. B. A. 2(X)8 (octubre), p. 1033.

(8) El proyecto de ley de nombre elevado por el Poder Ejecutivo (exp. 427-PE-06) establece en su artículo 5°: “...el hijo matrimonial y el extramatrimonial reconocido por ambos progenitores simultáneamente llevará el primer apellido del padre y el de la madre, en ese orden”. En el Primer

Encuentro Regional de Derecho de Familia del Mercosur se propugnó reconocer *"legitimación del interesado directo a partir de los 14 años para decidir el orden de sus apellidos o la supresión de alguno de ellos"* (23/25 de junio de 2005, Facultad de Derecho de la IJBA).

(9) Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, lidiar, Buenos Aires, 2010, p. 492; IGLESIAS, Mariana; KRASNOW, Adriana y DE LORENZI, Mariana. *Matrimonio civil entre personas de igual sexo*, dir. por A. Krasnow, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 243.

(10) Conf. Trib.Fam. N° 5 de Rosario, 25-2-2001, *"K., S. y otros. Modificación uso de nombre"*, Rubinzal Online, RC J 3133/11.

(11) LLOVERAS y SALOMÓN, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional* cit., p. 69.

(12) CSJN, 12-6-2012, in re *"NN o U. V. s/Protección de personas"*, L. L. Online. AR/JUR/23454/2012: *"el derecho a la privacidad -por definición propio y exclusivo de cada persona- se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo -art. 11, inc. 2o, CADH- y en ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia, sin embargo ello resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable necesitado de protección -art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional- tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego"*.

(13) Puede verse CFam. Iª Nom. de Córdoba, 23-10-2002, *"T. D., J. E. c/R. D. Q"*, L. L. 2003-C-300.

(14) HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*. Universidad. Buenos Aires, t. II, ps. 300 y ss.

(15) KRASNOW, Adriana, *El desplazamiento del estado filial y su repercusión en el derecho de identidad*. La facultad concedida al hijo de continuar con el uso del apellido, en L. L. 2004-D-635; PLINER, Adolfo, *El nombre de las personas*, 2a. ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 50; B1DART CAMPOS, Germán, *La inmutabilidad del nombre*, en E. D. 155-224.

(16) JÁUREGUI, *El nombre de los hijos* cit., p. 73.

- (17) Corte Constitucional de Bogotá, Sala Tercera de Revisión, 24-2-2005, sentencia T-168/2005, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-168-05.htm> (compulsada el 23-5-2013).
- (18) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Aspectos jurídicos de la adecuación de sexo, en Revista Jurídica del Perú, año XLVIII, N° 16, julio-septiembre de 1998, citado por GIL DOMINGUEZ, Andrés, El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional, en L.L.B.A. 1999-1104.
- (19) HERRERA, El derecho a la identidad en la adopción cit., p. 405.
- (20) PLINER, Adolfo, El nombre de las personas, Abeledo-Perrot, Buenos aires, 1965, p.92.
- (21) JFam. De Gualeguaychú, 8-2-2013, “V.M.M.”, Abeledo-Perrot Online, AP/JUR/199/2013.
- (22) CNCiv., sala J, 26-4-2011, “R.L.J. y otro c/P.H.G. s/Información sumaria”, expte. 101.159/2005, el Dial-AA6AF0, del 12-5-2011.
- (23) Trib.Coleg.Fam. N° 5 de Rosario, 25-2-2011, “K.S y otro s/Modificación uso de nombre”, abeledo-Perrot Online, N° 70069314.
- (24) CSJN, 2-8-2005, “S., C. s/Adopción”, Actualidad Jurídica de Córdoba. Familia y Minoridad, vol. 17, p. 1753.
- (25) CFam. 1° Nom. De Córdoba, 23-10-2002, “T.D., J.E. C/R. D. Q.”, L. L. 2003-C-300, con nota de Angelina Ferreyra de de la Rúa.
- (26) CNCiv., sala M, 24-10-2003, “G. de M. c/M. G.y otros”, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2004-II-21 y ss., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, con nota de MIZRAHI, Mauricio L., desplazamiento filiatorio inconstitucional y legítima adquisición del apellido por el largo uso.
- (27) PLINER, Adolfo. El nombre de las personas, 2a. ed, act., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 32.

Régimen jurídico de la adopción: cuestiones de fondo

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 93

Cita Online: LALEY AR/DOC/1298/2015

[Consultado el: 04/06/2021]

1. Introducción.

En la tarea de analizar la nueva legislación en un tema que sigue siendo sensible a la ciudadanía por las múltiples facetas que contempla, por su estrecha relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos, y porque la adopción como fuente de nacimiento de lazos jurídicos no comienza ni finaliza con la sentencia que emplaza en determinado estado jurídico, emprenderemos el comentario siguiendo en líneas generales la sistematización del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC).

La decisión guarda relación con dos cuestiones: a) la historia del sistema adoptivo en nuestro país y la mirada constitucional-convenional que demarca su función social y b) el análisis sistémico que el nuevo cuerpo normativo propone y reclama.

En cuanto a la primera, recordemos que la regulación jurídica de la adopción nace como norma especial y complementaria del Código Civil en el año 1948 (Ley 13.252), es modificada en el año 1971 (Ley 19.134) y recién en 1997 con la Ley 24.779 se la anexa al texto del Código Civil. Sin embargo, la regulación de la adopción al sistema normativo no solucionó los múltiples supuestos fácticos que

superaban el marco legal, y fueron constantes los proyectos legislativos para la reformulación de los textos sancionados.

¿Es el mismo interés social el que dio lugar a la primera ley de adopción que el que motorizó las sucesivas reformas? La respuesta es negativa, y obedece a la dinámica propia de las relaciones familiares, pero también a la incidencia que en el sistema jurídico interno tuvo el derecho internacional, en particular los tratados de derechos humanos firmados por nuestro país.

La visibilización de la necesidad de que los niños carentes de cuidados parentales contaran con una familia que les brinde la cobertura de sus requerimientos de desarrollo, y que esa relación jurídica produzca la satisfacción de sus derechos, es entendida como primordial recién a partir de la vigencia del nuevo paradigma de protección integral de derechos que introdujera —al menos desde el punto de vista de las leyes— la Convención de los Derechos del Niño y luego la Ley 26.061.

Esa afirmación se evidencia en el desarrollo del derecho a la identidad, si advertimos que en un principio se avalaba el ocultamiento del origen y luego se dispuso expresamente el develamiento. Algo similar ocurrió respecto del derecho a ser criado en una familia —preferentemente en la de origen— que en una primera etapa del instituto adoptivo estuvo al margen de la consideración jurídica, incluyendo la ausencia de participación de los progenitores biológicos en el proceso anterior a la adopción, transmutada en una fase posterior de citación obligada y una actual de entrevista, aún sin que tengan la calidad de parte.

Desde otra arista, la historia de la adopción muestra un refuerzo del interés del mundo adulto en satisfacer la necesidad de su deseo de hijo muchas veces con descuido de los derechos del propio niño o de sus progenitores, dando lugar a juicios de restitución que constituyen verdaderas tragedias humanas. (1)

El segundo argumento para la estructuración de este trabajo (la perspectiva holística) tiene su soporte en lo que disponen las primeras normas del CCyC. En especial porque se establece un sistema de fuentes para los "*casos*" que rige, basados en la ley, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos (art. 1) que se interpretan de modo *coherente* con todo el ordenamiento jurídico (art. 2º) (2), a la par que se consigna la obligación de los jueces de decidir los asuntos sometidos a su conocimiento con fundamentos razonables (art. 3º).

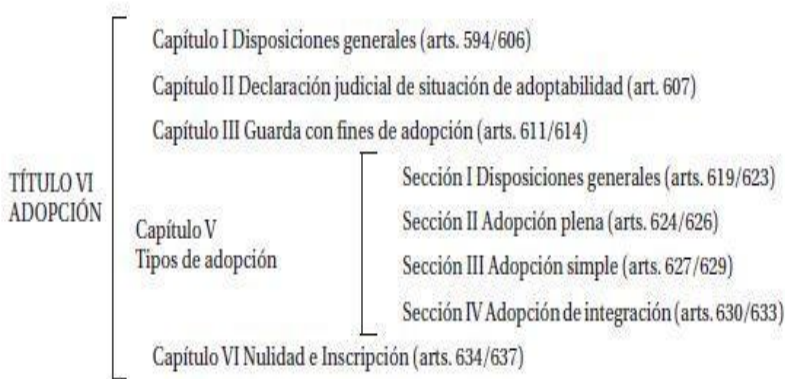
A grandes trazos, adelantaremos que el CCyC comienza definiendo el instituto, seguidamente estatuye los principios que rigen la materia y que sirven de pautas aptas para interpretar las posibles lagunas legales; establece los recaudos exigidos para ser adoptante y poder ser adoptado, regula el nombre del hijo adoptivo, y también enlaza la etapa previa de desprendimiento de la familia de origen con la posterior de emplazamiento en un nuevo grupo familiar. Introduce, por sus caracteres específicos, tres tipos adoptivos y confiere participación en calidad de parte a todos los involucrados en la materia, con especial ponderación de la que le corresponde al niño o niña en función de su edad y madurez.

Dentro de las novedades incorporadas puede señalarse el consentimiento del niño o niña respecto de su propia adopción, y la posibilidad de que el juez pueda mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. También la profundización en todo lo referido al tema de la identidad, mediante la acción autónoma de acceso al origen y sus variantes de posibilidad de información y de registración fidedigna sin afectación del emplazamiento adoptivo.

Abordaremos este instituto señalado que si algo caracteriza al nuevo sistema regulatorio de la filiación adoptiva —consignada en el art. 558 como fuente filial con igual efecto que la derivada de la

naturaleza y de las técnicas de reproducción humana asistida— es la porosidad y permeabilidad del sistema, que se estructuró con reglas que no tienen carácter pétreo sino que persiguen dar cabida a la mayor cantidad posible de situaciones para, en definitiva, hacer posible el derecho constitucional a vivir en una familia.

El Libro II regula las Relaciones de Familia a lo largo de ocho títulos, dedicando el Título VI a la adopción (arts. 594 a 637), conforme el siguiente esquema:



2. Disposiciones generales

El diseño legislativo establece una serie de pautas de orden general que informan todo el sistema adoptivo con el objetivo de dotarlo de coherencia y fijar estándares aptos para que la interpretación de las normas conduzcan al objetivo del instituto: garantizar el derecho a la convivencia familiar a partir de un emplazamiento filial dispuesto por una sentencia judicial luego de un proceso justo.

A ese fin, comienza por definir a la adopción en el art. 594, y en la norma siguiente establece los principios generales que informan su aplicación, pudiendo advertirse el cambio de eje que apareja la consideración de la persona del niño o niña como punto de partida del sistema en todos ellos. También la apuntada prioridad aparece cuando se dispone en primer lugar quienes pueden ser adoptados, y cómo se resuelve la pluralidad de filiaciones —adoptivas y/o biológicas— para recién luego regular las condiciones requeridas a los adultos para ser adoptantes.

El CCyC introduce reglas de corte procesal en todo su articulado, pero en el especial tema de la adopción lo hace estableciendo plazos determinados que configuran una unidad reglamentaria para todo el país. Establece que el magistrado deberá tomar decisiones vinculadas con el derecho a la convivencia familiar en la familia de origen —y ulteriormente en la que pretende su adopción— en esos plazos prefijados, lo cual reduce la incidencia que el factor "*tiempo*" produce en la vida cotidiana de las personas menores de edad privadas de cuidados parentales, o cuando se cuestionan los ejercidos. Esta política legislativa se replica en las normas que establecen los plazos para la selección de los pretendidos adoptantes (art. 609 inc. c) y en la equivalencia que se confiere a la declaración de situación de adoptabilidad con la privación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 610), impidiendo de ese modo un nuevo proceso que sólo irrogaría un desamparo superior en la persona menor de edad.

Se prioriza el factor tiempo cuando se dispone que, dictada la sentencia que declara al niño o niña en situación de adoptabilidad y seleccionada/s las persona/s que se desempeñarán como adultos proveedores de cuidados parentales, y oído el niño o niña, no es necesario un proceso autónomo para discernir la guarda con fines de adopción, sino que la actividad jurisdiccional se limita al dictado de una resolución que la dispone y por un plazo que no puede ser superior a los 6 meses (arts. 612 y 613). Caen bajo esta línea argumentativa de reducción de tiempos de procesos en desmedro de

derechos, las normas procesales que fijan los órganos competentes y que en la jurisprudencia nacional irrogaron dilaciones temporales de envergadura, que jugaron en contra de los derechos de los principales involucrados (arts. 612, 615, 716).

Establecer términos perentorios implica recortar del mundo de los plazos procesales la vida real de una persona en crecimiento, sustraerla a los tiempos de otros para regresarle su propio tiempo vital. Lo que en términos jurídicos importa dirimir los hechos y el derecho en plazos razonables, en la vida de un niño puede implicar pasar de un presente determinado a uno posible, de un "aquí y ahora" ominoso a uno de dignidad.

De allí la ponderación que hacemos de las disposiciones contenidas en los arts. 607 incs. a, b, y c que regulan las posibles situaciones que dan lugar a la adopción en virtud de la desmembración familiar y su apartado final, donde consagra el deber para el juez de resolverlas en un plazo *máximo* de noventa días.

Los órganos administrativos también son compelidos por el derecho sustancial, pues el art. 607 establece en dos apartados situaciones que pueden originar la declaración de adoptabilidad (inc. a: orfandad o filiación ignorada e inc. c: adopción de medidas de excepción tendientes a la permanencia en la familia de origen, o ampliada sin resultado positivo) y fija para cada una de ellas plazos perentorios (30 y 180 días, respectivamente). Esta solución legal se encuentra en sintonía con lo resuelto por la CSJN cuando extendió a la Administración el deber de ajustar su actividad a plazos razonables en los siguientes términos: *"el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional(...) cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento pueda erigirse en óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8° de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial"*, aclarando expresamente que esa solución se hacía

extensiva a: "*todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales*". (3)

La garantía de plazo razonable es exigible en materia penal, civil, laboral, o de cualquier carácter (arts. 1º, 2º, 8º, 25 C.A.D.H.). La Corte IDH en su función jurisdiccional expresó que "*en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades*" (4), y la aplicación obligatoria de esta jurisprudencia emana del art. 1º del CCyC, aunque no se derive de un caso que afecta de manera directa a nuestro país.

El protagonismo del niño, niña o adolescente también emerge de las reglas que le confieren calidad de parte como la alojada en el art. 608 o el 617 inc. d) —que se vincula con lo dispuesto en el 634 inc. i) cuando regula la nulidad de la adopción obtenida en violación a aquella norma— que dispone la obligatoriedad de que el niño preste el consentimiento de su propia adopción.

2.1. Concepto (5)

El CCyC establece una noción de esta fuente filial, lo cual no es ajeno a lo que ocurre en otros sistemas legislativos regionales, como es el caso de Paraguay, Chile, Colombia, Venezuela o Perú, y fue también plasmado en los proyectos legislativos que precedieron al texto vigente. La opción legislativa obedeció a la necesidad de reducir la discrecionalidad judicial.

El art. 594 postula a la adopción como una institución reconocida para proteger un derecho determinado: a la vida familiar en condiciones apropiadas para el más amplio ejercicio de los derechos titularizados por las personas menores de edad.

Dice la norma: "*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, excepto lo dispuesto en el art. 632 inc. f)*".

Se hace referencia al desarrollo en "*una*" familia con la cual podrá (familia extensa) o no (pretensos adoptantes) tener vínculo de parentesco originario.

El derecho humano de los niños a conocer a sus padres y ser criados por ellos (arts. 7º, 8º y 9º CDN) no reviste carácter absoluto, y bajo determinadas circunstancias puede ser válidamente desplazado. Ese esquema impone que la actuación administrativa y la judicial en supuestos de vulneración de derechos, se enmarque en un trabajo coherente con medidas eficaces, cuya finalidad sea procurar que la convivencia familiar en la familia de origen sea posible, puesto que la separación es una medida excepcional (OC N° 17, párrafos 71-77 y 88, y Ley 26.061, art. 7º). El fundamento de esa separación serán las situaciones de extrema gravedad como violencia, abuso, negligencia y otras formas de maltrato que no fueron revertidas.

El CCyC mantiene la postura legislativa por la cual la adopción hace nacer el vínculo a partir de una sentencia judicial, con la salvedad que indica "*conforme las disposiciones de este Código*". Ese párrafo del art. 594 obedece a una profunda innovación que se introduce en el art. 621 por el cual se determina la facultad judicial de respetar, modificar o crear consecuencias jurídicas con algunos o varios miembros de la familia adoptiva o de origen —nuclear y ampliada— y es el derecho a la identidad el fundamento de la inclusión de esa amplia y novedosa disposición.

2.2. Principios (6)

Los lineamientos de carácter general e integrador que se introducen en el art. 595 son directrices o mandatos dirigidos

fundamentalmente a los operadores jurídicos —no tan sólo a los jueces —, demarcatorios de todas las acciones estatales desplegadas para hacer real el derecho a la vida familiar en condiciones adecuadas. Señala Dworkin que son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. (7)

Constituyen una novedad ingresada a la regulación jurídica de la filiación adoptiva, aunque muchos de ellos se aplicaron en el tratamiento de los casos concretos —en ocasiones, aisladamente, y justificando situaciones de hecho previas que poco tenían que ver con el respeto de los derechos titularizados por los niños o sus adultos responsables (8)— y si bien se establecen a lo largo de seis incisos, es importante poner de resalto que no tienen un orden jerárquico ni se anulan unos a otros, sino que constituyen una herramienta de ponderación ante la tensión de derechos que puedan aparecer como contradictorios.

En los fundamentos del CCyC la Comisión redactora señaló: *"...es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores"*.

2.2.1. Interés superior del niño (art. 595 inc. a)

Esta directriz constituye uno de los cuatro principios liminares que consagró la C.D.N. (junto con el de no discriminación del art. 2º, el de participación de los arts. 5º y 12, el de derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del arts. 6º).

Se trata de un verdadero principio de derecho, al que Cillero Bruñol categorizan como principio garantista (9) y en el derecho interno aparece reglado en varias normas, entre ellas la Ley 26.061 (art. 3º) y las leyes provinciales de infancia.

Aparece particularmente enfatizado en la C.D.N. cuando el tratado reconoce distintas manifestaciones del derecho a vivir en familia, contemplando entre otros modos alternativos al cuidado y la crianza en el grupo de origen a la adopción (arts. 20 y 21) e indica que los Estados que admiten este sistema cuiden que el interés superior del niño sea *la consideración primordial*, y no una consideración más.

Al juzgar sobre el interés superior del niño, niña y adolescente, no es la voluntad de quien resuelve lo que conceptualiza en qué consiste, ni mucho menos puede sostenerse que se trate de una noción de contenido indeterminado. En todo caso encierra una fórmula amplia de textura abierta que "*no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso...*", las que deberán ser razonablemente explicadas al resolver sobre los derechos esgrimidos. (10)

Es preciso considerar que uno de los estándares constitucionales que la CSJN estableció es que "*La atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño*". (11)

En apretada síntesis, y puntualmente relacionado con la adopción, puede sostenerse que se satisfará esta exigencia constitucional si se determina con sustento en los hechos y en las pruebas aportadas, desechando argumentos hipotéticos o conjeturales, cuáles son los derechos que se resguardan y en la mayor medida en que ello sea posible, o —por el principio *pro homine*— cómo se afectan en menor cantidad o con gravamen disminuido algún o algunos derechos que titularizan los niños, niñas y adolescentes, y las razones para que deba resolverse de ese modo. Cabe agregar que esta pauta

debe ser considerada junto a los otros principios rectores del instituto contenidos en el art. 595.

2.2.2 La identidad: un derecho y un deber correlativo y exigible (art. 595 inc. b)

El derecho a la identidad reviste particular importancia en nuestro país. Su desarrollo fue exponencial y excede los límites de este trabajo su tratamiento. En particular sostenemos que su reconocimiento y protección atraviesa toda la arquitectura del nuevo texto legal, con pautas precisas para todas las fuentes que dan lugar a emplazamientos filiales (naturaleza, técnicas de reproducción humana y adopción).

El CCyC contempla en la regulación de la filiación adoptiva una consideración especial en lo que hace a las dos facetas que la conforman, según la tradicional disquisición de Fernández Sessarego. ⁽¹²⁾ Esta afirmación se verifica en lo tocante a los lazos afectivos generados —identidad en su aspecto dinámico— en los arts. 611 (excepción a la prohibición genérica de la validación de la guarda de hecho cuando se verifique el parentesco entre el pretense guardador y los progenitores), la posibilidad de mantener vínculos jurídicos en el caso de la adopción plena o de crearlos en la simple (art. 621), la de convertir la adopción simple en plena (art. 622), o la posibilidad de mantener régimen comunicacional con miembros de la familia de origen (art. 627). Se visualiza también al reconocerse que la adopción de integración mantiene siempre el vínculo con el progenitor biológico cónyuge o conviviente del adoptante (art. 630), y al concederse la posibilidad de recurrir al art. 621 si el niño tiene doble vínculo filial (art. 631).

Desde la otra arista vinculada a la identidad, se protege la estabilidad del nombre del niño o niña, promovándose el respeto del prenombre y sólo excepcionalmente autorizar su modificación (art. 623), la conservación del apellido de origen aún en el supuesto de la adopción plena, con especial valoración de la opinión del adoptado

(art. 626 inc. c y 627 inc. d para la adopción simple), y la posibilidad de conservar el apellido adoptivo en caso de revocación de la adopción simple (art. 628).

También en normas que regulan situaciones particulares que se fundan en los vínculos generados a partir del ensamble adoptivo, como la prevista en el art. 604 (adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial), 605 (adopción conjunta en caso de fallecimiento de alguno de los adultos guardadores, trátase de matrimonio o unión convivencial) y 606 (adopción del tutor a su pupilo, que conlleva en principio un deber de convivencia y despliegue de las funciones parentales).

2.2.3 Imposibilidad de permanencia en la familia de origen (art. 595 inc. c)

En nuestro país garantizar el derecho de los niños y niñas a la vida familiar, importa una actividad estatal subsidiaria una vez detectadas falencias en el despliegue de las responsabilidades de los progenitores. El art. 10 de la ley 26.061 reglamenta los derechos a la vida privada e intimidad *de y en la* vida familiar, estableciendo la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales, a la par que designa dentro del derecho a la identidad el conocimiento de los padres y el derecho a ser cuidado por ellos. Bajo ese sistema (que se deriva de los arts. 3°, 4°, 5°, 7.1, 8.1, 9° y 19 CDN), toda restricción impuesta por el Estado deberá ser ajustada a las reglas del debido proceso, y ser ejercitada en la porción más ínfima posible en función de la situación fáctica y los derechos afectados.

El CCyC obliga a transitar bajo pautas de debido proceso — es decir, con posibilidad de acceso a la justicia de todos los involucrados— una vía de naturaleza administrativo-jurisdiccional (13) en la que se elabore y lleve a cabo una estrategia particular de re-estructuración de las funciones parentales, si ello es posible. Se desarrollará con o sin convivencia del o los niños con sus progenitores, pero en todo caso, deberá contemplar estrategias de

fortalecimiento familiar, transacciones exigibles a los adultos responsables, revisión periódica de las acciones implementadas y pretendidas, y garantizar satisfacción de necesidades básicas que pudieran estar coadyuvando en la omisión de los deberes a cargo de los adultos responsables primarios.

Implementado el diagrama de fortalecimiento de la función parental con políticas y programas integrales y transversales, sin éxito en un plazo razonable —fijado de antemano— la autoridad de aplicación tendrá por agotada la estrategia y la situación podrá ser considerada dentro de las fijadas en el CCyC (art. 607 inc. c) en el plazo máximo de 180 días que coincide con el término establecido en la Ley 26.061. (14)

2.2.4 Los vínculos fraternos (art. 595 inc. d)

Como adelantáramos, este principio tiene soporte en el derecho a la identidad de los niños, nacido a partir de los vínculos derivados de la naturaleza. Consagra el mantenimiento de ellos desde un doble aspecto: jurídico y relacional, a partir de que deberá procurarse la adopción conjunta de todos los hermanos por los mismos adoptantes, o preservar el lazo jurídico en los términos del art. 621. En uno y otro caso se busca garantizar la continuidad del trato fraterno. Como todo derecho, no reviste carácter absoluto y puede ser pasible de no admisión cuando existan motivos de peso que hagan inadecuado para los derechos de algunos de los menores de edad involucrados aplicarlo de manera irrestricta. Todas las especiales situaciones que se susciten serán ponderadas al momento de dictarse la sentencia de adopción, que sopesará el deseo de los niños involucrados y las posibilidades del mantenimiento o no de los vínculos jurídicos entre los hermanos.

La ley establece que es posible apartarse del principio general, pero el magistrado deberá dar fundamentos razonables conforme los antecedentes fácticos del porqué de dicho apartamiento (art. 595.d.

último párrafo), y atendiendo no a las pretensiones de los adultos, sino al interés y deseo de los principales sujetos: los niños.

2.2.5 Derecho a conocer los orígenes (arts. 595 inc. e y 596)

El régimen derogado disponía como deber para los adoptantes hacer conocer al hijo su realidad biológica (art. 321 inc. h), quedando en la esfera de la decisión de los adultos profundizar acerca de las circunstancias particulares en que el desprendimiento de la familia de origen se había producido, así como otros datos que pudieran ser de su interés.

Al hijo adoptivo, por su parte, se le posibilitaba el acceso directo recién a partir de los 18 años, es decir, desde su mayoría de edad y cuando ya no estaba bajo la responsabilidad parental de los adoptantes. (15) Reconocía la posibilidad de acción de filiación al adoptado pleno con el único fin de acreditar los impedimentos matrimoniales (art. 327).

El CCyC innova reconociendo en el acceso al conocimiento al origen un principio que deberá regir en situaciones dudosas —es decir, como pauta interpretativa favorable a la posición de quien pretende ejercerlo— pero además establece una posibilidad más concreta y de mayor amplitud en el art. 596. Allí dispone que cualquier persona que detente un emplazamiento adoptivo podrá, en cualquier momento, acreditando edad y madurez suficiente, conocer los antecedentes obrantes en el sistema estatal (administrativo y judicial), vinculados con su historia de origen y su biografía anterior a la inserción adoptiva.

La nueva fórmula legal reemplaza el acceso al expediente por la posibilidad de compulsar "*registros*", que abarca todo tipo de información sensible y relevante. Se conecta así con el derecho a la verdad y a la posibilidad de integrar la identidad, si ella aparece como incompleta para el adoptado.

La porción final del art. 596 se establece que: *"además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada"*. Se establece así, una distinción entre el acceso a la información sobre el origen contenida en los expedientes y los registros, y una acción autónoma (innominada) tendiente a conocer los orígenes cuando ellos no consten en los registros. Podría apelarse a ella en los supuestos del art. 607 inc. a (sin filiación establecida), pero también cuando el emplazamiento biológico fue sólo de uno de los progenitores, o para conocer acerca de la existencia de otros parientes, o si se duda del emplazamiento por reconocimiento paterno, etc.

Sin embargo, el legislador no se desentiende de las implicancias subjetivas de esa decisión y admite que el juez pueda, como facultad, disponer la intervención de un equipo interdisciplinario para colaborar con la persona menor de edad. Ello será más necesario si el niño comparece sin la asistencia de sus representantes legales (los padres adoptivos) pues estaría sugiriendo un conflicto de intereses en ese punto.

Esta acción se reconoce —en tanto no contiene limitación alguna y cobra virtualidad del principio en comentario— en todos los tipos adoptivos, a diferencia de la establecida en el art. 594, que sólo procede para la adopción plena autorizando el reconocimiento posterior o la acción de emplazamiento para reclamo alimentario o sucesorio, sin afectar el vínculo creado con la adopción.

2.2.6 Derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta (art. 595 inc. f)

El CCyC reconoce las personas menores de edad la progresividad de ejercicio de derechos hasta la completa autonomía personal. En el tema de la adopción se traduce en que se parte de un primer estadio donde el niño o niña con independencia de su edad y cuando deba tomarse una decisión que lo involucre, debe ser

escuchado, hasta uno más intenso dado por el consentimiento de su propia adopción.

No se fija una edad determinada para que se ejerza el derecho a ser oído como sinónimo de escucha personal, sin perjuicio de los otros aspectos que involucra, y que sí tienen determinados recaudos etarios (como la posibilidad a los adolescentes de ser tenidos como parte procesal —arts. 25/26, 608, 617— o prestar el consentimiento para la propia adopción —arts. 595 inc. f, 617 inc. d y 634 inc. i—).

El ejercicio de este derecho por parte del niño o niña de cuya adopción se trata, requiere de un interlocutor dispuesto a oír, actividad humana que conlleva un entrenamiento especial para el cual no todos los magistrados se encuentran preparados. En ese sentido, resulta una herramienta de suma utilidad la que el mismo Código coloca a disposición de los jueces en el art. 706 inc. b, esto es, requerir un apoyo para el despliegue de su deber de otras ciencias como la psicología o el trabajo social.

2.2.7 El consentimiento para la propia adopción (art. 595 inc. f y 617 inc. d)

Constituye una novedad en el sistema adoptivo. (16)

La exigencia de requerir el consentimiento al niño mayor de 10 años subsume dos finalidades: 1) respeto de la dignidad y la identidad de la persona menor de edad y 2) prevención del fracaso de la inserción adoptiva.

La legislación tuvo en cuenta el principio de realidad, en tanto es creciente el número de niños en condición de adoptabilidad que superan la primera infancia (más de 2 años), y decreciente los que se encuentran por debajo de esa franja. Esa circunstancia implica el desarrollo de vínculos previos que no pueden ser aniquilados sin costo personal para el sujeto más importante de la relación jurídica, sobre los que debe expresarse con libertad. Pero también como modo

de prevenir supuestos de "reintegración" de niños por fracaso en la generación de vínculos con la familia de pretendientes adoptantes al no haber considerado que el niño o niña puede no desear la inserción en una familia distinta a la de origen, o en la de los pretendientes seleccionados.

Consentir la adopción —o negarse a ser hijo adoptivo (17)— conlleva el ejercicio de una decisión personalísima que será producto de un conocimiento exhaustivo de las implicancias y efectos de la filiación que se pretende, que se incrementa cuando mayor es la edad del niño y más profunda su conciencia de las circunstancias personales.

Es, en definitiva, la consideración del niño como sujeto que expresará su voluntad libre e informada.

El art. 617 inc. d) establece que "*el pretense adoptado de más de diez años debe prestar su consentimiento expreso*", y el 634 inc. i) sanciona con nulidad absoluta la adopción obtenida con "*la falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado*".

A diferencia de lo que ocurre con el ejercicio del derecho a ser oído, en cuyo despliegue el pretense adoptivo puede opinar no compartiendo algún tema en particular, y el judicante, no obstante, podrá apartarse fundadamente de ello, en el caso del consentimiento, su falta impone el rechazo del emplazamiento adoptivo.

El consentimiento del adoptivo surgirá como producto de ese proceso, pues se trata de una manifestación de voluntad meditada que emerge a partir de contar con la información necesaria para poder decidir sobre la opción que se le presenta, y que se complementa con la experiencia que dejó en el niño el tránsito por el período de guarda.

Realizando una comparación entre las disposiciones generales derogadas y las actuales se visualiza en el siguiente cuadro comparativo:

LINEAMIENTOS GENERALES		
REGULACIÓN LEGAL	CÓDIGO CIVIL (Ley 24.779)	CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
CONCEPTO	No contemplada	Art. 594. Derecho del niño a vivir en familia.
PRINCIPIOS RECTORES	Dispersos o ausentes	Art. 595. Seis principios: interés superior, identidad, permanencia en la familia de origen, preservación de vínculos frateros, conocimiento del origen, ser oído, tenido en cuenta y consentir su adopción.
ACCESO AL ORIGEN	Obligación sin sanción para los adoptantes (origen adoptivo)	Obligación sin sanción para los adoptantes (origen adoptivo).
	Limitación de edad (a partir de los 18 años)	Fórmula amplia: edad y madurez suficiente. Se presume en adolescentes y tienen legitimación.
	Limitación de fuentes (sólo al expediente judicial)	Ampliación de acceso a los antecedentes administrativos de todo tipo y judiciales ("registros").
		Deber de acompañamiento estatal.

LINEAMIENTOS GENERALES		
REGULACIÓN LEGAL	CÓDIGO CIVIL (Ley 24.779)	CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
ACCESO AL ORIGEN (cont.)	Acreditar vínculo para descartar impedimentos matrimoniales (art. 327)	1) Adoptivos con filiación biológica para completar información sobre identidad. 2) Adoptivos sin filiación originaria o que dudan de ella para acceder a la verdad. No afecta vínculo adoptivo (art. 596). Adoptivos plenos para reclamar alimentos y derechos sucesorios. No afecta vínculo adoptivo (art. 594).

2.3. Sujetos involucrados en la adopción

Coherente con la decisión de incorporar la definición del instituto y las pautas generales que lo regirán, se reordena el tratamiento de quienes intervienen en este sistema de emplazamiento filial, receptando las críticas que la doctrina había hecho a los arts. 311 y 312. Respecto de los adoptantes, se separan los requisitos exigidos de las prohibiciones, a diferencia de lo que ocurría en el art. 315 que reglaba promiscuamente ambas cuestiones y remitía a otras normas.

En los arts. 597 y 598 se establecen las condiciones para ser adoptado y la solución legal para la pluralidad de adopciones. Además de una corrección en el lenguaje (sustituyendo el término "*menores*" por "*personas menores de edad*" o "*estado*" por "*posesión de estado*"), y el mantenimiento del requisito de la minoría de edad, se requiere la declaración de situación de adoptabilidad o privación de la responsabilidad parental, pues para hacer nacer el vínculo adoptivo es imprescindible que no se cuente con emplazamiento previo o se haya extinguido por razones legales (principio de doble filiación del art. 558).

Excepcionalmente se admite emplazamiento adoptivo de quien es mayor de edad o se emancipó —por matrimonio— para la adopción de integración y en caso de posesión de estado de hijo en la menor edad. Estas condiciones deben estar cumplidas a la fecha en que se dicta la sentencia de guarda con fines de adopción (arts. 614 y 618).

En el art. 598 se contempla autónomamente el tipo de vínculo que crea la sentencia respecto de los hijos anteriores del o los adoptantes, igualando el tratamiento con independencia que sean biológicos, nacidos por TRHA o adoptivos. El sistema anterior contemplaba el parentesco filial sólo entre hijos adoptivos por adopción simple (art. 329 Código Civil derogado). No posibilitaba la creación de vínculo entre los adoptivos y los descendientes biológicos,

debido a los acotados alcances de la adopción simple, limitados a crear parentesco entre padres e hijos adoptivos.

Los efectos derivados del parentesco entre hermanos a partir de la adopción serán de orden alimentario (art. 537 inc. b), sucesorio (según los arts. 2424, 2438, 2439 y 2440 adquieren vocación hereditaria) a la par que nacen determinadas restricciones como la que les impide conformar una unión convivencial (art. 510, inc. c), o en el caso del impedimento matrimonial dirimente de parentesco (art. 403, inc. b del CCyC).

Con relación al derecho a la vida familiar como eje central del instituto de la adopción, se regula la posibilidad de adopción posterior a una filiación adoptiva que cesa durante la minoría de edad de la persona (art. 599, último párrafo). Las causales de extinción del emplazamiento son: fallecimiento del o los adoptantes, nulidad de la adopción o sentencia de privación del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 610, 699, 700, 703).

Las condiciones para ser adoptados que se mantienen y las que varían se pueden ver en el siguiente esquema:

SUJETOS DE ADOPCIÓN	CÓDIGO CIVIL (Ley 26.74)	CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
Terminología	Menores	Personas menores de edad
Condiciones	Menores no emancipados (art. 311)	Personas no emancipadas + situación de adoptabilidad o progenitores privados de la responsabilidad parental
Excepciones (adultos o emancipados)	Hijo del cónyuge	Hijo del cónyuge
		Hijo del conviviente
	Estado de hijo del adoptado	Posesión de estado de hijo
Pluralidad de adoptados (adopciones simultáneas o sucesivas)	Todas las adopciones del mismo tipo (art. 313)	Cada adopción según ISN (arts. 620 a 621)
	Vínculo jurídico de hermanos entre adoptados por adopción simple (art. 329)	Los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son her- manos. Independiente de si la adopción es simple, plena o de integración (art. 598)
Adopción posterior	No prevista	Posible en supuestos de muerte del adoptante u otra causa de ex- tinción (art. 599)

En los arts. 599 y 600 se enumeran los requisitos que deberán reunir los pretendientes adoptantes, sin perjuicio de algunas particularidades que se señalan en otras normas. Son recaudos de índole positiva, mientras que los que obstan la pretensión adoptiva se condensan en el art. 601.

El art. 4° de la ley 13.252 primero, el art. 2° de la ley 19.134 luego, y finalmente el art. 312 del Código derogado, explicitaban que nadie podía ser adoptado (simultáneamente agregó la Ley 24.779) por más de una persona, salvo que los adoptantes fueran cónyuges.

En una disposición autónoma (art. 602), y debido a que el CCyC amplía los derechos a los distintos tipos familiares —a tono con el principio de diversidad que campea en todo el sistema—, se consigna la particular exigencia de la adopción conjunta para cónyuges

o convivientes y luego también se contempla la excepción a esa regla (art. 603).

En el nuevo ordenamiento, que desecha arquetipos familiares, tanto una persona sola como aquellas que conformen una unión convivencial o las que elijan unirse matrimonialmente se encuentran —objetivamente— en igualdad de condiciones para adoptar, sin que se establezcan prioridades entre alguna de las formas posibles. Obviamente, tampoco puede realizarse ningún tipo de selección fundada en la elección sexual de la pareja de pretendientes adoptantes, a tono con lo resuelto por la Corte IDH, que señaló: "*Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños*". (18)

El CCyC asume que lo importante para el correcto desarrollo de las potencialidades de un niño son las relaciones armónicas, un proyecto de vida donde se compartan valores comunes, brindarles pautas de cuidado y educación donde prime el respeto entre los miembros del grupo familiar. El objetivo de la adopción es dotar de un contexto familiar hábil y competente para el desarrollo personal a los niños que no pudieron ser criados en sus familias originarias, por lo que ni determinada cantidad de años de vida en común ni la inexistencia de otros hijos resultan pautas de gravitación, pues las valederas están dadas por las aptitudes personales, culturales, axiológicas, morales y emocionales del adoptante para brindar condiciones de estabilidad y perdurabilidad.

El requisito relativo al plazo de residencia de 5 años anteriores a la petición de la guarda para adopción que consignaba el art. 315 de la legislación derogada se mantiene en su extensión, pero se aclara que no rige para los nacionales ni personas naturalizadas en el país,

solucionando las justas críticas esgrimidas a la prohibición general sin excepción del código vigente. También se alude de manera expresa a la necesidad de inscripción previa en el registro de adoptantes, amén de su regulación en una ley especial y complementaria.

Una de las modificaciones de gran impacto es la que disminuye la edad para adoptar de 30 a 25 años (art. 601), junto con la aclaración —vinculada con el principio de realidad— del supuesto de la adopción conjunta, en que este requisito se tiene por llenado con que uno de los dos adoptantes en unión convivencial o matrimonio cuente con la edad mínima. La postura legislativa es coherente con la regulación de la adopción unipersonal: si una persona sola puede adoptar teniendo los 25 años, basta con que uno solo de los miembros de la pareja conviviente o matrimonial reúna la edad exigida.

Con relación a los adoptantes, se redujo la diferencia de edad exigida entre los sujetos de la relación (de 18 a 16 años), brecha que guarda relación con que ese es un límite etario plasmado en el CCyC para el ejercicio de derechos personalísimos (art. 26), asumiéndose que la capacidad progresiva va llegando a su apogeo, de modo que la reducción de la diferencia no es desajustada. El art. 599 se refiere a "*todo adoptante*", de modo que si la adopción es conjunta, deberán ambos cumplir ese requisito legal.

Subsisten las prohibiciones legales de parentesco (entre ascendientes y descendientes y entre hermanos) ante la subsistencia de figuras legales igualmente viables como la tutela, mejorándose la redacción con el reemplazo de "*medio hermanos*" por hermano unilateral (art. 601).

Los integrantes de la unión convivencial deben acreditar los requisitos establecidos en el art. 510 (ambos integrantes mayores de edad, no unidos por vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad en línea recta o colateral hasta el segundo grado, no tengan

impedimento de ligamen o una unión convivencial anterior registrada simultáneamente, y su convivencia date de al menos dos años).

2.4. Registro de pretensos adoptantes (19)

La importancia que este organismo tiene en el sistema adoptivo se visualiza a poco que se repare en la sanción de nulidad absoluta de la sentencia dictada en violación a la inscripción y aprobación del registro de adoptantes (art. 634 inc. h.). Su rol es de suma importancia porque de la evaluación interdisciplinar que se realiza emerge la lista de adultos que cumplen los requisitos legales para constituirse en padres o madres adoptivos, sin perjuicio de la selección que cada "*caso*" arroje, fundada en las particularidades biográficas de cada niño o niña en condiciones de adoptabilidad.

Resumiendo los requisitos y modificaciones respecto de los adultos:

SUJETOS ADOPTANTES	CÓDIGO CIVIL (Ley 26.74)	CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
Quienes pueden adoptar	Toda persona (sola) art. 315 Matrimonio art. 320	Matrimonio. Ambos integrantes de unión convivencial (con requisitos del art. 510). Una persona sola.
Domicilio/Residencia	5 años Permanente Ininterrumpida	5 años. No rige para argentinos nativos o naturalizados. Inscripción en Registro de Pretensos.
Edad legal mínima	30 años Ambos cónyuges en caso de adopción conjunta.	25 años. Al menos un miembro de la pa- reja en adopción conjunta.
Diferencia de edad	18 años	16 años. No rige en Adopción de Integra- ción.
Prohibiciones	Quien no alcanzaba la edad Matrimonios con menos de 3 años de casados o sin acreditar imposibilidad de procrear. Parentesco. Tutor con cuentas de la tutela sin aprobar.	Quien no tiene edad mínima. Quien no tiene diferencia de edad con el adoptivo. La pareja convivencial que no reúne recaudos del art. 510. Ascendiente a descendiente Hermano a su hermano.
Registro de Pretensos Adoptantes	Creado por el art. 2º de la ley, pero no mencionado en el texto incorporado al CC.	Deben estar inscriptos, excepto adopción de integración y tutor.

2.5. Adopción unipersonal o conjunta. Principio y excepciones

Se mantiene el principio ya plasmado en la anterior regulación de que si una persona está casada —ampliándose ahora para las uniones convivenciales— ambos integrantes de la pareja deberán solicitar la adopción (art. 602).

Admitida la adopción conjunta como la unilateral, corresponde realizar algunas distinciones.

En un primer estadio de regulación del instituto se admitía la adopción unipersonal de personas casadas, exigiéndose el asentimiento del cónyuge (conf. Ley 13.254 y 19.134), para luego reglamentarse que *"las personas casadas podrán adoptar si lo hacen conjuntamente"* (Ley 24.779), lo que daba lugar a algunos autores a considerar una suerte de preeminencia de la adopción unipersonal

sobre la dual. El CCyC termina con esas posturas estableciendo una regla general: la adopción pretendida por una persona casada o en unión convivencial no puede ser unipersonal.

La adopción conjunta es requerida por personas casadas o convivientes; de este modo, se amplía la posibilidad de adoptar a las parejas no casadas que cumplen los requisitos generales, en consonancia con la regulación de las uniones convivenciales receptadas también en el CCyC (arts. 509 a 528).

Como excepción, se mencionan los supuestos de personas casadas o convivientes en el que se admite la adopción unipersonal (art. 603, cónyuge con capacidad restringida o separados de hecho), y también se prevén de manera expresa hipótesis especiales de adopción conjunta de personas que al momento de otorgarse la adopción ya no se encuentran casadas o en unión convivencial, siempre teniéndose en cuenta el principio del interés superior del niño. (20)

El Código Civil y Comercial reglamenta el ejercicio de la capacidad de los ciudadanos (arts. 31 a 50), bajo determinadas directrices que cobran importancia en el campo de la filiación adoptiva. En primer lugar, la capacidad de ejercicio de la persona se presume; en segundo término sólo excepcionalmente y en su propio beneficio pueden imponerse restricciones; en tercer lugar, esas limitaciones tendrán lugar luego de una evaluación interdisciplinaria que contemple las múltiples aristas que involucra la salud mental.

La restricción de la capacidad será limitada a lo necesario, establecida en la sentencia judicial y contará con el sistema de apoyos adecuado. En ese contexto, si la sentencia que declara la incapacidad del cónyuge o conviviente de quien pretende adoptar no se expidió sobre la capacidad para consentir o no la adopción de una persona menor de edad, por tratarse de resoluciones que no causan estado y deben y pueden ser revisadas, podrá requerirse al magistrado que determinó la limitación de la capacidad jurídica que fije el alcance. Si

fue restringida específicamente, el cónyuge o conviviente queda habilitado para adoptar individualmente.

Respecto de la separación de hecho como excepción a la adopción dual exigida para personas casadas o en unión convivencial juega únicamente para los cónyuges. El cese de la vida en común de la pareja matrimonial no disuelve el vínculo, a diferencia de lo que ocurre con la unión convivencial, que por disposición legal (art. 523 inc. g) cesa con la interrupción voluntaria de la convivencia. El o la adoptante cuya unión convivencial es interrumpida podrá ser emplazado en una adopción unipersonal reglada por las normas genéricas.

Para decidir la adopción conjunta de personas divorciadas o cuya convivencia hubiere cesado la norma exige que se acrediten tres extremos: 1) la posesión de estado y 2) el interés superior del niño y 3) de qué forma incide la ruptura de la unión de los pretensos.

El fallecimiento de uno de los miembros del matrimonio está contemplado como causal de su disolución (art. 435 inc. a), y también como motivo del cese de la unión convivencial (art. 523 inc. a), de modo que producido ese hecho, en principio, afectaría a la adopción pretendida originariamente pues sólo cabría la posibilidad de que el cónyuge supérstite o el conviviente adopten individualmente.

No obstante la realidad del devenir vital se impone como principio rector, y junto con el interés superior del niño y atendiendo a la efectivización de su derecho a la identidad y la protección prioritaria de sus derechos se pueden reconocer efectos jurídicos con el padre o madre ya fallecido con fundamento en el respeto a la vida familiar. Se admite agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido, en consonancia con la mayor flexibilidad del régimen del apellido en la adopción que se recepta en la reforma (art. 605).

Adopción Unipersonal	Regla: persona sola Excepción: Persona casada Persona conviviente	Separada de hecho Cónyuge con capacidad restringida Integrante con capacidad restringida
Adopción Conjunta	Regla: ambos cónyuges o integrantes de la unión Excepción: divorciadas o cesada la unión (I.S.N.)	

3. Situación de adoptabilidad (21)

La adopción, como dijimos, es una institución dirigida a materializar el derecho constitucional que titularizan las personas menores de edad a la vida familiar (22), y opera con carácter subsidiario (23), lo que implica el deber estatal de agotar previamente las posibilidades de reintegro al ámbito familiar de origen (24) donde debieron desarrollarse estrategias suficientes y producirse cambios necesarios.

De ello se sigue que el desarrollo de las intervenciones estatales que pueden dar lugar a una sentencia de adopción debe, necesariamente, tener en consideración toda una etapa previa de corte administrativo-judicial ya regulada en la Ley 26.061 y sus similares provinciales, postulada mediante acciones tempestivas y con pretensiones de eficacia donde los derechos de todos los involucrados sean respetados. (25)

El nuevo ordenamiento reconoce la tarea jurisdiccional iniciada a partir de la utilización de la figura de la adoptabilidad se vio reconocida con la incorporación de ella a la legislación positiva en un capítulo específico (arts. 607 a 610, Cap. II del Título VI).

Los presupuestos de procedencia se establecen en el art. 607 a lo largo de tres incisos. Se contemplan las situaciones que pueden dar lugar a la declaración de adoptabilidad, sin que se trate de compartimentos estancos, la vulneración de derechos que pueda estar afectando a una persona menor de edad dependiendo de cuál fuere puede ser subsumida en más de uno de los apartados, o incluso mutar de uno a otro. Los supuestos legales son: a) niños sin filiación acreditada o huérfanos (casos de falta de emplazamiento filial o la extinción de la responsabilidad parental por fallecimiento de uno o ambos progenitores); b) decisión de los progenitores: consentimiento —informado— (supuesto de desprendimiento de la crianza con recaudos específicos e ineludibles: que la decisión sea libre e informada, no sea posible o haya fracasado el fortalecimiento familiar y sea tomada o confirmada luego de los 45 días posteriores al parto); y c) supuesto de medidas de protección con plazo de vigencia agotado (medidas estatales desplegadas que no lograron el objetivo de hacer cesar la situación de amenaza o reparar la situación de vulneración de derechos y es necesario separar al niño de la familia, siempre con control judicial).

La declaración de situación de adoptabilidad se formaliza con la sentencia que da por agotadas las acciones tendientes a la permanencia del niño en la familia de origen y ante un desamparo acreditado que se dilucidó con las garantías procesales para todos los intervinientes. Al igual que la privación de la responsabilidad parental —cuando la misma se dispone respecto de ambos progenitores— tiene como consecuencia la inserción del niño, niña o adolescente en otro grupo familiar. Esta similitud o equivalencia en las consecuencias es recibida por el Código Civil y Comercial en el art. 610.

Existe un supuesto más, contemplado en el art. 611 como excepción al principio general de absoluta prohibición de las entregas directas, y es el relativo a los parientes que, bajo ciertas condiciones comprobadas judicialmente, podrán ser adoptantes del niño que les fuera entregado sin intervención administrativa o judicial por los progenitores.

3.1. La guarda y la declaración de situación de adoptabilidad

En el CCyC la guarda desaparece como proceso autónomo y previo a la adopción, al ser reemplazada por aquel donde se adoptan medidas de protección de derechos administrativas, excepcionales o judiciales que pueden dar lugar a la declaración de adoptabilidad. La sentencia que resuelve la situación del niño decretando la inserción en otro grupo familiar y la que discierne la guarda para futura adopción concluyen el proceso, y las actuaciones siguientes se limitarán a los informes de seguimiento pertinentes.

Se dota a la guarda del contenido jurídico que corresponde: el cúmulo de derechos y obligaciones que los adultos asumen respecto de los pretensos adoptivos por un período temporal que no podrá superar el plazo de seis meses, y cuya finalidad es posibilitar el ensamble adoptivo. Deja de ser un proceso y se convierte en una modalidad de convivencia temporal, con intención de definitividad y sin implicar la totalidad de los deberes y responsabilidades derivadas de la responsabilidad parental.

Respecto de la guarda entendida como puesta o colocación de un niño en un ámbito familiar alternativo al de origen sin intervención judicial, el CCyC toma posición. El art. 611 dispone: "*Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretensos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción*".

La necesidad de regular desde el derecho aparece cuando la situación de desprendimiento de los progenitores es llevada a los tribunales para regularizar el ejercicio de derechos y obligaciones a partir de la pretensión de una guarda con fines adoptivos. La ley, por su parte, no puede silenciar estas relaciones gestadas a partir de un "*abijamiento*" irregular, pero que en definitiva en muchos casos están fundadas en una socioafectividad genuina, y no producto de intereses egoístas. (26)

En la legislación adoptiva derogada se reguló la prohibición de las entregas directas plasmadas en escrituras públicas o actos administrativos, en un intento para evitar el circuito extrajudicial del que dieron cuenta muchos trámites judiciales. Como refuerzo, y a partir de la Ley 25.854 y sus sucesivas reglamentaciones, el Registro Único de pretensos adoptantes se erige en un organismo destinado a llevar una lista de centralizada de aspirantes que, sólo de ser admitidos, podrán ser seleccionados por los magistrados para convertirse en padres y madres adoptivos. Sin embargo, diversos casos jurisprudenciales dieron cuenta de la ineficacia del sistema. (27)

El desprendimiento de la crianza de un hijo por la entrega directa con el objeto de su futura adopción —se trate de un recién nacido o de mayor edad— es un acto de claudicación y abandono de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental. La guarda de hecho a la que da lugar esa entrega nace por fuera del Sistema de Protección que tiene direccionado su desempeño a la restitución de los derechos de los niños, puntualmente, su derecho a la vida familiar, con control jurisdiccional (arts. 9º, 18, 20 y concs. C.D.N.).

El mecanismo legal establecido en el Código no deja fuera la autonomía personal de los progenitores, que en el ámbito del procedimiento de adoptabilidad tendrá ocasión de constituirse en parte y además entrevistarse con el juez competente exponiendo los motivos de su decisión.

La solución legislativa coloca las cosas en su sitio exacto: es el derecho del niño a desarrollar su personalidad en un ámbito familiar propio —garantizado con control estatal organizado a esos efectos— el que cobra relevancia, por aplicación del principio nodal de su interés superior, autónomo e independiente de los adultos. (28)

La valoración puntual de la preexistencia de vínculo biográfico o consanguíneo —el término parentesco incluye a la consanguinidad y a la afinidad— que sirve de soporte a la guarda de hecho invocada, no es suficiente. En todo caso esos parientes que pretenden asumir la crianza deberán ser evaluados por los profesionales del Registro de Adoptantes para certificar la aptitud adoptiva. La norma legal dota al magistrado de la potestad —no de la obligación— de que si las circunstancias del caso lo ameritan, disponga que la separación sea transitoria y no que inmediatamente se corte todo vínculo. De este modo el sistema contiene en sí mismo una vía de escape que no cierra puertas al respeto de los derechos del principal protagonista: el niño.

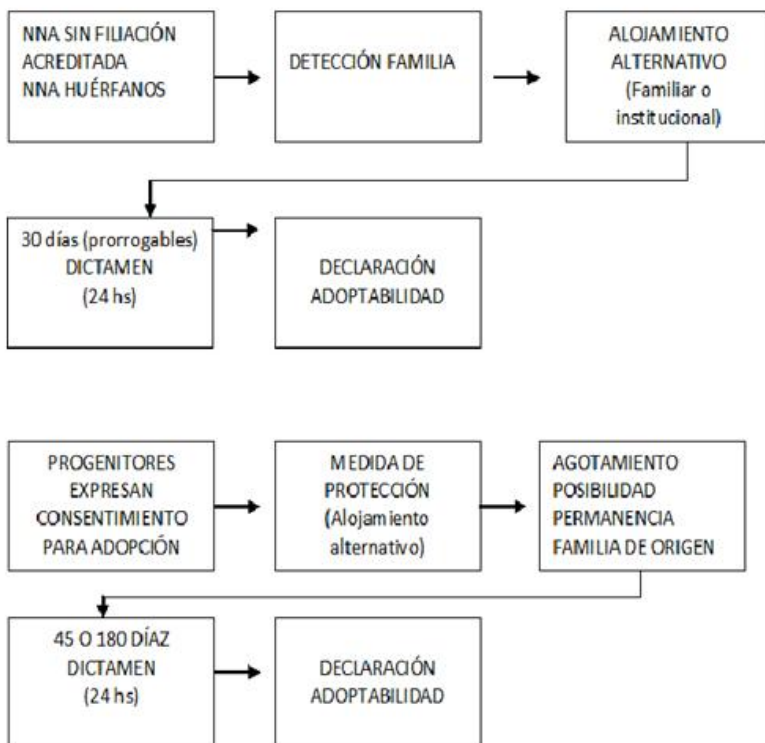
Redireccionar la entrega directa y la pretensión de guarda preadoptiva a las reglas previstas para la determinación de una situación de adoptabilidad permite, eventualmente, que la progenitora, el co-progenitor o los parientes puedan ser ubicados e incluso que asuman el ejercicio de su responsabilidad. O, eventualmente, concluir en una adopción segura que evite arrepentimientos o requerimientos de restitución.

Además de la guarda de hecho, la prohibición legal para que la inclusión de un niño por fuera del sistema legal sea admitida se extiende a las guardas judiciales y a las delegaciones de la responsabilidad parental (arts. 643 y 657).

3.2. El procedimiento a grandes rasgos

No se profundiza sobre esta porción del iter del proceso adoptivo por cuestiones de espacio y en función de que el trabajo

encomendado se vincula con las cuestiones de fondo. Sin embargo, el siguiente cuadro sintetiza las reglas contenidas en los arts. 607 a 614:



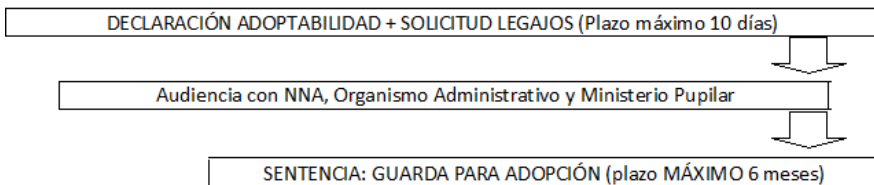
MEDIDAS EXCEPCIONALES	
Centro de vida para fijar la competencia	Partes: NNA, representantes legales, Organismo administrativo, Ministerio Pbco



90 días + 90 días prorrogables por resolución fundada	
FORTALECIMIENTO FAMILIAR	ACCESO A LA JUSTICIA: Derecho a ser oído NNA Y ENTREVISTA con PROGENITORES



Fracaso medidas: dictamen inmediato	
24 HS comunicado al juez	90 DÍAZ plazo máximo



4. Los tipos adoptivos

El emplazamiento en el estado filial que nace con la sentencia de adopción procura la inserción familiar. Tiene aptitud para modificar el estado de quien ya se encuentra unido por lazos de sangre al núcleo familiar o a una parte de él, como ocurre en la adopción del hijo del o la cónyuge o conviviente admite distinciones "hacia adentro" del instituto, produciendo diferencias en cuanto a los efectos a partir de circunstancias disímiles generadoras del estado filial que la sentencia crea.

La adopción se regula discriminando tres tipos adoptivos en función de las características propias de cada una y sus efectos (art. 619). La filiación adoptiva de integración pasa a conformar un tercer tipo con rasgos propios y regulación especial, y queda expresamente excluida de la definición legal, al funcionar de manera inversa a la adopción de niños y niñas con derechos insatisfechos, ya que el ingreso de un tercero a una familia monoparental —cónyuge o conviviente del padre o madre del adoptivo— se produce en el campo fáctico satisfaciéndose los requerimientos afectivos y formativos, que luego darán lugar al reconocimiento legal.

4.1. Flexibilización de los tipos adoptivos. Las facultades del art. 621

La ley 24.779 admitió la posibilidad de que, a petición de parte y por fundados motivos o como facultad del magistrado, la adopción se confiriese con modalidad simple si era lo más conveniente para el niño (art. 330). No se plasmaba la misma exigencia para la adopción plena, que tenía como supuesto de procedencia a determinadas sus causas-fuente. (29)

En la actualidad, el CCyC dispone que la autoridad judicial tiene siempre la facultad de determinar el tipo adoptivo a aplicar en el caso concreto según el mejor interés del niño, y no sólo en supuestos de adopción simple.

En los fundamentos de la reforma se explicitó: "*se define cada una de estos tres tipos de adopción introduciéndose cambios en su morfología; la modificación sustancial es la mayor flexibilidad que se le otorga a adopción plena como a la simple en lo relativo a la generación de mayor o menor vínculo con determinadas personas. De este modo, es facultad de los jueces, según la circunstancia fáctica y en interés del niño, mantener subsistente el vínculo con algún pariente (por ejemplo, en la adopción plena con los hermanos que no pueden ser dados en adopción a los mismos adoptantes) y en la adopción simple, generar vínculo jurídico con determinados parientes del o los adoptantes (por ejemplo, con los ascendientes del o los adoptantes)*".

En definitiva, se podrán modificar, respetar o generar determinadas consecuencias jurídicas con alguno o varios integrantes de la familia de origen, ampliada o adoptiva, conforme al desarrollo dinámico de la identidad del NNA, a solicitud de parte (NNA y adoptante/s).

El juez debe dar fundamento por el cual considera que es conveniente, o más conveniente flexibilizar los efectos del tipo adoptivo de que se trate, y encontrará los argumentos en el análisis de los hechos, los vínculos gestados, la opinión del niño, el desarrollo de su identidad a la luz de los principios de la adopción. Cobran relevancia el respeto por la identidad (art. 595 inc. b) y la preservación de los vínculos fraternos (art. 595 inc. c).

Se grafica en el cuadro siguiente la comparación entre el sistema derogado y el renovado:

TIPO ADOPTIVO	CÓDIGO CIVIL (Ley 24.779)	CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
SIMPLE	Confiere posición de hijo biológico sin vínculo de parentesco con familiares de adoptante. Mantiene vínculos salvo progenitores.	Confiere estado de hijo sin vínculos con los parientes o cónyuge de adoptante, que pueden crearse por el art. 621 y de hermanos (art. 598).
	Extingue la patria potestad e incluye el usufructo de bienes del hijo.	Transfiere la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental y administración de bienes.
	No se menciona posibilidad de ejercicio de otros derechos.	La familia de origen tiene derecho de comunicación, excepto contrario al ISN. Adoptado conserva derecho alimentario.
	De oficio o a pedido fundado de parte podía otorgarse (subsidiaria de la plena).	No se establecen prioridades. Procede según la situación fáctica y el mejor interés del NNA.
	Admite reconocimiento posterior y acción filiación.	Admite reconocimiento y acción de filiación posterior.
	Revocable y no convertible.	Revocable y Convertible .
	Apellido: del adoptante. Podía agregar el de origen a los 18 años.	Apellido: puede mantener el de origen, reubicado antes o después del de adoptantes.

TIPO ADOPTIVO	CÓDIGO CIVIL (Ley 24.779)	CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
PLENA	Confiere al hijo filiación que sustituye a la de origen (reemplaza). Deja de pertenecer a familia.	Confiere condición de hijo Extingue vínculos con la familia de origen (no reemplaza). Pueden mantenerse algunos lazos conf. art. 621.
	Efectos: Irrevocable.	Efectos: Irrevocable.
	Extingue parentesco.	Extingue vínculos jurídicos.
	Subsisten impedimentos.	Subsisten impedimentos.
	No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de la acción de filiación, salvo para probar impedimentos.	Admite acción filiación posterior (derechos hereditarios o alimentarios) sin afectar la adopción.
	Apellido: del adoptante. Si es conjunta el de ambos o pedir adición a los 18 años.	Apellido: el del adoptante, si es conjunta el que elijan. Se permite agregar el de origen.
DE INTEGRACIÓN	Variable de la simple (art. 311, 312, 313, 316, 331).	Como tipo autónomo (art. 620 y 630).
	Adopción del hijo del cónyuge.	Adopción de hijo del cónyuge o conviviente.
	Nunca en forma plena.	Simple o plena + Art. 621.
		No requiere inscripción en registros de adoptantes, guarda previa, diferencia de edad entre adoptante y adoptado ni declaración de adoptabilidad. Tampoco inscripción de la unión convivencial. Revocable.

5. Efecto temporal de la sentencia

La sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción (art. 618). Se reitera la redacción del art. 322 del ordenamiento derogado, que introdujo reformas de importancia respecto del art. 13 de la Ley 19.134, norma que retrotraía los efectos a la fecha de la promoción de la acción y no del otorgamiento de la guarda. Esa diferencia era comprensible porque antes de la Ley 24.779 se admitían la guarda de hecho y la conferida por instrumento público, de modo que la fecha no siempre era precisa.

Se contemplan dos excepciones: 1) cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción (art. 618)

y 2) el supuesto de la sentencia de conversión de adopción simple a plena, en cuyo caso surte efectos desde que queda firme y a futuro (art. 622).

¿Qué sucede con las familias ensambladas? Si los adultos contraen matrimonio ese acto jurídico hace suponer la efectiva convivencia de la pareja y el inicio de la relación entre el niño y su progenitor afín. También cabría esta posibilidad para el caso de familia ensamblada convivencial que haya registrado la unión (art. 511). En esos casos, y pese a que el dispositivo legal marca la presentación de la demanda como fecha de emplazamiento, podría dictarse una sentencia que la retrotraiga a otra fecha en función de la aplicación de los principios generales de respeto por la identidad e interés superior del niño.

Este trabajo intentó brindar un panorama general y práctico del esquema legal que regula la adopción. Será tarea de los operadores traducir las normas en derechos concretos. Nuevamente el tiempo hará su tarea.

Referencia Bibliográfica:

(1) Corte IDH, caso Fornerón e hija c. Argentina (fondo, reparaciones y costas), del 27/04/2012, Serie C-242.

(2) Conforme esta norma la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, las finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados —que exceden el texto mismo, incluyendo las interpretaciones de los organismos creados por ellos— los principios y los valores jurídicos. Esta directiva coloca en un lugar de privilegio los fundamentos de los autores del CCyC para cada instituto, de modo tal que se recurrirá con frecuencia en este trabajo a dicha fuente.

(3) CSJN, "*Losicer, Jorge y otros c. BCRA - Resol. 169/2005*", 26/06/2012.

(4) Corte IDH, "L. M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay", 01/07/2011, párr. 16.

(5) Conforme los Fundamentos de la Comisión redactora: "*En cuanto a las definiciones, hemos tratado de incluir solo aquellas que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al art. 495 del Código Civil*".

(6) Interesa recalcar que los redactores del CCyC se encargaron de señalar que: "...entendemos que debe distinguirse entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque creemos que de ese modo se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores."...para destacar en el apart. 4.2 Reglas de interpretación que: "*También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico*".

(7) DWÖRKIN, Ronald, Los Derechos en Serio, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed., 1989.

(8) Sólo por tratarse del primer supuesto de adopción llevado a juzgamiento de la Corte IDH, que además involucra a nuestro país, mencionaremos la sentencia dictada en el caso "*Fornerón e hija c. Argentina*" Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 242, del 27/04/2012 donde la Corte IDH, donde se estableció la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 17.1, al igual que por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el art. 17.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, así como en relación con el art. 19 del mismo instrumento. También se juzgó que el Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el art. 2º de la Convención, en relación con los arts. 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la misma, aunque en la instancia nacional todas las decisiones judiciales invocaron el interés superior de la niña (art. 3º CDN). Este

caso es el único mencionado expresamente en los fundamentos de la comisión redactora del CCyC.

(9) CILLERO BRUÑOL, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la Convención de los Derechos del niño, disponible en http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf.

(10) CSJN, "A. F. S/protección de persona", 13/03/2007, voto del ministro Maqueda, considerando 3, entre muchos otros, y arts. 1º, 2º y 3º CCyC.

(11) CSJN, Fallos 328:2870, 331:2047, causa 157.XLVI "NN o U., V. s/protección de persona", del 12/06/2012.

(12) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, citado por mismo autor en "Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI", disponible en Revista Persona, <http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24FernandezSessarego.htm>, donde señala que: "*La personalidad, desde nuestra perspectiva, es tan sólo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar "manera de ser". Cada ser humano, en este sentido y en cuanto ser libre, tiene una cierta "personalidad" que lo identifica y, por consiguiente, lo distingue de los demás. Se trata, precisamente, de la identidad personal que la otorga tanto el peculiar código genético como la personalidad que cada ser se construye a través de su vida en tanto ser libre y coexistencial. La "personalidad" es la expresión dinámica, cambiante, de la persona, de cada ser humano. La personalidad se forja, sobre una base genética, mediante el inexorable ejercicio de la libertad ontológica en qué consiste el ser humano. La personalidad se va perfilando en el curso de la vida, mediante una sucesión de "haceres", los mismos que se despliegan en el tiempo existencial, en el tiempo en que consiste el ser humano y que se inserta dentro del tiempo cósmico. La libertad y la temporalidad, dentro de un contexto coexistencial, permiten que cada ser humano, construya y tenga su propia e intransferible biografía. Es esta personal biografía, esta hoja existencial, la que lo delata como idéntico a sí mismo. Se trata de una identidad que resulta de la combinación de dos vertientes, una estática y permanente, y otra dinámica y cambiante. La*

estática, que está representada fundamentalmente por nuestra clave genética, y la dinámica, que se expresa a través de los rasgos de nuestra propia personalidad".

(13) Medidas de Protección de Derechos Excepcionales (art. 39 y ss. ley 26.061) o medidas excepcionales de protección de derechos en algunos ordenamientos provinciales.

(14) Ley 26.061, art. 39 y dec. 415 (90 días prorrogable por causa fundada por igual lapso).

(15) La fórmula legal que contenía el art. 328 del C.C. remitía a los datos biológicos, soslayando el contenido histórico y biográfico, de connotación más amplia que ahora quedan contenidos en el término "*origen*".

(16) La edad determinada legalmente coincide con un antecedente en la edad prevista en la ley 19.134, que se refería a la posibilidad de que el adoptado fuese oído si contaba con más de 10 años, aunque allí se disponía como facultad judicial y se refería sólo a la posibilidad de ser escuchado. El sistema suplantado compelia a obtener el consentimiento en el supuesto de un mayor de edad o menor emancipado y para la adopción de integración o en el caso de la posesión de estado durante la minoría de edad (art. 311 C.C.).

(17) En caso de no consentirla, las circunstancias del caso podrán llevar al despliegue de un trabajo interdisciplinario tendiente a remover los obstáculos que hayan aparecido en el tránsito por el periodo de guarda, o bien a una selección de otros guardadores con fines adoptivos.

(18) CorteIDH, sentencia del 24/02/2012, caso "*Atala Riffo y niñas c. Chile*", párrafo 118, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

(19) La ley 25.854/2004 crea la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (D.N.R.U.A.), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con el objetivo de formalizar una lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos conformada por los diferentes Registros Provinciales (art. 1° del dec. 1328/2009). Con excepción de las adopciones de integración (el art. 632 inc. b se refiere expresamente a ello) y la del tutor a su pupilo, quienes pretendan la adopción de una persona

menor de edad deberán contar con la admisión como pretendientes adoptantes, previa inscripción que se realiza ante el Registro local que, en el caso de las provincias que adhirieron a la Ley 25.854, condensa todas las inscripciones y listados de adoptantes.

(20) A diferencia de lo que legisló la ley 24.779 que incluía como excepción al principio de la adopción dual por personas casadas el supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento, desaparición forzada o ausencia simple en el art. 320 inc. c), esta previsión no se encuentra contemplada en la actualidad. Lo que ocurre es que por aplicación del art. 435 inc. b) que establece como causal de disolución del matrimonio la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento, no sería un supuesto de flexibilización de la regla general o posibilidad de que una persona casada adopte en forma unipersonal porque la persona adoptante ya no mantendría su estado civil matrimonial. En este supuesto la adopción será unipersonal, sin perjuicio de lo establecido en el art. 604.

(21) La declaración de adoptabilidad importa el desarrollo de un procedimiento que investiga si entre determinada persona y su familia biológica se agotaron todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo conjunto de y en la vida familiar. Su fundamento es de orden constitucional, pues se apoya en la preeminencia que tiene la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno (arts. 7º, 8º, 9º, 20 C.D.N., 14 y 75.22 C.N.)

(22) Que debe primero satisfacerse en el ámbito de origen, conf. exigencia constitucional de garantizar al niño el derecho "*a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos*" (art. 7º), la "*preservación de las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas*" (art. 8º), la no separación de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto en interés superior del niño (art. 9º). FERNÁNDEZ, Silvia "*Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción.*" Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, nro. 58, p. 83 y ss.

(23) HERRERA, Marisa. El derecho a la identidad en la adopción. Universidad, t. I, p. 267; "*Consentimiento de los progenitores para que la adopción arribe (si arribe) a buen puerto. Consentimiento informado y adopción*",

RDF 27. p. 73; STJ Santiago del Estero, 11/12/2006, RDF 2007-II p 207.

(24) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa. Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Ediar, p. 572. El Proyecto establece como objetivo de la adopción la protección del derecho de NNA a vivir en familia, cuando los cuidados "*no le pueden ser proporcionados por su familia de origen*" (art. 594); menciona entre sus principios: "*el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada*" (art. 595 inc. c), la improcedencia de declaración de adoptabilidad "*si algún familiar o referente afectivo*" ofrece asumir su guarda o tutela "*y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este*" (art. 607).

(25) FERNÁNDEZ, Silvia, "El desafío al tiempo en la adopción", www.infojus.gov.ar Editorial: Infojus , 02/12/2014.

(26) GONZÁLEZ de VICEL, Mariela, comentario art. 611, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, 2015, en prensa.

(27) Se explica en los Fundamentos de elevación del Proyecto del Código: "*El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la declaración judicial en estado de adoptabilidad*".

(28) GONZÁLEZ de VICEL, Mariela, op. cit.

(29) En el art. 325 se regulaban diversas situaciones en cinco apartados: huérfanos de padre y madre, sin filiación acreditada, desentendimiento, desamparo comprobado judicialmente, privación de la patria potestad, manifestación de voluntad de los progenitores para entrega en adopción.

El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: www.infojus.gov.ar

Publicado en: Sistema Argentino Información Jurídica 28/06/2015

Cita online: DACF 140863

[Consultado el: 06/09/2021]

1. Una contextualización necesaria.

Se puede hablar de "*proceso*" con referencia a un sistema compuesto por una serie de actos de las partes, del órgano judicial y de terceros realizados en forma sucesiva, con la finalidad de lograr la actuación del derecho para satisfacer una pretensión aducida por quien posee determinados intereses, mediante una declaración emanada de quien representa una porción del poder estatal.

Esta modalidad de organización de la vida social intenta solucionar conflictos jurídicos nacidos a partir de hechos históricos. Cabe aclarar, no obstante, que no siempre existe conflicto entre partes antinómicas, sino que puede ocurrir que la intervención judicial sea producto de la necesidad de fijar derechos, conferir autorizaciones, otorgar fuerza de sentencia a los acuerdos, etc.

Todas las actividades desplegadas dentro de ese sistema se realizan mediante trámites previamente establecidos en lo que hace a formas y tiempos, a los que se denominan "*procedimientos*"; en el supuesto de que existan intereses encontrados que dan lugar a procesos contradictorios, se inician trámites a los que se les asigna la denominación de "*juicio*".

Es posible sostener que existe un sistema normativo de base constitucional que regula la solución de los conflictos derivados del tráfico jurídico, o declama y fija los derechos de los ciudadanos cuando es necesario porque el mismo sistema lo impone, con formas estipuladas para el funcionamiento y órganos competentes para ello. La designación del alcance de la actuación de quienes componen los procesos (partes, órgano, terceros) también son determinadas por las leyes, en ocasiones desdoblando la atribución de funciones (delegación del poder de las provincias); en otras, un único actor estatal es el que determina las actividades que son alcanzadas (facultades no reservadas) (2).

Dentro del esquema reseñado, podemos decir que la tarea de juzgar los hechos, adjudicando derechos a los sujetos que reclaman su tutela efectiva, impone a quienes la realizan una obligación particular y no escrita: reconocer y asumir que la circunstancia de estar investidos de esa autoridad republicana no los coloca en una posición de privilegio y calificación superior respecto de otros integrantes del sistema. No somos ni más pensantes, ni más intelectuales, ni más hábiles, pese a que deberíamos poseer entrenamiento suficiente para un análisis diferencial del conflicto, con soporte en la especialización y una permanente actualización en temas que exceden el circunscripto a nuestro ámbito, e incluso, contar con cierta experiencia de vida.

Si bien conocemos las reglas jurídicas generales, la teoría del derecho, los principios jurídicos, al momento de desplegar la jurisdicción -con independencia de la competencia que correspondas imprescindible adoptar una actitud consciente que evite argumentaciones aparentes a las que se arrije como resultado de especulaciones analizadas, con mayor o menor fuerza, durante el proceso de elaboración de una sentencia. Esta premisa alcanza a la actividad del órgano en los procesos por audiencias, donde el juez o la jueza se instalan en el centro del conflicto, munidos del poder estatal legítimamente conferido, en pos de "*decir el derecho*", otorgando a cada uno lo que le es debido, y donde el contacto directo con las personas

que reclaman el servicio imprime una dinámica diferente a la interrelación entre el sistema familiar y el judicial.

En definitiva, toda formación científica ha de ser procurada para atemperar los intersticios de la argumentación jurídica por donde pueden introducirse las preferencias morales del sentenciante, en desmedro de los derechos constitucionales de quienes reclaman sus derechos.

Sin embargo, no por eso -ni mucho menos- parece acertado pretender encorsetar lo que debiera ser visto como una virtud en el operador jurídico: el ejercicio de la pasión en tanto condición equiparable a la vitalidad intelectual. No puede menos que enaltecerse al magistrado que la ejerce, siempre atemperada por la razón crítica, pues esa virtud, traducida en términos de compromiso con la función social que se desarrolla, resulta ser un componente no despreciable para el juego de equilibrio entre la realidad y el derecho. Todos conocemos la enorme influencia que la judicatura, artífice del derecho vivo, tuvo y tiene en los temas sensibles a la ciudadanía, especialmente en lo que hace a ejercicio pleno de los derechos humanos(3). Esos ejemplos del activismo judicial bien entendido, esto es, como ejercicio constitucional del control de convencionalidad y del control difuso de constitucionalidad, solo fueron posible por el ejercicio responsable de una judicatura apasionada.

En esa tarea, y de modo preponderante, no estuvo ni estará ajena la ley, en tanto herramienta legítima para la regulación del orden social todo y como necesaria reglamentación de las normas fundamentales contenidas en la Carta Fundacional.

Ahora bien, fue acertada la descripción que realizara el actual presidente de la Corte Suprema cuando años atrás sostuvo:

El Código fue un reflejo de la creación del Estado nacional; su pretensión era ordenar las conductas jurídico-privadas de los ciudadanos por igual, sean ciudadanos o extranjeros (art. 1º, Cod. Civ.

Argentino). Ahora el Código comparte su vida con otros Códigos, con microsistemas jurídicos, y con subsistemas. El Código ha perdido centralidad, la que desplaza progresivamente. El Código es sustituido por la constitucionalización del Derecho Civil, y el orden codificado por el sistema de Derecho Civil, que abarca tanto a la norma codificada como a otras. La explosión del Código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. Se han creado microsistemas jurídicos, que al igual que los planetas, giran con su propia autonomía, su vida singular (4).

¿Qué crisis se planteó entre el Código Civil y los sistemas posteriores que fueron ordenando las realidades jurídicas? Una tan conmovedora que reviste connotaciones de revolucionaria: el centro de enfoque jurídico deja de ser el derecho privado para focalizarse en los derechos de la persona humana. El ser humano como centro y como fin de la regulación legal.

En ese concierto donde subsisten normas dictadas con la codificación originaria, con los ajustes provocados por las incorporaciones de tratados de derechos humanos que progresivamente dieron lugar a leyes más benévolas y tolerantes respecto a otras formas familiares, al divorcio, a la diversidad en los géneros, a los derechos de los vulnerables en pos de su igualdad real, etc., una reorganización normativa se impuso como necesidad social.

También es inobjetable, en estos tiempos, la especificidad y especialización necesarias para dirimir conflictos jurídicos relativos a las problemáticas familiares; ni que ellas se despliegan en un sistema jurídico que, ampliando los derechos reconocidos, intenta subsumir en viejas normas una realidad vertiginosa y mutable, a la par que debe ajustar su actuación mediante la utilización de reglas diferentes a las sancionadas para procesos donde las pretensiones tienen naturaleza patrimonial.

2. ¿El caos o los espacios ampliados de la actuación judicial?

Las leyes, usualmente, no crean la situación que reglamentan, sino que reconocen fenómenos sociales o culturales, a veces sencillos, a veces complejos, regulándolos a los fines de garantizar la convivencia social pacífica, o intentando reducir los conflictos interpersonales. En definitiva, plasman una situación de la realidad, generalmente con posterioridad a su aparición.

En el contexto contemporáneo de los vínculos interpersonales asistimos a un resurgimiento de la afectividad como motivo de unión de las parejas, con resultados no fijos; se trata de procesos dinámicos producto de la tensión entre autoridad y libertad en los vínculos intrafamiliares, donde la familia aparece como una categoría fáctica, imposible de subsumir en una única definición jurídica. A esto se suman el reacomodamiento de roles parentales y un lugar preponderante asignado al niño, investido de un reconocimiento autónomo y con capacidad para proyectarse de manera diferenciada de sus padres. Ello, sin olvidar la homoparentalidad, diversas relaciones de dominio, igualdad y asimetría entre hombres, mujeres y niños, cierto desdibujamiento de la figura paterna en una familia gradualmente materializada, modos asexuados de procreación científica, relaciones virtuales, una organización familiar que atraviesa la familia con la economía de mercado, la globalización, la revolución de las comunicaciones y un mundo externo amenazante, caótico, violento, individualista y despersonalizante (5).

En lo relativo al conflicto familiar, es constante la ampliación de las coordenadas que lo delimitaban, producto de los tiempos de reacomodamiento a las nuevas formas familiares, caracterizadas por cambios en la conyugalidad, la divorcialidad, la fecundidad, las conductas sexuales y reproductivas, la filiación y las responsabilidades derivadas del estado civil (6). A ello se suma el fenómeno del reconocimiento de los derechos fundamentales, especialmente los de la personalidad, con una ponderación de la dignidad personal como

centro de protección jurídica, visibilización de las asimetrías, correcciones tendientes al empoderamiento de las minorías, arrojando en ocasiones como consecuencia el reconocimiento explícito y la obligatoriedad de protección de los derechos que titularizan grupos vulnerables como mujeres, niños y niñas, personas discapacitadas, ancianos, migrantes, etc. Se advierte, incluso, una modalidad incipiente y sostenida de viraje desde una lógica binaria, fundada en la diferencia, a una lógica de la diversidad, apoyada en la existencia de "lo" complejo y múltiple, en un orden jurídico donde se establece la prioridad del individuo para su autoregulación, con el consiguiente deber de respeto a las conductas autorreferenciales, si con ello no se agreden derechos de terceros o reglas de convivencia democráticas.

Producto, entre otras cuestiones, de los avances científicos y de las formas de comunicación, la vida de las personas se ha diversificado en intensidad y en multiplicidad de cuestiones. Las consecuencias de estas nuevas pautas no son ajenas al derecho.

El ejercicio de la judicatura en el contexto descrito está signado por la incertidumbre de la movilidad permanente, porque su objeto de análisis -la familia- se ha reformulado y está cambiando.

Somos testigos y partícipes de un fenómeno cultural sin precedentes: las reglas que regulan los procesos fueron dictadas para supuestos fácticos donde esa realidad no estaba siquiera imaginada, y por eso la readecuación normativa integral y coherente apareció como una necesidad social que el legislador debió atender.

Es bajo esas circunstancias que en febrero del año 2011, el Poder Ejecutivo creó, mediante el decreto 191/2011, una Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial. El 28/03/2012 se presentó el Anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial Unificado a la Sra. Presidenta. Luego de algunas modificaciones introducidas en el ámbito del Ejecutivo, a principio del mes de junio del mismo año 2012, el Proyecto ingresó formalmente al Congreso a través del

mensaje 884/2012, siendo el Senado de la Nación la Cámara de origen (expte. 57- PE-2012). Se conformó la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, creada por resolución conjunta de ambas Cámaras con fecha 04/07/2012 (OD 636/2012 y 531/2012)(7) que comenzó su labor con fecha 08/08/2012, con el objeto de analizar el proyecto y elaborar el despacho para su oportuno tratamiento legislativo. Paralelamente, se dispuso la divulgación de la iniciativa y una amplia difusión tanto a los espacios académicos como a la población en general, desarrollándose audiencias públicas en distintas ciudades del país durante el transcurso del trabajo de la Comisión Bicameral. El trabajo de revisión y modificaciones concluyó el 20/11/2013, y fue aprobado por el Senado de la Nación el 28/11/13. En fecha 1 de octubre el Proyecto fue tratado y aprobado en la Cámara de Diputados de la Nación, y posteriormente sancionado como ley 26.944.

Intentaremos transmitir los puntos sobresalientes a partir de los cuales el proceso, los procedimientos y el rol del juez de familia fueron regulados en la novel legislación, dotando a la sociedad de los medios aptos para la efectivización de los derechos fundamentales reconocidos en ese contexto esencialmente dinámico y problemático.

3. El juez, la ley, la interpretación y la mirada constitucional.

El Código cuenta con un título preliminar, cuyo principal aporte es el proveimiento de reglas que confieren una significación general al compendio; constituye un núcleo que sirve de marco para el análisis, la interpretación y la integración de las posibles lagunas (8). Se propicia un diálogo de fuentes con la utilización de reglas, principios y valores que emanan del ámbito constitucional nacional y supranacional.

En referencia a las fuentes, si bien claramente la ley es el punto de partida para la interpretación (subsunción jurídica mediante)

se establece la posibilidad de recurrir a los usos, prácticas y costumbres.

¿Cómo se interpreta la ley? Primero en función de la literalidad del texto legal, pero también según la finalidad tenida en cuenta por la regla, lo cual permite un desligamiento del origen histórico y la posibilidad de adaptación a la circunstancia fáctica contemporánea a la aplicación, disminuyendo la necesidad de ajustes legislativos. Igualmente, el art. 2 indica recurrir a las leyes análogas (9) y a las directrices constitucionales seguidas en la interpretación jurisprudencial de los tratados sobre derechos fundamentales, sean emanadas de los órganos superiores locales, sean los competentes a nivel internacional, al igual que los principios y valores que también conforman el derecho como compendio de regulación social.

Los principios proporcionan mandatos que armonizan las distintas pautas utilizadas en la interpretación jurídica, superando lagunas o contradicciones, y optimizando las posibilidades que brinda el sistema.

Los valores, finalmente, son la base ética de la Nación, aquellas convicciones con consenso social que se presentan generalmente con un antitético (ejemplo: la solidaridad, la paz, la libertad y sus opuestos, la indiferencia, la guerra, la esclavitud, etc.).

El texto de los arts. 1 y 2 otorga herramientas suficientes para preservar la ley y no destruirla, y ello importa la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que la CSJN ha sostenido desde tiempos lejanos, restringiendo el quehacer judicial en ese sentido (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645). La fuente será la ley, interpretada de conformidad con principios jurídicos y valores socialmente relevantes, considerando las decisiones de los organismos competentes para el análisis de las reglas constitucionales. La particularidad es que este esquema interpretativo mantiene la regla de no declarar la invalidez de una disposición

legislativa si esta puede ser aplicada, cuando menos, en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución.

El art. 3, por su parte, requiere que el juez dirima los asuntos que caen bajo su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Para llenar ese recaudo, la resolución judicial deberá contener los argumentos jurídicos respetando la subsunción de los hechos al derecho, con estricta adecuación a los mandatos constitucionales y convencionales emergentes de la Constitución Argentina, muy especialmente los vinculados a los tratados constitucionalizados (art. 75. inc. 22 CN), y -como se señaló- la jurisprudencia emanada de la aplicación de dichos instrumentos.

Reglas como la citada llevaron a los constitucionalistas a comentar que:

El proyecto de Código Civil y Comercial implica un avance fundamental en la constitucionalización del ordenamiento inferior marcando una nítida impronta de resguardo multiculturalista que, en tiempos de conformaciones sociales heterogéneas, no deja de ser una gran apuesta normativa y simbólica a la convivencia pacífica en el marco de las relaciones horizontales (10).

En el texto se anexan partes generales para las diversas instituciones que regula y, con ese método, se busca dotar de congruencia sistémica -a la luz de las directivas emergentes del bloque de constitucionalidad federal que conforma su sostén normativo e ideológico- a cada una de ellas. Aquí vale mencionar que en los fundamentos, los juristas consignaron claramente -y ello deberá ser tenido en cuenta al momento de la aplicación concreta de las normas- que se sopesó de manera especial el principio de no discriminación y la igualdad como forma real de acceso a las posibilidades y los derechos, en lo que llamaron una "*ética de los vulnerables*".

A fin de que el intérprete pueda ejercer su tarea a tono con los objetivos y fundamentos de los juristas que formaron parte de la

comisión de trabajo que intervino en la elaboración del Anteproyecto de Código Unificado, es oportuno transcribir una porción de lo explicitado por la Comisión para la Reforma designada por decreto 191/2011, en lo tocante a los aspectos valorativos. Se dijo que:

Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Podemos observar que en varios artículos se normativizaron derechos de raigambre constitucional, a la par que la redacción amplia y llana de los textos con su claridad conceptual se traduce en una obligada puesta en práctica de los derechos fundamentales. Por caso, cabe mencionar la garantía constitucional del niño dada por su derecho a ser oído y a que su opinión sea considerada en los asuntos de su interés,⁽¹¹⁾ volcada en el art. 26, de singular importancia en tanto también incorpora la autonomía progresiva del art. 5 de la Convención ⁽¹²⁾. Al establecerse allí que: "*La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne*", entendiendo al proceso como una integralidad en la que el fin es el dictado de una norma individual, no podría haber duda alguna en cuanto a la citación del menor de edad para poner a disposición ese derecho, en todas las instancias judiciales que el mismo atraviese. Dicho de otro modo, en

función del art. 26 existe un deber judicial ineludible para todos los magistrados de cualquiera de las instancias que aborden los conflictos familiares: cumplir el art. 12 CDN. La obligación se mantiene de manera expresa, entre otros, en los artículos 595.f, 609.b, 613, 617, 626.d, 639.c, y, como regla general para todos los procesos, en el art. 707.

Lo mismo acontece con el derecho a la identidad, establecido en el art. 8 CDN. Se traduce normativamente en una acción autónoma de acceso al conocimiento de los orígenes (art. 596 para la adopción), o a ser informado sobre el tópico en los supuestos de técnicas de reproducción asistida (art. 564). Ambas reglas resultan muestras claras de la constitucionalización del derecho de familia que el juez habrá de enaltecer, garantizándose a la persona menor de edad el acceso, aun cuando ella no cuente con la edad legal presumida para ejercer sus derechos autónomamente, si en función del art. 26 citado puede advertirse que sí tiene la madurez suficiente.

4. Los principios rectores.

4.1. Sustanciales.

Con buena técnica legislativa, en varias de las instituciones reguladas se establecieron, a modo de pautas generales, determinadas nociones que gobernarán la interpretación jurídica.

Son los principios generales, pautas que se formulan con un grado de abstracción tal que no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero cumplen la función de orientar la actividad creadora del juez cuando el supuesto fáctico no se encuentre legislado (lagunas) o la solución se presente subsumible en más de una norma (contradicción). Se los definió como "*...líneas directrices u orientadoras que rigen el proceso y el procedimiento, plasmando de este modo una determinada política procesal en un ordenamiento jurídico determinado y en un momento histórico dado*" (13).

En tanto directriz que cumple una función correctora o integradora de las normas legales, resulta absolutamente válida la utilización de los principios como pauta de decisión ante un conflicto de intereses, plasmado con fundamentación razonada y razonable, siendo insuficiente a ese fin la sola mención del principio que se invoque. Cabe aclarar que la enumeración de principios no implica el establecimiento de jerarquías entre ellos, debiendo el juez ponderarlos de manera integral, y de ser necesario inclinarse por uno en desmedro de otro, recordar que eso no implica, en términos de análisis jurídico, la pérdida de vigencia del no escogido, sino tan solo un desplazamiento temporal para el supuesto concreto.

Solo a modo de ejemplo puede señalarse lo establecido para el matrimonio, que debe regirse bajo pautas de igualdad y libertad (14).

También puede visualizarse la importancia de estos estándares en el caso de la adopción, instituto reglado en los arts. 594 a 637 que luego de ser definido contiene, bajo el título "*Principios generales*", seis apartados donde enumera cuáles son los mandatos que informan la actividad reglada para este tipo de asignación filial (15). Explicamos la relevancia de los principios en este caso: la adopción no estuvo contemplada en el Código de Vélez, quien expresamente la desechó; posteriormente fue establecida en leyes especiales primero, luego incorporada al cuerpo normativo, pero siempre sometida a reformas y modificaciones.

¿Por qué es necesaria la incorporación legislativa de los principios que la rigen? Pues para aventar los argumentos aparentes que se mencionaran al inicio de este trabajo, que enmascarados en la fórmula abierta del "*interés superior del niño*", resuelven sobre los derechos fundamentales sin consideración de pautas de análisis válidas en función del derecho constitucional-internacional, que marca como fundamental la consideración de la persona menor de edad como sujeto de derechos autónomo a los adultos. Puede advertirse la utilización del mismo método para la regulación de lo atinente a la responsabilidad parental,(16) contemplándose como principios que el

juzgador deberá hacer efectivo el de oír al niño o niña y que su opinión sea considerada según su edad y grado de madurez, la autonomía progresiva y la consideración de su interés superior, todos ellos de corte convencional-constitucional.

4.2. Procesales.

En ocasión de formular la conferencia de cierre del XVII Congreso Internacional de Mar del Plata, en octubre de 2012, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci -integrante de la Comisión de Reforma- expresó que los autores del Proyecto "*confiaban en los jueces de familia*". Sin dudas que el tratamiento que se le confiriera al redactar el Anteproyecto a la gestación por sustitución -y que no prosperara, siendo suprimido durante el trabajo de la Comisión Bicameral- avala esa afirmación, desde que en ese supuesto la función programada para los jueces era inquisitiva plena (17). Valga la cita como sostén de la siguiente premisa: quienes intervinieron en la recodificación conocían muy de cerca el valor de la palabra oral o escrita del juez, su incidencia en el conflicto que llega a los tribunales porque la familia no pudo reorganizarse y enfrentar con sus propios recursos la crisis. Sabían, también, que la organización federal del país contribuía a desigualdades de intervención y, por ende, a inequidades de trato. El proceso vehiculiza los derechos, pues era necesario llevarlo a todos los ciudadanos, pero especialmente a los más desamparados.

Se advierte, así, que se condensó la doctrina y jurisprudencia existente en punto a la especialidad de los procesos de familia y los particulares contornos que producen sustanciales modificaciones a los principios procesales tradicionales, también formulados de manera explícita en el texto (18).

Nos ocuparemos de algunos de ellos.

a) La prevención del conflicto: la función primordial del juez de familia es utilizar la herramienta legal para permitir a la familia el atravesamiento de la crisis vital que la haya llevado a requerir el

servicio de justicia, de la forma menos traumática posible. Desde ese punto de vista, la judicatura con competencia en derecho familiar debería hallarse suficientemente entrenada en técnicas de mediación, de modo tal de propender a que las propias partes accedan a la solución consensuada del conflicto. El Código incorpora este principio cuando, en el art. 438, establece como recaudo de admisibilidad formal del divorcio, la presentación de un proyecto de convenio regulador suscripto por ambos cónyuges, o una propuesta que será puesta en conocimiento del otro cónyuge, para el caso de la pretensión unipersonal de divorcio. Esta innovación legislativa permitirá al juez tener mayores posibilidades de advertir conflictos latentes, conjurar su desencadenamiento o, incluso, arribar a entendimiento por consenso en las cuestiones no resueltas antes de presentar la demanda de disolución del vínculo, o -de ser necesario-, disponer la formación de causa por separado. A la par que se exige a las partes que se expidan sobre temas tales como alimentos, responsabilidad parental y cuidado de los hijos, atribución del hogar, compensaciones económicas, distribución de bienes, etc., adjuntando los elementos en los que fundan su propuesta, se confieren facultades al juez para requerir aquellos que estime procedentes.

La posibilidad de convocar a audiencia, establecida ahora en el derecho sustancial a partir del principio de inmediatez y de la oralidad, previene la escalada de virulencia que las frustraciones propias del proceso de desapego afectivo puede conllevar, y un magistrado o magistrada entrenado convenientemente podrá fortalecerse en los puntos de coincidencia, trabajar sobre ellos, y colaborar en la formulación de acuerdos duraderos. No debe olvidarse, sin embargo, que deberán soslayarse actitudes omnipotentes, recurriendo tanto a la colaboración interdisciplinaria como a la de los abogados de las partes, de singular incidencia en estas cuestiones.

En este punto, es preciso señalar que quien impone su autoridad por el respeto ganado a través de actuaciones serias, comprometidas, relevantes y útiles goza de mayor posibilidad de éxito

que quien la despliega desde la imposición, la cita legal sin argumentación razonada ni razonable, el dogmatismo estéril y la ausencia de compromiso con el dolor ajeno.

Un buen juez de familia se comprueba ciertamente por su calidez humana, solidez técnica y plasticidad intelectual, una ética particular respecto de los individuos fragilizados, y una condición de liderazgo no exenta de humildad, pues todo ello le permitirá, sumado a la experiencia, advertir y prevenir los conflictos ocultos tras los explícitos que se formulan en los escritos inaugurales de la instancia.

b) Oficiocidad: el principio es enunciado, de manera general, en el Título VIII del Libro Segundo sobre "*Procesos de familia*", pero a lo largo del articulado varias son las normas que dan cuenta de esta directriz, como por ejemplo, lo reglado en el art. 579, que admite la disposición oficiosa para la realización de las pruebas genéticas en los juicios de filiación.

En el proceso civil rige el sistema dispositivo, que consiste en *"el señorío ilimitado de las partes, tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de este"*.¹⁹ Sus principales notas son que el juez no puede iniciar el proceso de oficio; le está vedado considerar hechos o medios de prueba que no fueron aportados por las partes; tendrá por ciertos los hechos no controvertidos por los litigantes; la sentencia debe guardar congruencia, es decir, circunscribirse a lo alegado y probado; finalmente, el juez no puede excederse condenando ni a más ni a otra cosa que la esgrimida como pretensión en la demanda. Si bien este es el eje rector, se admite la flexibilización de la congruencia, pero para ello se exige el sinceramiento y la motivación suficiente del apartamiento de la regla, explicando por qué el corrimiento conduce a la "respuesta justa". La fundamentación debe, además, y de modo inexcusable, argumentar la no afectación a la garantía de la defensa (20).

Como surge de los arts. 706 y 709 del Código, para los procesos de familia se asume la morigeración de ese principio dispositivo, justamente en función de la tutela judicial efectiva de los derechos que se resguardan. Expresamente, se consagra en el derecho sustancial una norma que tradicionalmente puede ser considerada de corte procesal, y así se establece que el impulso procesal está a cargo del juez. La razón de ser de esta medida legislativa reposa en que los derechos fundamentales titularizados por la ciudadanía en su conjunto debe gozar de idéntica, uniforme y completa protección en todo el país.

El juez de familia del Código Civil y Comercial de la Nación, independientemente de su competencia territorial, estará ahora expresamente autorizado por una norma procesal para impulsar los procesos, y también para ordenar la producción de pruebas. De igual modo, y en estrecha vinculación con el principio de acceso a la justicia y eficiencia del servicio, se introdujeron distintas reglas jurídicas relativas a la etapa de ejecución de las sentencias, ampliando específicamente los poderes de la judicatura en este segmento.

La mayor medida de la actuación judicial prevista en este tema no es única en la nueva codificación, pudiéndose observar la amplitud de las funciones de la judicatura en todo aquello que interesa a los derechos fundamentales de los vulnerables. Así, en materia de alimentos, se pueden imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución, establecer la solidaridad en la responsabilidad del empleador que no retiene los fondos o fijar los cánones por períodos menores al mes (arts. 542, 551, 553); también ante la reiteración de incumplimiento en el régimen de comunicación (art. 557), puede el juez disponer la intervención de equipos especializados si una persona menor de edad pretende acceder al expediente de guarda y adopción procurando ejercer su derecho a conocer su historia, el origen de su filiación adoptiva (art. 596). Se amplían sus facultades permitiéndole exigir garantías de cumplimiento de los convenios reguladores en el divorcio vincular (art. 440), como también amplitud para fijar la modalidad de

cumplimiento de la compensación económica que se reconoce como derecho (arts. 441 y 524), entre muchas otras.

Una rápida lectura nos llevaría a afirmar que el punto más alto de flexibilización del principio dispositivo y reinado absoluto de la oficiosidad tal vez sea el art. 616, que regula el inicio del procedimiento para obtener la sentencia de adopción, disponiendo: *"Una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción"*. La interpretación de la norma no puede ser ni ligera ni literal, pues cabe preguntarse qué ocurrirá si los pretendidos adoptantes y el niño o niña con edad suficiente, no mantienen la voluntad adoptiva; este inicio oficioso de la adopción se pone en jaque. Resulta casi irracional que un magistrado imponga una filiación sin que se haya producido el ensamble afectivo en el plazo fijado para ello (21). La correcta aplicación del texto importará para el juez el deber legal de intimar a las partes a dar inicio al procedimiento bajo apercibimiento de revocar la guarda conferida, y concretar su cese ante la persistencia en la omisión. No obstante la solución que se propicia, lo cierto es que el texto plantea que es el juez quien lo inicia, y consagra la oficiosidad en este tema en procura de otro valor que se tuvo en cuenta: el tiempo y su enorme incidencia en la filiación adoptiva.

c) Tutela judicial y economía del proceso: mediante el despliegue de determinadas actividades de orden procesal, que en algunos casos solo implican una forma de gerenciamiento del órgano judicial diferente a la tradicional, es posible obtener el mayor y mejor resultado con reducción del desgaste de las partes y del juez.

Esta directiva engloba un triple contenido: economía de tiempo, (22) de esfuerzos,(23) y de gastos,(24) y se encuentra estrechamente vinculada con la eficacia de la actuación judicial que da lugar a la tutela judicial efectiva. A modo de ejemplo, una correcta interpretación del sistema procurará que, apelando a la fijación de audiencias que podrán ser registradas en filmaciones o grabadas, o por sistema de videoconferencias, se resuelvan cuestiones de diversa

naturaleza que puedan surgir, y que de plantearse por escrito importarían demoras evitables. La concentración de actos optimiza la actividad jurisdiccional con el consiguiente enaltecimiento de la eficacia del proceso, a la par que colaboran con la facilitación del acceso a la justicia. El soporte legal para adoptar la determinación de disponer las audiencias serán, claro, la intermediación y la oralidad, unidos por la preceptiva de impulso oficioso.

El principio en cuestión tiene su mayor concreción en los despachos anticipatorios, sean al inicio de los procedimientos o para asegurar el resultado de los mismos, y cuando los tribunales superiores, al entender en los recursos, asumen competencia positiva, evitando reenvíos dilatorios y contrarios a los plazos de duración razonables de los procesos (25).

* El Código lo incorpora cuando faculta o sanciona normas que pretenden eliminar la mora en la definición de las situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, estableciéndose plazos y metas, ensamblándose el sistema de Protección Integral (nacido de la Convención sobre los Derechos del Niño) con las reglas de derecho privado que regulan los deberes de la responsabilidad parental. Los plazos y procedimientos previstos en los arts. 607/609 procuran dotar de economía y celeridad a esos procedimientos, a la vez que configuran formas de control de las medidas dispuestas por los jueces y juezas para revertir la situación familiar disfuncional que originara la intervención estatal.

d) Cooperación procesal: las partes se conducirán en el proceso con buena fe y lealtad, pero esa sola circunstancia puede no ser suficiente en punto a la necesidad de la colaboración necesaria para que el proceso de que se trate arribe a una sentencia. Es preciso que los litigantes sostengan una actitud positiva, suministren los hechos del caso con la mayor sinceridad, utilicen las herramientas procesales funcionalmente. A ello puede sumarse, en cuestiones de prueba, su cooperación para la producción con independencia de su calidad de oferente de la medida de que se trate, amén de la aplicación

en su momento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.(26) El Código Civil y Comercial de la Nación vuelca esta premisa en el art. 710 que, bajo el título "*Principios relativos a la prueba*", dispone: Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.

e) Acompañamiento judicial: como ya fuera esbozado, el rol del juez de familia reviste una especial modalidad de desarrollo, y con independencia de la organización unipersonal o colegiada, con regímenes procedimentales especiales o sin ellos, los derechos que se debaten ante estos órganos son, junto con la libertad, la materia sensible de la ciudadanía; característica de la justicia de acompañamiento es ser más expeditiva, desacralizada sin perder la formalidad necesaria para avanzar hacia la solución del conflicto, posibilitadora de un marco dialogal y con un rol casi docente. En efecto, es usual que en las entrevistas que se desarrollan en los procesos por audiencias se proporcione a las partes información acerca de sus derechos, obligaciones, deberes y cargas, advertencias sobre las consecuencias posibles de sus actos (omisivos, activos o negligentes), etc. En cierta forma, este principio se cristaliza en el art. 596 que regula el acceso de la persona adoptada a toda la información relacionada con su origen, sea en el ámbito administrativo como en el judicial, facultando al magistrado a disponer el acompañamiento interdisciplinario que estime adecuado si la persona es menor de edad.

5. Un protagonismo renovado.

¿Qué se espera del rol del juez? Del análisis de varias de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación emerge la figura del juez de familia como un gran protagonista. Por cierto, a no creerse el único. Sin duda se han ampliado sus facultades, dotándolo de mayores potestades que le confieren una actuación diferenciada respecto de los magistrados de otros fueros. Pero también se ha previsto el recurso interdisciplinario y se ha prevenido su injerencia indebida o la actuación arbitraria, impidiéndole avanzar sobre

conductas autorreferenciales o exigiendo motivación razonable en sus sentencias.

Es el derecho privado quien dispone que asuma el comando o dirección del trámite, su impulso hacia la solución del conflicto por vía del acuerdo o de la sentencia, reconociéndole poderes respecto de la instrucción de las causas (art. 616, inicio de oficio del juicio de adopción), las pruebas (art. 579 sobre las pruebas genéticas) o el dictado de medidas cautelares o tutelas anticipadas (como las dispuestas para las personas que tienen cuestionada su plena capacidad, art. 39), o para asegurar la efectividad de sus decisiones (art. 440, exigibilidad de otorgar garantías al obligado por convenio regulador presentado en el divorcio; arts. 550 a 552, medidas cautelares, solidaridad entre obligados, intereses u otra disposición para asegurar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias; art. 557, que permite imponer medidas razonables para revertir el incumplimiento del sistema comunicacional fijado por acuerdo o sentencia).

La actividad jurisdiccional será producto de la aplicación de la ley y las demás fuentes señaladas en el art. 2, pero no será una labor realizada en soledad, sino que contará con la opinión fundada de otras ciencias que coadyuvarán al resultado común: la solución del conflicto con el menor costo posible. Para ello se requiere de profesionales con formación adecuada que puedan comprender las implicancias del derecho de familia, especializados en la materia, y con características personales que permitan permeabilidad en los razonamientos.

6. A modo de cierre.

Es harto difícil que un proceso judicial culmine de manera satisfactoria para ambas partes, y lo usual es que lo que una de ellas considera justo, para la restante constituya un resultado injusto. Este desequilibrio en lo que hace la satisfacción de quien utiliza el servicio de justicia debiera mantenerse dentro de parámetros normales, aunque muchos son los factores que, según las épocas, pueden colaborar a

romperlo. La búsqueda de la justicia como reguladora de la convivencia social (un tercero imparcial dirimiendo el conflicto entre particulares) tiene su marco legal en el derecho de fondo y, también, en el procesal. Sin embargo, estas apreciaciones no pueden mantenerse con idéntica firmeza en supuestos de intervención de la justicia de familia, en que el orden público impera en la regulación sustancial, justamente por los derechos que se encuentran en juego.

Los principios cardinales de no discriminación y tutela judicial efectiva respecto de categorías de personas reconocidas por el derecho constitucional-internacional como vulnerables (mujeres, niños, ancianos, discapacitados, conforme art. 75, inc. 23 CN), demarcan el mayor protagonismo de la judicatura con competencia en derecho de familia en el plexo legal analizado. Esa sola afirmación resulta estrecha a la luz del cúmulo de funciones que expresamente se han puesto en cabeza del juez. Puede el magistrado disponer sobre el derecho a la coparentalidad o acceso de los niños a ambos padres en caso de cese de la unión convivencial o matrimonial de la pareja parental fijando el régimen oficiosamente,(27) sobre la identidad personal admitiendo que niños con edad y madurez suficiente para comprender el alcance de averiguar sobre la propia historia puedan acceder a saber su origen,(28) incluso a saber acerca del donante en supuestos de técnicas de reproducción,(29) etc.

La actividad jurisdiccional requiere de jueces probos, éticos, que utilicen el proceso para arribar a la justicia del caso, con una razonada aplicación del derecho (ley, principios, valores, usos, costumbres), que sean creativos en su utilización, y argumenten incluso en contra de la regla escrita en función de valores superiores, de ser el caso. La sociedad nos exhorta. Debemos conocer el derecho constitucional con la misma profundidad que el civil, los análisis jurisprudenciales de los organismos con competencia constitucional para brindar respuestas razonablemente fundadas, y en un lenguaje comprensible y asequible a quienes trajeron sus pretensiones.

Deberemos ejercer el protagonismo que nos piden, con aquella amable firmeza que nos confiere la verdadera autoridad, ganada con el respeto al prójimo.

Por último, y como epílogo a estas ideas: No está escrito sino en el viento, y aun así puede leerse: un juez debe ser valiente y debe poder dormir. Solo la libertad de conciencia permite esas posibilidades

Referencias Bibliográficas:

(1) Jueza de Familia de Esquel, Chubut. Autora de varios artículos y comentarios a fallos vinculados al derecho de familia. Ex consejera de la Escuela de Capacitación Judicial y docente universitaria.

(2) Arts. 5º; 7º; 8º; 31; 75, inc.12; 75, incs. 22 y 23; 121; 122; 126 CN.

(3) Por citar solo algunos ejemplos: el amparo como acción pretoriana a partir de los Fallos "Siri" y "Kot", el divorcio como derecho en el caso "Sejean", el aborto no punible y su ejercicio no condicionado como fuera juzgado en el caso "F., A. L.", la accesibilidad y asequibilidad a las técnicas de reproducción humana, el matrimonio igualitario, las funciones de cuidado parental compartido aun producido el divorcio y tantos más.

(4) LORENZETTI, RICARDO L., La decodificación y fractura del Derecho Civil, en Revista Jurídica La Ley, 1994-D-724.

(5) Roudinesco, Elizabeth, La familia en desorden, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2003, citada por LÓPEZ FAURA, NORMA, "Derecho y psicología: una articulación pendiente en los procesos de familia", en Marisa Herrera (coord.), Aída Kemelmajer De Carlucci, Aída (dir.), La familia en el nuevo derecho, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 121 y ss.

(6) JELIN, ELIZABETH, "*La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas*" en Marisa Herrera (coord.), Aída Kemelmajer De Carlucci, Aída (dir.), La familia en..., op. cit.

(7) Por resolución de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, aprobada el 4/07/2012, se dispuso por el art. 1º la creación

de esta Comisión Bicameral con la finalidad de preservar la unidad, integridad y coherencia que implica el dictado de un único Código Civil y Comercial. A su vez, una medida de similar objeto recibió aprobación del Honorable Senado de la Nación, en la misma fecha, mediante lo actuado en el Expediente S-1941/2012.

(8) LORENZETTI, RICARDO L., "*Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*", en Revista Jurídica La Ley, 23/04/12; y "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", en Revista Jurídica La Ley, Suplemento especial, 07/10/14.

(9) Conforme los Fundamentos: "*Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al Juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales*".

(10) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "*La estructura constitucional del proyecto de Código unificado*", en Revista Jurídica La Ley, Sup. Const. 2012, agosto, 09/08/2012, 48, LL 2012-D, 574; y DFyP, noviembre, 01/11/2012, 113 comentario a fallo del TRIB. COLEG. FLIA. 7A NOM, ROSARIO, "*F., M. Y L., S. s/divorcio presentación conjunta*", 07/03/2012.

(11) Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(12) Art. 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene 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.

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; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

(13) VÉSCOVI, ENRIQUE, Código General del Proceso, Bs. As., Editorial Abaco, 1998, T. I., p. 40.

(14) Art 402.- *"Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo"*.

(15) Art. 595.- *"Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:*

a) el interés superior del niño;

b) el respeto por el derecho a la identidad;

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

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

e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez (10) años".

(16) Art. 639.- *"Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:*

a) el interés superior del niño;

b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;

c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

(17) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86 (cargo de la Dra. María Bacigalupo de Girard), "*N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento*", *expte.* N° 38.316/2012, 18/06/2013, dispuso la inscripción de nacimiento de una niña gestada por una mujer que no aportó material genético, como hija de los comitentes, una pareja que se encontraba imposibilitada de llevar adelante el embarazo por problemas físicos de la mujer. El caso fue resuelto en función de derechos de orden superior, como el interés superior del niño en función de la voluntad procreacional, pero con invocación del art. 562 del Proyecto. Antes de eso, el 22/03/12 en el marco de dos supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo en el extranjero por matrimonios del mismo sexo, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, en autos: "*D. C. G. y G. A. M. c/GCBA, s/ Amparo*" y "*G.. B. F. D y M. D. C. c/ GCBA s/ Amparo*" resolvió ordenar sendas inscripciones de niños nacidos de parejas homosexuales que habían recurrido a la gestación sustituta en el extranjero. La norma en cuestión establecía como recaudo ineludible el consentimiento previo, informado y libre de todos los participantes que se homologaba judicialmente con antelación a la transferencia embrionaria, y cumplidos una serie de recaudos, entre los que se contaba el aporte de los gametos de al menos uno de los comitentes, la prohibición de aporte de material genético de la gestante, y la de recibir retribución.

(18) Art. 706.- "*Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.*

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.

Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario".

(19) ARNAUDO, DANIEL, citando a Véscovi, en "*Principios procesales. Normativización*", ponencia presentada en el Concurso de Jóvenes Ponentes del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 2011), en elDial.com, DC19C0, 29/11/2012.

(20) Un ejemplo de esta situación es posible encontrarlo en las resoluciones judiciales en las que se apela a la ley 26.485 y la doctrina

vinculada con la temática de género para restituir -en algunas ocasiones, conferir- una igualdad socavada por los estereotipos culturales que anulan los derechos de la mujer.

(21) Recordemos que los términos legales fueron abreviados, siendo de 6 meses el máximo dispuesto para la guarda discernida luego de la declaración de adoptabilidad (art. 614).

(22) Como ejemplo de su utilización, se pueden mencionar: evitar sustanciaciones o vistas inocuos o innecesarios, ajustar los procedimientos en función de brindar la solución jurídica en plazo razonable, advertir que los procesos incidentales no deberían durar más que los principales y reducir los plazos cuidando no afectar el derecho de defensa de las partes, disponiendo apercibimientos o aplicación de sanciones preventivas ante retardos injustificados, etc.

(23) Evitación de actos superfluos, como vistas a los ministerios públicos, o pruebas que no versen sobre hechos controvertidos, inconducentes o dilatorias; desde otra perspectiva, proveimiento anticipado de la jurisdicción pretendida cuando existe una acreditación de los hechos cercanos a la certeza, para lo cual puede recurrirse a las medidas autosatisfactivas que trasladan la sustanciación para un momento posterior a la respuesta jurisdiccional que se impone como imprescindible. Un ejemplo cotidiano estaría dado por el despacho oficioso de una cuota alimentaria superior a la vigente simultánea al proveimiento del respectivo incidente cuando el desequilibrio es notorio; o autorizar la entrega de dinero depositado en carácter de salario de un progenitor fallecido a los representantes de los menores de edad, sin más recaudo que la acreditación de los vínculos, el deceso, y la existencia de fondos, etc.

(24) La gratuidad de los procesos de familia tiene estrecha vinculación con el acceso de los ciudadanos al servicio, pues una justicia cara se torna desigual y por ello, la posibilidad de la inaccesibilidad se acentúa. Siempre habrá de ser considerada la incumbencia social de esta problemática.

(25) Recordemos que la CORTE IDH, "*Caso "Fornerón e hija vs. Argentina"*" (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27/04/2012, Serie C-N°242, a más de evidenciar la mora jurisdiccional en la resolución de los procesos de adopción en supuestos de pedidos de

restitución y el incumplimiento de la garantía del plazo razonable, señaló que deben ser manejados con diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

(26) MORELLO, AUGUSTO M., *"El deber de colaboración en el ámbito de la prueba"*, en Revista Jurídica La Ley, 2004-D-214; PEYRANO JORGE W., *"El principio de cooperación procesal"*, en Revista Jurídica La Ley, 2010-A-1062; BARBERIO, SERGIO J., *Cargas dinámicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar?*, en JA 2003-II, fasc. 11, Lexis Nexis, 11 de junio de 2003, entre muchos otros, en especial Peyrano. El Proyecto formula el siguiente principio: *"Art. 710. Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar"*.

(27) Arts. 650, 651, 656, donde expresamente se establece respecto del cuidado del hijo que el juez, a falta de acuerdo de los adultos, sea a requerimiento de alguno de ellos o de oficio, deberá disponer el sistema más conveniente, con prioridad del régimen de cuidado compartido con la modalidad indistinta (ambos tomarán las decisiones cotidianas aunque el niño o niña resida principalmente con uno solo de ellos).

(28) Art. 596.

(29) Arts. 563 y 564.

La litigación y el rol de los operadores en el programa procesal que plantea el nuevo ordenamiento civil y comercial

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://bit.ly/3ozGzAa>

Publicado en: Diario DPI cuántico (Derecho para Innovar) Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Año 1 N° 3, 15/12/2015

[Consultado el: 02/09/2021]

De los lineamientos generales del Código Civil y Comercial en materia procesal

La introducción en el Código Civil y Comercial de un título específico(2) donde se establecen disposiciones generales de corte procesal vinculadas estrechamente con los derechos fundamentales, sin duda instala un panorama que obligará a diseñar o reformular los sistemas vigentes en las provincias que integran el régimen federal. Cabe señalar que además de esa porción específica, el CCyC contienevarias disposiciones que fijan algunos lineamientos básicos y generales, sin por ello agredir las competencias provinciales.

Como se sabe, la Constitución Nacional es el instrumento que otorga el ejercicio de la jurisdicción con carácter exclusivo al Poder Judicial, para resguardar los valores que el constituyente y/o el legislador estimen necesarios de tutela. A ese poder del Estado le cabe no solo aplicar las leyes, sino también controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos (control de legalidad). La herramienta para el ejercicio de la función jurisdiccional es el proceso, de modo tal que derechos-proceso-jurisdicción se enlazan para dotar de contenido a las normas jurídicas en su aspecto práctico.

El CCyC consigna reglas mínimas tendientes a asegurar el derecho reconocido, en razón de que su propia naturaleza impone que la forma de ejercicio debe gozar de idéntica protección que la que se confiere al reconocer el derecho, ya que fondo y forma resultan inescindibles para su concreción. Ejemplos de esta aseveración son las normas relativas a la declaración de situación de adoptabilidad (arts. 607/614, 634 inc. g, 716) necesarias para asegurar en tiempo útil el derecho a la vida familiar de los niños, niñas y adolescentes; o las disposiciones sobre legitimación activa del hijo/a con grado de madurez suficiente y con asistencia letrada propia (arts. 23,24,26, 109 inc. a, 404,661 inc.b, 669, entre otros)dada su consideración de sujeto con derecho de acceso a la justicia; las reglas que determinan que el trámite de alimentos se sustancie por el proceso más breve que prevean las leyes locales, los alimentos provisorios, el efecto no suspensivo de todo recurso de apelación contra la sentencia que admite el reclamo, o el efecto retroactivo de la resolución (arts. 543, 544, 547,548,550)para asegurar el derecho humano a la vida y el desarrollo; o algunas reglas en materia de filiación (art. 579 sobre prueba genética y su alcance) vinculadas particularmente con el derecho a la identidad, entre otras.

Junto a ellas o tal vez como consecuencia necesaria, la recodificación instauró un nuevo modelo donde el orden público y la autonomía de la voluntad se estructuran desde un lugar no dicotómico o adversarial sino complementario, en función del reconocimiento de los derechos personales (art. 19 CN) y una injerencia estatal moderada y limitada a lo estrictamente necesario conforme las reglas que rigen en un Estado constitucional-convencional de derecho.

Sin embargo, se extrae de la lectura sistémica e integrada del articulado que se dota a los magistrados de un incremento de sus facultades en procura del valor social de afianzar la justicia contenido en el Preámbulo de la Constitución. Y así se le confiere potestad para disponer pruebas de oficio (arts. 579,709), medidas razonables para dotar de efectividad a sus resoluciones (arts. 550, 551, 553, 670),

facultad de disponer medidas provisionales en procura de protección de derechos de los vulnerables (arts. 34, 544, 721).

¿Cuál es el punto medio o de equilibrio entre este incremento de facultades judiciales en el sistema que organiza el derecho privado y la actividad profesional de los abogados? ¿Estamos ante un cambio de paradigma donde la justicia de familia se re-convierte al sistema inquisitivo pleno? ¿Cómo se pueden compaginar las reglas del sistema dispositivo con la mayor injerencia procesal que ahora se reconoce a la judicatura de manera uniforme en varios aspectos del derecho sustancial?

Algunas revisiones de lo general en función de lo particular (el caso)

Por razones de espacio, evitaremos el análisis de los distintos sistemas procesales, aunque resulta imprescindible invocar que el CCyC establece pautas que deben ser respetadas en todo el país, como las que se disponen para: a. efectivizar los derechos subjetivos (v. gr., oficiosidad, interpretar las normas para facilitar el acceso a la justicia y la intermediación, promover la resolución pacífica de los conflictos); b. establecer la necesidad de recaudos del servicio (v. gr., especialización de magistrados y auxiliares, interdisciplina); y c. establecer directivas procesales específicas (v. gr., oralidad, derecho/deber de audiencia, acceso limitado al expediente).

El sistema legal de derecho privado que nos rige desde el 1/08/2015 se inaugura diciendo: “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables...*”(3) plasmándose allí de manera evidente el principio de realidad que informa la nueva legislación. Seguidamente se establecen las pautas de interpretación de la ley: su texto, su finalidad, la analogía, las disposiciones de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos (y no morales o personales del intérprete o de los operadores que intervienen), sin que se diga que esos parámetros se establecen en un

orden preponderante conforme son consignados, sino al contrario: deben serlo de un modo integrado, coherente y sistémico.

De tal suerte que los principios (sustanciales o procesales) forman parte de la interpretación jurídica e integrarán la argumentación cuando la tensión de derechos obligue a buscar la solución del conflicto en ellos. En esa línea, la tutela judicial efectiva(4) , involucra el derecho a la verdad y el indelegable deber de los jueces de remover obstáculos que impidan el acceso real e igualitario de los ciudadanos a los tribunales y la eficacia de la tarea jurisdiccional. La jurisdicción que se despliega en conflictos que involucran cuestiones de familia se erige en una actividad estatal regida por la tutela judicial diferenciada, como variante de la tutela judicial efectiva(5). Sin embargo, es claro que para el logro de ese objetivo, serán las partes quienes –mediatizada por la actividad profesional de los letrados que patrocinan– propondrán el conflicto y las medidas de prueba tendientes a respaldar las posiciones que sostengan.

Bajo estas premisas, parece necesario que los sistemas procesales se ajusten tomando en consideración el principio articulador de la oralidad, sin dejar de lado lo escrito en cuanto sea menester, como por ejemplo para inaugurar los procesos a través de las demandas o, ya en su fase final, en la expresión de los fundamentos de las sentencias que dirimen las postulaciones.

Considerando que para algunos ordenamientos el cambio puede resultar abrupto, el establecimiento de un proceso mixto donde predomine la oralidad combinada con elementos del proceso escrito, y se establezcan las reglas que mejor aprovechen a los objetivos de un proceso más célere y eficaz, puede resultar necesario en la transición.

Una de las cuestiones a considerar para los cambios que se avecinan, debe ser que el proceso por audiencias trajo –en los lugares en que se implementó– una sobrecarga de la agenda de los tribunales que a la larga produce un efecto contrario a la pretendidas celeridad y

eficacia. Para contrapesar esa dificultad, es necesario que todos los operadores judiciales consideren la teoría de la litigación civil, muy especialmente en lo que hace a la proposición del caso y el ofrecimiento de la prueba adecuada, sin soslayar la posibilidad de saneamiento del magistrado cuando la demanda o su responde carecen de los elementos necesarios para conformar adecuadamente la relación procesal. Y es que al magistrado se le recomienda una proactividad procesal tendiente a la resolución del conflicto, pero no una subrogación de actos que constituyen una carga para las partes como serían el inicio de los trámites o la consideración de hechos o pruebas no aportados por los interesados, excepto que la propia ley lo habilite como ocurre en los supuestos del art. 111(6), del art. 616(7) o del art. 579(8) para la filiación adoptiva y la biológica, respectivamente.

También deberá ponderarse que la audiencia de prueba que caracteriza a la litigación en los procesos orales, honrando sumador celeridad y espontaneidad, deberá ir acompañada de las herramientas técnicas suficientes para el logro de ese cometido y para eso es necesario contar con medios para la grabación de la audiencia en audio y/o video, en lugar del acta que replique lo ocurrido en ese acto. De ese modo se reducen considerablemente los tiempos que insume, ya que el fedatario consigna por escrito únicamente los datos de los asistentes y las circunstancias principales, a la par que se resguarda el medio probatorio para las eventuales instancias de decisión o recursivas.

Peyrano resaltó las mayores ventajas de la reproducción audiovisual de la audiencia de pruebas, señalando que: a) elimina la mayor parte de las razones que se invocan para defender la necesaria identidad entre el juez de la audiencia y el juez de la sentencia; b) posibilita al tribunal de apelación revisar la sesión probatoria; y, c) le otorga al juez la chance de reflexionar el contenido de la sentencia de mérito a emitir, sin estar urgido por una memoria traicionera de lo acontecido durante la actuación de las pruebas(9).

De cara a una realidad social que interpela la mora del Poder Judicial, y en la búsqueda de soluciones que la reduzcan a la par que se traduzcan en modelos eficientes, las reformas que deberán encarar los regímenes procesales deberán tener en cuenta ciertos aspectos comprobados como positivos. Tomando como ejemplo la prueba testimonial, y más allá de la solución legislativa que trajo el CCyC en los arts. 709 (principio de oficiosidad) o 710 (cargas probatorias dinámicas) es necesario considerar la sustitución del interrogatorio estructurado por el interrogatorio directo. Es que *“el interrogatorio de los testigos debe ser lo suficientemente claro para que lo entienda fácilmente; las preguntas deben ser redactadas en forma de inquirir sus conocimientos, sin suministrarle todos los detalles, que precisamente debe exponer de manera espontánea si los conoce, es decir, sin que las preguntas sean sugestivas o sugerentes”*(10). El interrogatorio directo al testigo es una técnica propia del common law donde el papel del juez es el de un árbitro pasivo cuya función consiste únicamente en resolver los problemas y conflictos que puedan surgir en el curso del interrogatorio y puede establecerse una diferencia con el civil law donde la práctica de las pruebas orales es un mecanismo centrado en el juez donde el interrogatorio de los testigos, las partes y los peritos está precisamente entre sus funciones del juez(11)

Una de las características de la litigación oral reposa en su carácter dialéctico, que se traduce en que, culminado el examen de la parte que ofreció la declaración, puede efectuar su examen la contraria (cross-examination). Esta modalidad implica que la contraparte buscará desacreditar al testigo o las respuestas vertidas que le sean desfavorables a su teoría del caso, sin descartarse la etapa ulterior de las repreguntas. Algo similar ocurrirá con las pruebas periciales, que deberán ser controladas en su producción tanto por el tribunal, como por las partes, a quienes asistirá el derecho de objetarlas fundadamente. En ambos casos, son necesarios abogados avezados.

Afianzar la justicia: una responsabilidad compartida

La manda establecida en el art. 3 del CCyC acerca del deber de resolver los asuntos sometidos a la jurisdicción mediante decisiones razonablemente fundadas y la posibilidad de recurrir a los principios y valores jurídicos consignada en el art. 2 de ese compendio legal, serán herramientas jurídicas relevantes para ser utilizadas incluso ante la necesidad de dirimir conflictos procesales. Si la reconstrucción de los hechos controvertidos a través de la actuación de la prueba constituye el camino para decir el derecho, dependerá tanto de la destreza de los abogados como de la preocupación del juez el arribo a la verdad. Sin duda alguna, la litigación civil es una herramienta imprescindible y la que mejor se ajusta a las nuevas directrices que demarcan el derecho privado.

Si es cierto que cuando soplan vientos de cambio algunos construyen muros y otros molinos, nos atrevemos a pensar que el nuevo ordenamiento será acompañado por los ajustes necesarios en los sistemas provinciales en función de una imprescindible sinergia colectiva. Tamaña conquista de derechos sólo reclama más y mejores posibilidades de ejercicio. Somos los abogados en las distintas formas de practicar nuestra profesión, los encargados de lo que falta. Que así sea.

Referencias Bibliográficas

- (1) Juez de Familia de Esquel.
- (2) Título VIII, arts. 705 a 723, segmentado en los siguientes cuatro capítulos: 1 Disposiciones generales; 2 Acciones de estado de familia; 3 Reglas de competencia; y 4 Medidas provisionales.
- (3) Código Civil y Comercial, Art. 1º. Fuentes y aplicación.
- (4) Reconocida como derecho humano en los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

- (5) GONZALEZ de Vicel, Mariela, Código Civil y Comercial de la Nación, Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera (Dir.). - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus, 2015. Comentario art. 706
- (6) En cuanto establece que el juez debe proveer de oficio lo que corresponda cuando tenga conocimiento de un hecho que motive la apertura de una tutela
- (7) Que dispone que el juez iniciará de oficio el proceso de adopción ante la mora de los guardadores
- (8) Que reconoce la posibilidad de que sea el magistrado quien disponga la prueba genética oficiosamente
- (9) PEYRANO, Jorge W.; Nuevas Tácticas Procesales; Nova Tesis Editorial Jurídica; Rosario-Argentina, 2000; Págs. 84 – 85.
- (10) DEVIS ECHEANDIA, Hernando; Compendio de Derecho Procesal; Tomo II; Editorial Temis; Bogotá, 2012; Pág. 309.
- (11) TARUFFO, Michele; La Prueba; Marcial Pons; Madrid, 2008; Pág. 123, 126, 127

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts 403 a 409

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado* (T II, arts. 257- 445). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
[Consultado el: 20/09/2021]

LIBRO SEGUNDO

Relaciones de familia

TÍTULO 1

Matrimonio

CAPÍTULO 2

Requisitos del matrimonio

Art. 403 Impedimentos matrimoniales. Son impedimentos dirimientes para contraer matrimonio:

- a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo;
- b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo;
- c) la afinidad en línea recta en todos los grados;
- d) el matrimonio anterior, mientras subsista;
- e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges;

- f) tener menos de dieciocho años;
- g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.

I) Resumen

En el ámbito del Derecho nacional, rige el principio general en virtud del cual toda persona está habilitada para contraer matrimonio, a excepción de aquellas que se encuentren comprendidas en las situaciones o hechos determinados en la norma (parentesco, ligamen, crimen, falta de edad legal) que vedan expresamente la celebración del vínculo. Estos obstáculos legales se denominan impedimentos dirimientes y su trasgresión posibilita el ejercicio de la acción de nulidad del vínculo matrimonial.

II) Concordancias

Parentesco (arts. 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535 y 536); disolución del matrimonio (art. 435); capacidad (arts.31 y ss.); falta de edad nupcial (art. 404); falta de salud mental y dispensa judicial (art. 405); requisitos de existencia del matrimonio (art. 406); nulidad (arts. 424 y 425). Ley 26.657. Código Penal (art. 45).

III) Interpretación de la norma

III.1) Consideraciones generales

La locución "*impedimento*" alude a todo obstáculo, estorbo o dificultad para la realización de un acto o consecución de un fin determinado. En concordancia con esta referencia gramatical, se entienden por impedimentos matrimoniales las prohibiciones, limitaciones y restricciones que el ordenamiento jurídico impone al derecho a contraer matrimonio condicionando la capacidad para casarse de las personas. Conforme lo expresa Méndez Costa, el establecimiento de tales vallas legales tiene en miras el bien común y personal de los pretendidos contrayentes(1).

Los supuestos que enuncia la norma corresponden a impedimentos dirimentes cuya violación habilita el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio.

III.2) Supuestos legales

La normativa enuncia los siguientes supuestos de impedimentos dirimentes.

III.2.A) Parentesco (2)

Dentro de las restricciones al derecho a casarse la ley contempla como impedimentos para un matrimonio válido determinados vínculos de parentesco mediante los cuales se encuentran ligados los pretendientes.

Históricamente, el impedimento de parentesco ha respondido a fundamentos culturales, naturales, sociales, éticos, eugenésicos e incluso religiosos, profundamente arraigados, que materializan el principio de la prohibición del incesto y, consecuentemente, reconoce implícitamente la regla de la exogamia al condicionar la elección de los consortes por fuera del grupo familiar o linaje.

La normativa en análisis establece, en los tres primeros incisos, los supuestos concretos en los que opera la prohibición legal por parentesco, pudiendo éstos a su vez diferenciarse en dos grupos según la mayor o menor extensión del impedimento en relación con los sujetos que abarca.

El primer grupo está conformado por supuestos amplios en tanto el impedimento no establece limitación de grados entre los futuros contrayentes, a saber:

— El inciso a, alude al "*parentesco en línea recta*" —ascendiente y descendiente— "*en todos los grados*", sin distinción de la fuente que le da

origen, alcanzando la prohibición a todos los sujetos cuyo parentesco esté dado por la naturaleza, por los métodos de reproducción humana asistida o por la adopción (conc. art. 529 del Código), y

— El inciso c, legisla la *"afinidad en línea recta"* —ascendientes y descendientes— *"en todos los grados"*. El parentesco por afinidad surge como efecto necesario de la celebración de las nupcias y es definido como el *"vínculo jurídico que une a cada esposo con los parientes del otro, cualquiera sea su fuente (por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida o por adopción, en los casos que corresponda)"*(3).

Conforme a la normativa, la prohibición alcanza únicamente a los parientes afines en línea recta, no quedando comprendidos los afines en línea colateral, respecto de los cuales rige el principio de libertad para contraer matrimonio.

Este impedimento no puede operar estando vigente el matrimonio, pues de ser así existiría también el impedimento de ligamen que obstaría a la pretensión de contraer nuevas nupcias. Por tanto, la disolución de un vínculo matrimonial precedente es el antecedente necesario para que la prohibición legal sea aplicable, pues es indispensable que el matrimonio anterior —que da fundamento al parentesco por afinidad— se encuentre disuelto y, en este contexto, uno de los exconsortes pretenda contraer nuevas nupcias con algún pariente en línea recta del otro.

La afinidad es un impedimento de carácter permanente que subsiste aun cuando el vínculo que originó el parentesco se disuelva por muerte o divorcio, constituyendo la anulación del matrimonio la única causal de extinción del obstáculo legal en atención al efecto retroactivo de la sentencia que así lo determina.

El segundo grupo comprende un único supuesto de carácter restringido en tanto el impedimento se encuentra circunscripto a cierto grado de parentesco. En este sentido, el inciso b, refiere exclusivamente al parentesco en línea colateral en segundo

grado existente entre hermanos bilaterales —los que tienen los mismos padres— y unilaterales —los que tienen solamente en común un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro—, cualquiera que sea el origen del vínculo —por la naturaleza, por los métodos de reproducción humana asistida o por la adopción—. Como se puede observar, el Código introduce una necesaria modificación en el lenguaje, siendo muy criticado, en el marco del texto civil anterior, apelar al término "*medio hermano*" para referirse a los hermanos de un solo vínculo. Ello está a tono con una ínsita en todo, el articulado del Código: aceptar que el lenguaje no es neutro, que juega un papel muy importante, y de allí la cantidad de sustituciones terminológicas que se observan en el nuevo texto.

A efectos de que el impedimento matrimonial sea una verdadera valla legal para la celebración de las nupcias, es menester que exista el correspondiente título de estado que acredite el vínculo jurídico de parentesco, no funcionando la restricción en los casos en que medie mera posesión de estado. Los impedimentos enunciados en los incisos a, b, y c, no son dispensables y revisten el carácter de permanentes, aunque eventualmente pueden cesar los previstos en los dos primeros incisos en la hipótesis de que se impugne el estado filial del pretense contrayente y como efecto de ello no quedar incluido dentro de los parentescos que recepta la normativa.

III.2.B) Ligamen

El inciso d, refiere a "*el matrimonio anterior, mientras subsista*" como impedimento para la celebración del matrimonio.

Esta prescripción es coherente con la tradicional regla de la monogamia —que impera en la cultura occidental— y que rechaza la multiplicidad de cónyuges propia del sistema poligámico y poliándrico. Asimismo, armoniza con el principio que condiciona la existencia del matrimonio a la unión exclusiva entre "*dos*" personas con total independencia de la orientación sexual de los contrayentes (conf. art. 406).

Específicamente, este impedimento funciona vedando la posibilidad de contraer nuevas nupcias cuando uno o ambos futuros contrayentes se encuentran vinculados legalmente con un tercero, mediante un matrimonio anterior y subsistente al momento de pretender celebrar el nuevo acto jurídico familiar matrimonial.

La norma expresamente determina que el obstáculo legal funciona "*mientras subsista*" la unión anterior; es decir, se trata de un impedimento de carácter transitorio al poder los cónyuges recuperar su aptitud nupcial en caso de anulación del matrimonio, divorcio declarado judicialmente, muerte o sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento. Con relación a este último supuesto, se modifica el criterio imperante en el régimen jurídico anterior, acorde al cual la declaración de ausencia per se no operaba la disolución del vínculo, acaeciendo esto únicamente si el cónyuge presente contraía un nuevo matrimonio.

Este impedimento no es dispensable y acarrea la nulidad absoluta del matrimonio (art. 424), siendo subsanable únicamente si se anula el matrimonio anterior, no así en el caso de que se disuelve por las causas previstas legalmente (art. 435).

III.2.C) Crimen

El inciso e, establece como impedimento matrimonial el "*haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges*".

La norma, sustentándose en principios de orden moral y social, desprecia y sanciona tanto la conducta de quien participa (cómplice o instigador) o asesina al cónyuge de la persona con quien pretende casarse como la de aquel que al momento de hacerlo no tiene en miras unirse matrimonialmente con el supérstite —sea porque no lo conoce o, aun conociéndolo, no tiene tal intención—.

El impedimento funciona entre quien ha intervenido delictivamente en el homicidio doloso de una persona y el cónyuge supérstite de ésta (aun cuando estuviesen separados de hecho), no operando en los casos de conyugicidio —muerte causada al propio cónyuge— que, de haberse previsto, lesionaría derechos constitucionales fundamentales al negársele al homicida la posibilidad de rehacer maritalmente su vida sine die.

Esta disposición civil hace remisión a la legislación penal en tanto es una acción típicamente antijurídica y adecuada a una figura penal, la que origina la prohibición legal para celebrar el matrimonio. Específicamente se refiere al homicidio consumado dolosamente, es decir, con intención de privar al otro del bien jurídico vida, no operando el impedimento en los casos de tentativa, homicidio culposo o preterintencional.

En lo que respecta a la participación del victimario, el inciso en análisis taxativamente prevé su intervención como autor, cómplice (el que toma parte en la ejecución del hecho o presta al autor/es un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, art. 45, CP) o instigador (el que hubiese determinado directamente a otro a cometer el ilícito, art. 45, CP), excluyendo a quienes favorezcan el hecho delictivo de cualquier otra forma.

Asimismo, expresamente se establece que la restricción legal opera solamente si existe condena, es decir, si el autor o partícipe del hecho ha sido procesado y se ha dictado sentencia condenatoria que se encuentre firme. Mientras esto último no suceda o, conforme Borda, mientras dure el proceso penal, tendrá que suspenderse la autorización para contraer matrimonio. (4)

La inclusión del término "*condena*" zanja la vieja controversia respecto a su necesidad, receptando la postura doctrinaria mayoritarias. (5)

Este impedimento no es de aplicación cuando el pretense cónyuge se encontraba divorciado al momento en que el tercero incurriera en la conducta tipificada.

III.2.D) Edad legal

El inciso f, establece como limitación a la celebración del matrimonio la circunstancia de que, uno o ambos de los pretendidos cónyuges, tengan "*menos de dieciocho años*" de edad.

El establecimiento de la edad mínima para casarse ha sido modificado en varias oportunidades a lo largo de la evolución jurídica del Derecho argentino, distinguiéndose tres etapas: un primer momento caracterizado por el paulatino incremento de la edad núbil a través del tiempo, diferenciándose la requerida para la mujer de la del hombre(6); un segundo momento está determinado por la unificación de aquélla en la de 18 años para ambos sexos por la ley 26.449 y, finalmente, un tercer momento, signado por la llamada Ley de Mayoría de Edad 26.579(7) que, si bien reitera el criterio anterior, hace coincidir la edad para casarse con la plena capacidad civil.

Si bien el fundamento de tal proceso de equiparación radica en el reconocimiento del principio de no discriminación, autores como Lloveras y Faraoni afirman que la igualación debería haberse formulado "*hacia abajo*", es decir, fijándose la edad común en 16 años, a fin de no afectar el derecho a contraer matrimonio ya estatuido a favor de la mujer(8). Y esta es la línea legislativa que sigile el Código, fundado en el principio de autonomía progresiva y la mirada restrictiva en la intervención del Estado en decisiones que hacen a la 'intimidad de las personas (conf. art. 404).

La restricción legal prevista en el inciso en análisis opera ante la ausencia de la edad núbil, en atención a que los pretendidos contrayentes serán hábiles para contraer matrimonio recién al contar con 18 años, señalando Méndez Costa(9), que ello acaece al día siguiente del cumpleaños.

El impedimento de falta de edad legal es de carácter absoluto, transitorio y dispensable. No obstante, el acto jurídico matrimonial celebrado sin mediar el correspondiente juicio de dispensa es pasible de nulidad relativa, estando legitimado para alegarla el cónyuge menor de 18 años que padece el impedimento y quienes, en su representación, podrían haberse opuesto a las nupcias, caducando la acción si el impedido alcanzase la edad núbil (art. 425, inc. a).

III.2.E) Falta de salud mental

El inciso g, recepta como impedimento *"la falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto matrimonial"*.

La salud, en tanto derecho humano básico tutelado por la normativa constitucional (10) y supraconstitucional (11), ha sido definida como *"el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"*(12).

A fin de adaptar el régimen matrimonial al de salud mental regulado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI— y la ley 26.657(13), el legislador ha receptado como restricción matrimonial únicamente la afección de una de las facetas antes referidas, la mental, en la medida en que su *"falta"* incide sobre uno de los elementos internos de la voluntariedad, el discernimiento (art. 260), impidiendo, en consecuencia, la comprensión del acto jurídico matrimonial.

Al respecto debe tenerse presente que la Ley de Salud Mental es ley especial que regula la materia y que prevé que *"se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas"* (art. 3°) y que *"la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado"* (art. 5°).

Acorde a ello, la determinación de un padecimiento mental per se no lleva necesariamente a presumir la incapacidad del sujeto ni a la automática aplicación del inciso en análisis.

El impedimento de ausencia de salud mental es absoluto, transitorio, dispensable (conf. art. 405) y las nupcias celebradas en violación al precepto legal acarrea la nulidad relativa. Están legitimados para iniciar dicha acción el cónyuge sano —si cesó de cohabitar al tomar conocimiento del impedimento—, el cónyuge enfermo —en tanto dejó de con- vivir al recuperar la salud mental— y los parientes del cónyuge impedido que podrían haberse opuesto al matrimonio (art. 425, inc. b).

IV) Significado de la reforma

Si bien la norma reformada sigue en términos generales los lineamientos de su fuente directa, el artículo 166, a diferencia de éste expresamente establece que los impedimentos enunciados son de carácter dirimente.

En armonía con el concepto de parentesco como "*vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad*" (art. 529), se elimina la alusión a la consanguinidad en tanto aquél puede tener una fuente ajena al nexo biológico, en razón de la adopción y, especialmente, por la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida(14).

Asimismo, la especificación en el inciso e, relativa a la necesidad de condena como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges, despeja la vieja controversia doctrinaria que cuestionaba la necesidad de la misma para la materialización del impedimento.

El inciso g, adecua su terminología a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y a la ley 26.657, eliminándose la referencia a la privación de la razón que contenía el

artículo 166 del ordenamiento reformado y que a su vez había sido superador de la noción de locura consagrada por la ley 2393.

Finalmente, se suprime el impedimento de sordomudez, que ya desde la sanción de la ley 23.515 era objetado por la doctrina, por cuanto si el individuo no podía manifestar su voluntad por escrito o por otro medio inequívoco, el matrimonio que se celebraba quedaba alcanzado por el artículo 172, párrafo 2º, en virtud de que tal imposibilidad de manifestar el consentimiento hacía que el vínculo se reputara inexistente (15).

Art. 404 Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. En el supuesto del inciso F) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales.

La decisión judicial debe 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, si la hubiesen expresado.

La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela sólo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 inciso d).

1) Resumen

La norma prevé dos situaciones fácticas étareas bien delimitadas: 1) personas menores de edad que se encuentran en la franja entre los 16 y 18 años de edad, y 2) personas menores de 16 años. Para el primero, es suficiente la autorización expresa de ambos padres; para el segundo, es necesaria la correspondiente autorización judicial. En el supuesto específico del matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela se requerirá, además, la aprobación de las cuentas de la administración.

II) Concordancias

Impedimentos matrimoniales (art. 403, inc. fi; tutela (arts. 104, 117, 120, 128, 129, 130, 131, 134); emancipación (arts. 27 y 28); nulidad relativa (art. 125); actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores (art. 645). Ley 26.061 (arts. 3º, inc. b; 19, inc. a, y 24, inc. b).

III) Interpretación de la norma

III.1) Autorización de los progenitores

El Código vuelve al sistema en el que la voluntad de los padres —juntamente con el de los hijos menores de edad si cuentan con un mínimo de 16 años y, hasta que alcancen la mayoría de edad— es hábil para otorgarle validez a la celebración del matrimonio de los hijos que se encuentren en esta situación fáctica. De este Modo, el artículo 645 que enumera los actos referidos a los hijos que necesitan el consentimiento expreso de ambos progenitores señala en el inciso a, que la voluntad conjunta de ambos padres es necesaria para *"autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio"*.

Como cara y contracara de la misma moneda, la dispensa judicial como requisito ineludible queda circunscripta al caso de los hijos menores de 16 años que pretendan contraer matrimonio.

De este modo, el Código recepta la crítica que se había esgrimido al régimen anterior que pasaba de una clara intervención estatal, a través de la justicia para autorizar todos los casos de matrimonios de personas Menores de edad, a, directamente, la plena capacidad para que la persona preste el correspondiente consentimiento matrimonial cuando alcance la mayoría de edad a los 18 años. Con acierto, se decía que este régimen que derogaba implícitamente la autorización de los padres violaba el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes que el nuevo texto civil recepta (conf. art. 26) y el principio de injerencia estatal mínima en las relaciones de familia. ¿Por qué si los padres, quienes más y mejor conocen a los hijos, están de acuerdo en que su hijo contraiga matrimonio, esa sola voluntad conjunta no debería ser suficiente cuando éstos llenen una edad y grado de madurez suficiente que se la establece en los 16 años? Este interrogante es respondido y resuelto en el Código.

Si los padres o uno de ellos niegan prestar el correspondiente consentimiento, supletoriamente debe decidir el juez, como acontecía antes de los cambios introducidos por las leyes que equipararon la edad legal para contraer matrimonio a los 18 años de edad y la baja de la edad en la cual se adquiere la mayoría de 21 a 18 años.

III.2) Dispensa judicial. Concepto

La dispensa consiste en la liberación que se hace, a favor de un sujeto, del cumplimiento de alguna carga u obligación. Específicamente en el ámbito del derecho matrimonial, se alude a la dispensa judicial como el mecanismo legal mediante el cual una autoridad competente procede al *"levantamiento de la prohibición que obstaculiza el matrimonio"*. (16)

III.3) Dispensa judicial para los supuestos de falta de edad nupcial. Trámite

El artículo en análisis expresamente habilita a los pretendientes contrayentes, que no cuentan con la edad núbil de dieciocho años, a peticionar judicialmente la remoción del obstáculo legal que le impide la celebración del acto matrimonial.

D'Antonio afirma que la razón, en base a la cual se excepciona el impedimento en cuestión, radica en que la *"aptitud nupcial constituye un presupuesto de la personalidad cuya regulación legal no puede obstaculizar el natural y jerarquizado derecho a unirse en pareja y procrear"*.(17)

En atención a que la norma no enuncia los casos en que procede la dispensa, cobra vital importancia el rol del juzgador, quien ejercerá un control de mérito discrecional(18) valorando, en cada supuesto fáctico, el interés superior del o de los niños/adolescentes que requieren la autorización nupcial.

Se establece un trámite acotado en el cual el magistrado, sin perjuicio de todas las medidas para mejor proveer que pueda adoptar, tiene la obligación de mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y sus representantes legales. Este requisito garantiza las reglas procesales de la oralidad, intermediación y celeridad(19), además del derecho del menor a ser oído conforme lo prevén la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art.12) y la ley 26.061 (arts. 30, inc. b; 19, inc. a, y 24, inc. b).

La exigencia de la obligatoriedad del contacto personal del juez con las personas que, actúan en el proceso tiene en miras lograr la convicción del sentenciante sobre la conveniencia o no del relevamiento del impedimento matrimonial. En lo que respecta a los futuros contrayentes, debe indagarse acerca del conocimiento y entendimiento de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y *"si se encuentran en condiciones de asumir y satisfacer sus responsabilidades futuras como cónyuges..."*(20). Por su parte, los

representantes de aquéllos, si bien deben estar presentes en la entrevista, no están constreñidos a emitir juicio, pues, de lo contrario, el tercer párrafo de la norma no establecería que se evaluará la opinión de los representantes *"si la hubiesen expresado"*.

Al afirmarse que la decisión judicial que se adopte en el proceso de dispensa debe 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"*, la ley reconoce el principio de autonomía progresiva en tanto *"el ejercicio de los derechos del niño progresa proporcionalmente a la evolución de sus facultades, y no se trata, por lo tanto, de derechos en expectativa hasta alcanzar un grado de madurez determinada"*(21).

Finalmente, si bien se refiere a que el decisorio *"también"* debe valorar las consideraciones que hubiesen realizado en la audiencia los representantes legales del impedido, su opinión no es vinculante, armónicamente con la derogación de la autorización patea requerida en el sistema anterior para que los menores de dieciocho años pudieran casarse y en consonancia con el principio de autonomía señalado, que recepta la siguiente relación inversamente proporcional: *"a mayor desarrollo madurativo disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos del hijo (conf. arts. 30, 50 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 30, 24 y 27 de la ley 26.061)"*.(22)

La celebración del matrimonio antes de los dieciocho años mediando sentencia de dispensa judicial tiene como efecto la emancipación del menor de edad. No obstante, si no se hubiese solicitado o la misma hubiese sido denegada por el juez, el acto jurídico matrimonial será pasible de nulidad relativa (art. 425), circunstancia que no deja sin efecto la emancipación (art. 27).

III.4) Dispensa judicial para los supuestos de tutela

La tutela es una institución destinada a proteger la persona y los bienes de niños o adolescentes que, no habiendo alcanzado la

plena capacidad civil, carecen de un adulto responsable que asuma su crianza (23).

El cuarto párrafo del artículo en tratamiento refiere específicamente a cómo funciona el impedimento de falta de edad legal cuando el pretense cónyuge del pupilo es su propio tutor o algún descendiente de éste.

De idéntica forma, si la persona menor de edad pretendiese contraer nupcias con un tercero que no invistiese las calidades referidas, se requiere la petición judicial de dispensa del impedimento. No obstante, atento a la especial relación que vincula a los sujetos que pretenden contraer matrimonio, el legislador profundiza los recaudos legales y establece que no bastará para que se dicte sentencia favorable la circunstancia de que el sentenciante arribe a la convicción sobre la conveniencia de las nupcias, sino que, además, será menester que estén aprobadas las cuentas de la administración.

El fundamento de este "*plus*" tiene en miras que el tutor no intente, mediante el matrimonio, liquidar las cuentas de la tutela en condiciones sospechosas (24), protegiendo; en consecuencia, el patrimonio del pupilo. Si pese a la previsión legal, el tutor o su descendiente contrae matrimonio con el tutelado sin la debida dispensa judicial, sea porque no se la solicitó o porque el juez la denegó, se impone como sanción para el tutor la pérdida del derecho a retribución (art. 129, inc. d).

IV) Significado de la reforma

El nuevo Código vuelve a receptar el sistema de autorización paterna para celebrar el matrimonio por parte de los hijos entre los 16 y 18 años de edad. También avanza al dejar de lado la excepcionalidad de la dispensa prevista por el ordenamiento jurídico anterior que establecía que la misma sólo se otorgaría con carácter excepcional y sólo si el interés del hijo lo exigía.

Asimismo, acorde a la noción de autonomía progresiva que se incorpora expresamente, no sólo se vuelve al régimen de autorización paterna en el caso de los hijos menores de edad entre los 16 a 18 años de edad, sino que también se determina que el juez deberá evaluar la posibilidad de contraer matrimonio sobre la base de la aptitud para comprender los efectos jurídicos que derivan de la celebración del acto jurídico matrimonial, a cuyo efecto resulta indispensable el efectivo ejercicio del derecho constitucional a ser oído a efectos de que el juez pueda valorar las circunstancias de hecho que dan lugar a la petición.

Se incorpora en este artículo la dispensa judicial para el supuesto en que el impedimento de falta de edad legal funcione con relación al tutor que pretende contraer matrimonio con su pupilo, superándose de este modo la formulación normativa anterior —receptada por el artículo 171— que establecía el impedimento impediendo derivado exclusivamente de la falta de aprobación de las cuentas de administración.

Art. 405 Falta de salud mental y dispensa judicial. En el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial. La decisión judicial requiere dictamen previo del 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. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente.

I) Resumen

La norma autoriza la dispensa judicial del impedimento dirimente de falta de salud mental que le impide al pretense cónyuge

tener discernimiento para el acto jurídico matrimonial, de conformidad con los avances operados en el campo de los derechos de las personas con padecimientos mentales, tanto la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad como su reflejo en el ámbito nacional como lo es la ley 26.657.

II) Concordancias

Restricción a la capacidad (arts. 31 y 32); impedimentos matrimoniales (art. 403, inc. g); nulidad (art. 425, inc. b). Ley 26.657.

III) Interpretación de la norma

III.1) Dispensa judicial. Concepto

Remisión al comentario del artículo 404 del Código.

III.2) Dispensa judicial para los supuestos de falta de salud mental

El artículo 2° de la Ley de Salud Mental 26.657 dispone que son parte integrante de la misma los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17-12-91).

En el tema en análisis adquiere importancia el Principio 1, puntos 4 y 5, que respectivamente pregonan que *"no habrá discriminación por motivo de enfermedad mental"* y que *"todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos y otros instrumentos pertinentes..."* Asimismo, el artículo 7°, inciso d, de la ley citada refiere al *"derecho 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".

En congruencia con lo expuesto, y en base, a las directrices del paradigma no discriminatorio que inspira la reforma del sistema jurídico familiar, el artículo en análisis prevé la posibilidad de que las personas que padezcan disminuciones o afecciones en su salud mental puedan, a pesar de ello, celebrar un matrimonio válido, previa dispensa judicial de la autoridad competente.

En el marco del proceso de dispensa es necesario que se cumplan las siguientes instancias:

a) Intervención de los equipos de salud. La exigencia normativa alude a que, dentro del proceso judicial, deberá producirse un dictamen por parte de un equipo de salud, no bastando, por tanto, la pericia médica stricto sensu, pues, tal como requiere el artículo 5° de la ley 26.657, *"la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental [...] sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado"*. De este modo se requerirá que el grupo que evalúe la situación del pretense contrayente impedido esté compuesto por un médico, un psicólogo clínico, un profesional de enfermería, un trabajador social y/o por cualquier otra persona debidamente calificada y en una especialidad relacionada con la atención de la salud mental, todos estos sujetos definidos como *"profesionales de la salud mental"* conforme los Principios de Naciones Unidas antes referenciados.

La función que se le asigna a los profesionales que conformen el equipo es la de acercar al proceso un dictamen técnico especializado que, en base a las pericias que se estimaren pertinentes, determinará si la afección mental le permite al individuo comprender los efectos jurídicos del acto matrimonial y si es competente y hábil para llevar adelante la convivencia marital.

b) Entrevista personal. Este requisito garantiza las reglas procesales de la oralidad, intermediación y celeridad que requiere este tipo de procesos.

En idéntico modo como se postula para los juicios de dispensa por falta de edad nupcial, se establece la obligación del magistrado de mantener una audiencia personal con los pretensos contrayentes. Sin embargo, a diferencia de tal proceso, en la especie es facultativo convocar a los apoyos (ver art. 43), lo que hará en la medida que lo estime conducente a efectos de adoptar la decisión jurisdiccional.

El juez otorgará la dispensa sólo si el interés de los cónyuges lo requiere. Si el matrimonio se celebre con el impedimento establecido en el inciso g, del artículo 403, el cónyuge sano o el impedido podrá demandar la nulidad del matrimonio en los términos establecidos por el inciso b, del artículo 425.

IV) Significado de la reforma

La norma en comentario introduce como novedad la dispensa judicial también para los casos de ausencia de salud mental de uno o ambos contrayentes. Tal previsión es congruente con la recepción del paradigma de la ley 26.657, del derecho a la no discriminación, del derecho a casarse, del derecho a formar una familia y del principio de interpretación restrictiva de toda decisión que limite la capacidad de ejercicio de las personas que padezcan alguna afección en tal faceta de su personalidad. De este modo, si bien el artículo 403, inciso g, prevé el impedimento dirimente de falta permanente o transitoria de salud mental, específicamente determina que tal circunstancia debe impedirle a la persona tener discernimiento para el acto matrimonial. Así, no se parte de la presunción de que la limitación en la salud impide prestar un consentimiento matrimonial válido sino de la posibilidad de hacerlo previo el contralor jurisdiccional que realizará el juez mediante el proceso de dispensa.

Art. 406 Requisitos de existencia del matrimonio. Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo, excepto lo previsto en este Código para el matrimonio a distancia.

El acto que carece de este requisito no produce efectos civiles.

I) Resumen

El matrimonio es un acto jurídico familiar bilateral solemne cuyos elementos estructurales son: a) la expresión del consentimiento matrimonial, y b) la intervención de la autoridad competente. La ausencia de alguno de estos requisitos acarrea la inexistencia del vínculo. A partir de la Ley de Matrimonio Civil 26.618, la diversidad de sexos ha dejado de ser una exigencia para la existencia del acto.

II) Concordancias

Celebración del matrimonio: modalidad ordinaria (arts. 418 y 420) y extraordinaria (arts. 421 y 422); consentimiento (arts. 408 y 409); actos jurídicos y actos voluntarios (arts. 259, 260, 261 y 262).

III) Interpretación de la norma

III.1) Consideraciones generales

El matrimonio es un acto jurídico familiar bilateral solemne mediante el cual los contrayentes manifiestan formalmente su voluntad de tomarse, recíprocamente, como cónyuges comprometiéndose a desarrollar un proyecto de vida en común, basado en la cooperación, el deber moral de fidelidad y la asistencia recíproca (art. 431).

Acorde a ello, doctrinariamente se alude al vocablo matrimonio distinguiendo entre: matrimonio-acto en atención al acto creador o fuente del mismo, es decir, la celebración propiamente dicha conforme las formalidades exigidas por la ley, y matrimonio-estado, en referencia al estado familiar de "*cónyuges*" que revisten los contrayentes tras la unión.

III.2) Condiciones de existencia del matrimonio

El artículo 172 del Código Civil, según ley 23.515 —fuente directa del artículo en análisis—, preveía un esquema tripartito de las condiciones de existencia del matrimonio contemplando: a) la diversidad de sexo; b) el consentimiento, y c) la presencia de la autoridad competente.

La reforma operada en el ámbito del Derecho interno por la Ley de Matrimonio Civil 26.618 reformuló el artículo referido rompiendo con la tradicional concepción social, jurídica y religiosa del matrimonio como unión exclusivamente heterosexual. Esta modificación, tan significativa desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos humanos en general y en particular del de las diversidades sexuales, impactó directamente sobre los elementos estructurales del matrimonio, acotando los requisitos de existencia al consentimiento y a la intervención de la autoridad competente.

III.2.A) Consentimiento matrimonial

III.2.A.1) Concepto

El consentimiento matrimonial es la declaración verbal, escrita o por cualquier otro medio inequívoco, mediante la cual los contrayentes expresan su voluntad de constituirse recíprocamente en cónyuges.

La declaración de los contrayentes presupone, como principio general, que el consentimiento prestado es informado, en tanto aceptación libre expresada conforme a derecho, luego de que el oficial

público diera lectura al artículo 431, lo cual se complementa con la declaración de aquéllos sobre las circunstancias de si han celebrado o no convenciones matrimoniales (art. 420, inc. i) y/u optado por el régimen de separación (art. 420, inc. j).

III.2.A.2) Modalidad de expresión

El consentimiento matrimonial debe formalizarse a través de:

Expresión personal:

Tratándose del ejercicio de un derecho intuitu persona, los pretendidos cónyuges deben comparecer en persona a la celebración del acto matrimonial y manifestar de manera inequívoca su voluntad con relación al acto jurídico que desean perfeccionar.

La locución "*personal*" utilizada por la normativa da cuenta de que está prohibido, en el ámbito de nuestra legislación, que el mismo sea suplido por terceras personas, vedándose por tanto la posibilidad de contraer matrimonio a través de representantes o apoderados.

Expresión conjunta:

Como principio general se requiere que ambos contrayentes estén presentes, es decir, que coincidan en las circunstancias de tiempo (en el mismo momento) y lugar (en la misma dependencia del Registro Civil) al momento de prestar el consentimiento matrimonial ante la autoridad competente.

No obstante, se prevé expresamente como situación que excepciona tal principio la posibilidad de que aquéllos presten su consentimiento de manera personal, pero no conjuntamente, situación que se contempla para el matrimonio a distancia en el que el contrayente ausente manifiesta su consentimiento ante el funcionario autorizado del lugar en que se encuentra.

Expresión en idioma extranjero, verbal, escrita o por medios inequívocos:

Se admite que la declaración de voluntad sea expresada en idioma nacional o extranjero, caso este último en que los contrayentes deberán ser asistidos por un traductor público matriculado, o en caso de imposibilidad, por un intérprete idóneo (art. 419).

Asimismo, si bien la regla es que el consentimiento se expresa verbalmente, la normativa habilita la declaración escrita o por otros medios inequívocos para la celebración del acto matrimonial de aquellos sujetos que padecen de limitaciones en su aptitud para comunicarse (art. 418, párr. 40).

III.2.B) Intervención de la autoridad competente

Como regla general, quien tiene competencia funcional o ratio materia para celebrar el acto es el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas —a quien el Estado ha investido para tal tarea— y que corresponda al domicilio de cualquiera de los futuros cónyuges, fijando tal dirección o residencia la competencia territorial o *ratione loci*. Excepcionalmente, también lo será cualquier juez o funcionario judicial en los casos de matrimonio en artículo de muerte (art. 421) o quien se determine por las normas de Derecho Internacional Privado en el supuesto de matrimonio a distancia (art. 422).

La norma expresamente señala que la voluntad de los cónyuges *"debe"* ser manifestada *"ante"* la autoridad competente en atención a que el matrimonio es un acto jurídico familiar solemne. El artículo 418, 3er párrafo, delimita específicamente el rol del funcionario en el acto de celebración del matrimonio al referir que *"recibe de cada uno de los contrayentes la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronuncia que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley"*. Acorde a ello, la función de aquél se

desdobra: por un lado, recepta el consentimiento y por otro, declama que los contrayentes quedan unidos en matrimonio.

Conforme a lo expuesto, y tratándose las nupcias de un acto jurídico bilateral que se integra con la única voluntad de los cónyuges, la intervención del funcionario consiste en ejercer el control de legalidad del acto(25) receptando el consentimiento matrimonial y emplazándolos en el nuevo estado de familia.

Sin perjuicio de ello, para Spota y aquella doctrina que entiende que las nupcias son un acto jurídico complejo, la participación del oficial público es un elemento esencial para integrar el acto matrimonial en tanto el perfeccionamiento del mismo dependerá de la declaración constitutiva de aquél.

III.3) Inexistencia del matrimonio

El segundo párrafo establece que ante la ausencia de alguno de los dos elementos estructurales del acto jurídico matrimonial, el mismo no producirá efectos civiles, es decir, se reputará como inexistente. Sin embargo, pese a la precisión conceptual de la norma y a la reforma operada por la Ley de Matrimonio Civil 26.618, conforme a la cual la diversidad de sexos ha dejado de ser una exigencia para la existencia del acto, algunos doctrinarios siguen afirmando que el matrimonio celebrado entre individuos de idéntico sexo es inexistente (26).

En tal sentido, señala Basset(27) que ello deriva de la imposibilidad de cumplimiento del objeto del matrimonio, es decir, del consorcio de vida, en sus diversas facetas (consumación, cumplimiento de algunos deberes derivados de la esencia del objeto y cumplimiento de las dimensiones sociales y políticas de la unión) y, en idéntica línea de pensamiento, Mazzinghi(28) afirma que dichos matrimonios son una *"rebelión contra la naturaleza de las cosas"* y que los homosexuales no son personas aptas para alcanzar los fines del matrimonio.

IV) Significado de la reforma

El Código mantiene la figura del matrimonio inexistente y no introduce modificaciones en relación con los requisitos estructurales del matrimonio. Asimismo, no se hace eco de las críticas y posturas doctrinarias que sostenían, luego de la sanción de la ley 26.618, la inexistencia del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo.

En lo que respecta a la expresión del acto volitivo matrimonial, se perfecciona la redacción del artículo 172 del código civil derogado, según ley 23.515, eliminando la alusión al "*pleno*" y "*libre*" consentimiento, cuestionadas por especialistas en la materia, en tanto, un consentimiento que no es pleno ni libre estaría viciado (29).

Art. 407 Incompetencia de la autoridad que celebra el acto. 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 aquéllos ejercieran sus funciones públicamente.

I) Resumen

La recepción del consentimiento por la autoridad competente es un requisito esencial para la existencia del matrimonio. Sin embargo, la incompetencia o falta de nombramiento de la autoridad para celebrarlo no producirá su inexistencia en tanto: a) aquélla ejerza funciones públicamente, y b) uno o ambos contrayentes sean de buena fe.

II) Concordancias

Requisitos de existencia del matrimonio (art. 406); celebración del matrimonio (art. 418); matrimonio en artículo de muerte (art. 421).

III) Interpretación de la norma

III.1) Autoridad competente para la celebración del matrimonio. Remisión

En este punto remitimos al comentario efectuado al artículo 406.

III.2) Consecuencias jurídicas de la intervención de una autoridad inhábil

La circunstancia de que el matrimonio sea celebrado por una autoridad incompetente o que carece del nombramiento legítimo para el ejercicio de la función -celebrar el vínculo- no incide sobre la existencia del vínculo en tanto concurren las siguientes condiciones:

a) Que ambos, o al menos uno de los cónyuges, sea de buena fe, entendiéndose por tal la ignorancia o error de hecho sobre la falta de habilidad del presunto funcionario;

b) que, pese a la carencia de competencia específica para intervenir en la celebración del acto jurídico matrimonial, el sujeto que lo llevara adelante ejerciera públicamente sus funciones, circunstancia que induciría a los pretendidos contrayentes a la convicción sobre su competencia.

En síntesis, si en la especie ambos cónyuges fuesen de mala fe y/o el sujeto que celebrara las nupcias no ejerciera las funciones públicamente, se impone como sanción la declaración de inexistencia del matrimonio, no produciendo éste efecto jurídico alguno.

IV) Significado de la reforma

El artículo 172, párrafo 3º, del sistema anterior —conforme ley 26.618— estatuyó que el consentimiento matrimonial otorgado

ante autoridad incompetente no producía efectos civiles, aun cuando las partes hubieran obrado de buena fe.

En este sentido, la reforma, si bien mantiene el mismo criterio como principio general en el artículo 406, párrafo 2º —sin aludir a la buena o mala fe de los esposos—, introduce en el artículo 407 un supuesto de excepción en el que el legislador, en base al principio *favor matrimonii* y a la importancia social del matrimonio, determina la existencia del mismo a pesar de la intervención de una autoridad incompetente.

La injusticia del sistema anterior, y que la reforma contribuye a subsanar, ya había sido planteada por Borda, quien señalaba que, si el oficial público que celebraba el acto continuaba desempeñándose en su cargo pese a su remoción, sin que el Estado instase los mecanismos necesarios para su apartamiento, los contrayentes no tenían medios para corroborar que estaban actuando ante una persona inhábil, no siendo equitativo declarar por tal motivo la invalidez de un acto tan trascendental.

En sentido similar al expuesto, desde antaño Méndez Costa⁽³¹⁾ y Belluscio propiciaban la respuesta acogida en el Derecho Comparado por, los Códigos Civiles de Portugal y España que preveían una normativa idéntica en su contenido a la hoy vigente, disposiciones que actualmente continúan rigiendo en los referidos países (conf. art. 629, Cód. Civ. de Portugal, según ley 59/99, y art. 53, Cód. Civ. español, según ley 35/94).

Art. 408 Consentimiento puro y simple. El consentimiento matrimonial no puede someterse a modalidad alguna. Cualquier plazo, condición o cargo se tiene por no expresado, sin que ello afecte la validez del matrimonio.

I) Resumen

Se prohíbe a los cónyuges introducir modalidades en el acto jurídico matrimonial. No obstante, en caso de que se lo hiciese, el matrimonio será válido y la modalidad ineficaz.

II) Concordancias

Existencia del matrimonio (art. 406); celebración del matrimonio (art. 418); acta de matrimonio (art. 420).

III) Interpretación de la norma

III.1) Consideraciones generales

La norma sienta el principio de que el consentimiento matrimonial debe ser incondicional, vedándose expresamente la posibilidad de que los contrayentes autorregulen el acto a través de cláusulas modales (plazo, condición o cargo). En este aspecto la autonomía de la voluntad encuentra un límite dado por las normas imperativas que rigen la materia.

III.2) Consecuencias jurídicas de la introducción de cláusulas modales

Conforme lo dispone el artículo 418, en el acto de celebración del matrimonio el oficial público recibirá de cada contrayente la declaración de voluntad de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, manifestación que, a su vez, será consignada en el acta de matrimonio respectiva (art. 420, inc. g).

En la hipótesis de que, al expresar dicho consentimiento, aquéllos lo otorgasen sujeto a modalidades, e incluso si la autoridad competente las plasmara en el acta, aquéllas no se tendrán en consideración, reputándose como no formuladas, surtiendo el matrimonio todos los efectos propios de un vínculo válido.

IV) Significado de la reforma

El Codificador mantiene, sin modificaciones sustanciales, la redacción que introdujera la ley 23.515 al artículo 193 del Código Civil que ahora se reforma de manera integral.

Desde el punto de vista metodológico, se ubica la norma dentro del capítulo relativo a los requisitos del matrimonio, superándose así la crítica que Belluscio³⁶ formulara al sistema anterior que la colocaba dentro de las disposiciones relativas a la forma de celebración.

Finalmente, se formula una precisión gramatical al afirmar que *"cualquier plazo, condición o cargo se tiene por no expresado"*, en sustitución de la redacción anterior que utilizaba el término *"puesto"*, enunciado menos técnico para referir a la manifestación de voluntad.

Art. 409 Vicios del consentimiento. Son vicios del consentimiento: a) la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente; b) 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. El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega.

I) Resumen

La ausencia de impedimentos matrimoniales es una condición de validez del matrimonio. Atento a ello, el matrimonio en cuyo acto

de celebración el consentimiento de los contrayentes hubiese sido afectado por los vicios de violencia, dolo o error enunciados por la norma adolecerá de nulidad relativa.

II) Concordancias

Requisitos del matrimonio (art. 406); error (arts. 265 a 270); dolo (arts. 271 a 275) y violencia (art. 276 a 278); nulidad relativa (art. 425).

III) Interpretación de la norma

III.1) Consideraciones generales

Para reputar como voluntario un acto jurídico deben confluir en él dos elementos: un elemento externo, la declaración de la voluntad, y otros elementos internos: el discernimiento, la intención y la libertad, siendo precisamente la afección de cualquiera de estos últimos lo que se conoce como vicios de la voluntad.

En lo que respecta específicamente al matrimonio, los incisos a, y b, del artículo en análisis determinan cuáles son las circunstancias que impactan en el consentimiento matrimonial viciándolo y determinando la nulidad relativa del matrimonio. De este modo, la intención puede estar afectada por el error y el dolo y la libertad por la violencia. Conforme a ello y a la nueva estructura de la norma en incisos, se despejan las dudas acerca de la taxatividad de los mismos.

En la especie son de aplicación las nociones generales contempladas en el Título IV —*Hechos y actos jurídicos*— del Libro Primero, pero interpretados armónica y limitadamente con la previsión del artículo en análisis.

III.2) Vicios del consentimiento matrimonial

III.2.A) Violencia

La libertad de los contrayentes conlleva que los mismos puedan elegir entre celebrar o no el acto jurídico matrimonial, no siendo constreñidos al efecto por ninguna coacción externa. Por tanto, se considerará privado de libertad a aquel sujeto que preste su consentimiento como consecuencia del ejercicio de violencia física o intimidación en los términos que prevé el artículo 276.

La configuración de la violencia física, en tanto fuerza irresistible ejercida en aras de la prestación del consentimiento, constituye una hipótesis de difícil materialización, sobre todo teniendo en cuenta que el mismo debe prestarse ante el jefe del Registro Civil, quien es el encargado de verificar la legalidad del acto.

No obstante, no ocurre lo mismo con la intimidación o violencia moral que pueda ejercer un contrayente sobre el otro o un tercero ajeno al acto sobre la persona de uno o ambos de aquéllos, quien/es puede/n verse condicionado/s a prestar su consentimiento bajo la amenaza de padecer, en su persona o bienes, o en la de un tercero (familiares, afectos, etc.), un mal grave e inminente que no pueda contrarrestarse o evitarse. Específicamente se requiere: a) que exista una amenaza injustificada, no configurándose la hipótesis en estudio cuando la misma sea legítima o ajustada al ejercicio legítimo de un derecho; b) que la amenaza origine en el contrayente un temor fundado, señalándose que la relevancia de la misma se juzgará teniendo en cuenta la situación del amenazado y el análisis de las particulares circunstancias del caso; c) que el mal que se teme no pueda contrarrestarse o evitarse, y d) que el mal sea temporalmente inminente.

III.2.B) Dolo

El dolo afecta la intención de uno o ambos contrayentes y puede tener lugar a través de una acción u omisión dolosa. Conforme el artículo 271, la acción dolosa consiste en *"toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto"*, en tanto la omisión dolosa se materializa cuando el acto no se hubiese realizado sin la reticencia u ocultación.

El sujeto activo del dolo puede ser tanto uno de los contrayentes (dolo directo) como un tercero (dolo indirecto).

A los efectos de que quede acreditado el vicio referido y sea viable la acción de nulidad relativa del matrimonio es menester que el dolo sea esencial. Es decir, se requerirá que el mismo: a) sea grave, ocasionando un verdadero engaño en el contrayente; b) sea determinante de la voluntad matrimonial del contrayente, debiendo existir una relación de causa-efecto entre el engaño y la prestación del consentimiento marital; c) provoque un daño importante, lo que deviene de la propia celebración del acto, y d) no sea mutuo o recíproco entre ambos contrayentes.

III.2.C) Error

El error es la falsa idea o ausencia de idea que se posee sobre una cosa o persona. El artículo en análisis expresamente limita el objeto del error al establecer, en armonía con lo dispuesto por el artículo 425, inciso c, que causa la nulidad relativa del matrimonio el error acerca de la persona (error sobre la identidad del sujeto) y/o de las cualidades o características personales del otro contrayente.

Con relación al último supuesto se contempla una previsión normativa amplia y abierta que posibilita la consideración de múltiples circunstancias configurativas del error. No obstante, independientemente del hecho que hubiese dado lugar al mismo,

reviste suma importancia la actividad probatoria en tanto deberá acreditarse que el error fue determinante, es decir, que de no haber mediado, el acto jurídico matrimonial no se habría celebrado. Asimismo, compete a la decisión jurisdiccional la valoración, en cada caso concreto, de la esencialidad del error conforme las condiciones personales y circunstancias particulares de quien alega el vicio.

A efectos de que el error sea apto para provocar la nulidad del matrimonio, resulta indispensable que el mismo sea un error de hecho esencial, grave, determinante de la voluntad del contrayente —no obstante haber éste obrado prudentemente— y excusable.

III.3) Sanción

El ordenamiento jurídico prevé en el artículo 425, inciso c, que adolecerá de nulidad relativa el matrimonio en cuya celebración el consentimiento hubiese estado afectado por violencia, dolo o error. El cónyuge legitimado para accionar —aquel que sufrió el vicio— sólo podrá hacerlo si cesó la convivencia dentro de los treinta días de haber conocido el error o haber cesado la violencia, y tendrá un plazo de un año, a computarse desde tal momento, para el inicio de la acción de nulidad del vínculo.

Como se expuso más arriba (comentario al art. 266, la reconocibilidad del error es exigida por el legislador como vía eficiente para la protección de la confianza, especialmente coa relación a los actos patrimoniales o en aquellos conexos con éstos. En el ámbito de los actos jurídicos extrapatrimoniales, en cambio, el centro de gravedad está constituido por la autodeterminación del individuo (art. 19, CN), por lo que, de modo coherente con ello, cobra particular relevancia la voluntad apreciada desde la perspectiva del propio manifestante. Lo mismo puede predicarse para con los actos extramatrimoniales bilaterales —verbigracia, el matrimonio— en los cuales la persona humana dispone sobre aspectos de su esfera existencial (Pietrobon, Vittorino, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 683). En estos casos, la reconocibilidad del error

debe ceder para adecuarse al tipo concreto de acto jurídico en cuestión (ver comentario al art. 266, II-1.4 y art. 427). Por ello, el legislador, con buen criterio, ha creído conveniente precisar de un modo particular y por separado el error en el acto jurídico matrimonial. A tal punto ello es así que la propia norma en comentario dispone, como cláusula operativa para delimitar la verdadera influencia del error en el acto, que el juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega.

IV) Significado de la reforma

La reforma mantiene la redacción que la ley 23.515 le había dado al artículo 175 del código civil derogado, sin perjuicio de que reestructura, desde el punto de vista metodológico, la organización de su contenido en diferentes incisos.

No introduce modificaciones en lo que respecta a los vicios del consentimiento matrimonial, manteniendo como tales la violencia, el dolo y el error acerca de la persona y/o cualidades personales del otro contrayente, resultando aplicables en la especie las normas relativas a los vicios de la voluntad de los actos jurídicos contenidos en la parte general del presente cuerpo legal.

Referencias Bibliográficas

- (1) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, en MÉNDEZ COSTA, María Josefa; FERRER, Francisco
- (2) A. M. y D'ANTONIO, Daniel, Derecho de Familia, 1* ed., Rubinzal-Cul- zoni, Santa Fe, 2008, t. I, p. 263. 6 Para un estudio más profundo remitimos al comentario efectuado al Título IV, Cap. 1 del Libro Segundo.

- (3) MOLINA DE JUAN, Mariel F., El parentesco en el Anteproyecto de Código Civil, en J. A. Número Especial, 2012, p. 47
- (4) Cit. por FLETAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, Impedimentos matrimoniales, en Enciclopedia de Derecho de Familia, dir. por Carlos Lagomarsino y Marcelo Salema, Universidad, Buenos Aires, 1992, t. U, p. 500.
- (5) En el sistema anterior sostenían esta postura Borda, D'Antonio, Lafaille y Fleitas Ortiz de Rozas, entre otros. En sentido contrario, Mazzinghi, Spota, Belluscio, entre otros.
- (6) La ley 2393 (1888) determinaba como impedimento no tener 12 años la mujer St 14 el hombre; la ley 14.394 (1954) señaló 14 y 16 años, y la ley 23.515 (1987), 16 y 18 años, respectivamente.
- (7) LLOVERAS, Nora y FARAONI, Fabián, La mayoría de edad en Argentina, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010, p. 140, quienes refieren que la reforma introducida por la ley 26.579 luce innecesaria y sobreabundante en tanto la ley precedente no había sido derogada por esta nueva legislación.
- (8) LLOVERAS y FARAONI, La mayoría de edad... cit., p. 143.
- (9) MÉNDEZ COSTA, Derecho de Familia cit, t. I, p. 289.
- (10) Arts. 33, 42, 41, 75, inc. 19 y 125, CN
- (11) Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niños, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- (12) Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, firmada en 1946, y que entrara en vigor en 1948, fecha desde la cual no ha sido modificada.
- (13) Conforme Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Segundo, Relaciones de familia, Título I, Matrimonio, párr. 6.
- (14) MOLINA DE JUAN, El parentesco... cit., p. 45.
- (15) ZANNONI, Eduardo A., Régimen de matrimonio civil y divorcio, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 25.
- (16) MÉNDEZ COSTA, Derecho de Familia cit., t. I, p. 290.

- (17) D'ANTONIO, Daniel Hugo, La ley 26.579 —mayoría de edad— y la capacidad de los menores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 134.
- (18) ZANNONI, Régimen de matrimonio... cit., p. 26.
- (19) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al estudio del Derecho Procesal, la parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, ps..264 y SS.
- (20) MÉNDEZ COSTA, Derecho de Familia cit., t I, p. 290.
- (21) MINYERSKI, Nelly, Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, en Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados, dir. por Cecilia P. Grosman y coord. por Marisa Herrera, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 260.
- (22) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Segundo, Relaciones de familia, Título VII, Responsabilidad parental, párr. 24.
- (23) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Primero, Parte general, Título I, Persona humana, Cap. 10, párrs. 1 y 2.
- (24) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires, 1992, t. 1, p. 208.
- (25) IÑIGO, Delia B., comentario al artículo 172 del Código Civil, en Código Civil comentado. Derecho de Familia, dir. por Francisco A. M. Ferrer, Graciela Medina y María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. I, p.63.
- (26) Al respecto puede consultarse: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia, Echar, Buenos Aires, 2010, ps. 531 y ss.
- (27) BASSET, Úrsula C., Estudio sobre algunos aspectos relativos al reclamo de reforma en torno al matrimonio, en J. A. del 4-8-2010, N° 0003/015064; Parejas de personas del mismo sexo, derechos humanos y Derecho Civil, en L. L. Supl. Actualidad del 1-12-2009, y Parejas del mismo sexo y derecho a contraer matrimonio. Algunas consideraciones jurídicas, en E. D. 229-679.

- (28) MAZZINGHI (h), Jorge A., Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo. A la sombra de Lucrecia, en L. L. Supl. Actualidad del 12-10-2010, p. 1. 33
- (29) ZANNONI, Régimen de matrimonio... cit, p. 30.
- (30) BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Familia, t. I, N° 189.
- (31) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Régimen legal del matrimonio civil Ley 23.515, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987, p. 85.

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 410 a 415

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado* (T. II, arts. 257- 445). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
[Consultado el: 21/09/2021]

LIBRO SEGUNDO

Relaciones de familia

TITULO I

Matrimonio

CAPÍTULO 3

Oposición a la celebración del matrimonio

Art. 410 Oposición a la celebración del matrimonio.
Sólo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos por ley.

La oposición que no se funde en la existencia de alguno de esos impedimentos debe ser rechazada sin más trámite.

I) Resumen

El matrimonio es un acto jurídico cuyo principal soporte es la voluntad de los contrayentes. Enseña la doctrina acerca de la conveniencia de distinguir entre el acto jurídico que lo constituye (la fuente) y la relación jurídica que se establece entre las personas casadas (las responsabilidades que se derivan). El Derecho regula las condiciones de existencia y validez, dando contenido a las relaciones nacidas del acto, y a la constitución de un nuevo estado de familia. La libertad de elección de las personas, de base constitucional, debe ser respetada, y los motivos por los cuales los terceros se opongan a su ejercicio son los estrictamente legales. Se dispone el rechazo liminar de aquellas oposiciones a la celebración del matrimonio que no se funden en alguna de las prohibiciones establecidas legalmente. Los hechos o circunstancias jurídicas distintas a las expresamente contempladas para impedir la celebración del acto no pueden ser invocados ni admitidos.

II) Concordancias

- Impedimentos matrimoniales (art. 403); falta de edad nupcial (art. 404); falta de salud mental y dispensa judicial (art. 405); legitimados para la oposición (art. 411); denuncia de impedimentos (art. 412); solicitud inicial (art. 416); nulidad del matrimonio (art. 424); disposiciones de Derecho Internacional Privado (art. 2622).

III) Interpretación de la norma

III.1) Oposición a la celebración. Denuncia

Los futuros contrayentes presentan la solicitud administrativa al oficial público del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, completando los requisitos para el matrimonio. Aquellas personas legitimadas por la ley para formular oposición (art. 411) y las habilitadas para denunciar la existencia de impedimentos (art. 412) pueden manifestarse respecto de la existencia de los obstáculos. Pero

oponerse a la celebración sólo está permitido a los legitimados por la ley, y por las causales expresamente previstas. Las restantes personas pueden denunciar los hechos que entiendan que impiden la celebración del acto ante el Ministerio Público, que determinará si formula o no oposición. La distinción entre oposición y denuncia no es únicamente respecto a la legitimación, reposa también en que la primera es respecto de todos los impedimentos legales, mientras que la segunda únicamente con relación a los contemplados en el artículo 403(1)

III.2) Límites

El texto es claro respecto de que las prohibiciones no pueden ser ampliadas, ni darse curso cuando no sean algunas de las establecidas. No es admisible excepción de ningún tipo, lo que reafirma el carácter taxativo de los hechos y circunstancias que puedan obstar a la celebración del acto. A modo de ejemplo: la diferencia de edad entre contrayentes invocada como circunstancia impediende del acto será rechazada, aun .cuando la misma sea relevante, pues no está contemplada en el artículo 403 como impedimento.

En un caso en que los padres de una menor de edad se opusieron a que contrajera matrimonio con su primo, luego de que se resolviera una prohibición de acercamiento respecto de aquéllos, la joven quedó al cuidado y responsabilidad de la madre de su novio, que solicitó que se la dispensara del impedimento de edad mínima para casarse. Se hizo lugar a lo requerido. En lo que corresponde al artículo en comentario el tribunal de Familia resaltó que: *"El disenso materno sobre el matrimonio de un hijo debe fundarse en los supuestos taxativamente contemplados en el artículo 169 del Código Civil, por lo cual la oposición basada en el parentesco por línea colateral en el cuarto grado — primos— no constituye un impedimento legal para que éstos se casen entre sí, puesto que el artículo 166, inciso 2º, del mismo cuerpo legal, lo extiende solamente al segundo grado"*(2).

III.3) Impedimentos matrimoniales

El Código recepta la categoría de impedimentos dirimentes en el artículo 403. Son aquellos hechos o situaciones preexistentes a la celebración del acto que afectan a los contrayentes y constituyen un obstáculo para la validez del matrimonio, habilitando la acción de nulidad. Los impedimentos impeditivos, en cambio, no conllevan la nulidad y mantienen la vigencia del acto, aunque con sanción al funcionario que lo autorizó o a los intervinientes.

Se establecen como impedimentos: el parentesco por consanguinidad ascendente y descendente en todos los grados, colateral hasta el segundo, y por afinidad en línea directa en todos los grados, cualquiera fuese el origen de los vínculos (por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción —mientras no sea revocada o anulada—, siguiendo lo establecido en el art. 558). También el ligamen, la condena por homicidio en perjuicio desde la cónyuge del contrayente en cualquier grado de participación; la edad y la capacidad, aunque estos dos últimos pueden ser dispensados por la autoridad judicial (arts. 404 y 405).

Entre los impeditivos se contemplan las limitaciones en razón de las enfermedades venéreas en período de contagio (leyes 12.331, art. 13, y 16.668), hallándose dividida la doctrina respecto del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida)(3). No obstante, la vigencia de la ley 23.798, y su decreto reglamentario 1244/91, ha llevado a autores como Zannoni a replantearse su postura, rectificándola, porque de admitir la consideración del sida como una enfermedad Venérea (cuando ése no es el único factor posible de contagio), consagraría un impedimento matrimonial de carácter permanente, no establecido en la ley, y francamente violatorio del principio de no discriminación (4).

IV) Significado de la reforma

El derecho a contraer matrimonio estaba contemplado implícitamente en los artículos 19 y 33 de la Constitución Nacional, y para los extranjeros en el artículo 20. Con la incorporación en 1994 de los tratados internacionales sobre derechos humanos al texto constitucional (art. 75, inc. 22), el derecho es explícito a partir de lo que disponen los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 23.2 y 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5.d.IV, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; 16.1.a, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y 17.2, 17.3 y 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como todo derecho, no es de carácter absoluto, pero la limitación de su ejercicio debe ser legal.

La nueva redacción reafirma el carácter inclusivo de la modificación legislativa, al sostener la postura de los contrayentes y su derecho a celebrar matrimonio frente a terceros opositores, a quienes les restringe la posibilidad de accionar. En ese sentido, si bien se mantiene el texto anterior, expresamente se dispone que la oposición no contemplada debe ser rechazada.

De este modo, el texto se ciñe a los Fundamentos en los que se explicita que se realizó un código para una sociedad multicultural, y que eso no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas, sino que siendo una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones, el legislador no puede desentenderse de todas ellas.

Ya no se podrá formular oposición cuando uno de los contrayentes sea persona sordomuda, pues ha sido eliminado del catálogo de circunstancias que impedían el matrimonio. Tampoco se requiere que la persona que cuenta con edad nupcial obtenga

autorización paterna, ni supletoria judicial, sosteniendo el régimen instaurado a partir de la ley 26.579, que estableció la mayoría de edad a los 18 años. Es así que pierde vigencia el juicio de disenso contemplado en el artículo 168 del código derogado, y no es posible admitir como impedimento el argumento de la edad, cuando la misma supere los 18 años. Ello no es óbice para que, si los contrayentes o alguno de ellos no han llegado a la edad núbil, deba requerirse la dispensa judicial, con intervención de todos los involucrados.

En líneas generales, se deroga la legitimación del tutor o curador para oponerse a la celebración del matrimonio del pupilo o la persona restringida en su capacidad ya que la persona contrayente siempre debe contar con dispensa judicial, resultando suficiente este control judicial; se unifican en un mismo inciso los parientes facultados para oponerse, cualquiera sea el origen del vínculo, y se concentran en un solo articulado las reglas del procedimiento.

Art. 411 *Legitimados para la oposición.* El derecho a deducir oposición a la celebración del matrimonio por razón de impedimentos compete:

a) al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio;

b) a los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos, cualquiera sea el origen del vínculo;

c) al Ministerio Público, que debe deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos, especialmente, por la denuncia de cualquier persona realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

I) Resumen

Se especifican las personas con legitimación activa para deducir oposición a la celebración del matrimonio, potestad que surge

de vínculos jurídicos preexistentes con los futuros contrayentes. También se establece la obligatoriedad de actuar del Ministerio Público, que puede tomar conocimiento del impedimento por cualquier medio, lo que incluye la denuncia de terceros no vinculados jurídicamente con quienes pretenden contraer matrimonio.

II) Concordancias

Personas con incapacidad y capacidad restringida (art. 32); representación (art. 101); asistencia (art. 102); adopción plena, concepto (art. 620).

III) Interpretación de la norma

III.1) Legitimación

Distinguiéndose la oposición de la denuncia de impedimentos matrimoniales, también son diferentes las legitimaciones. Quienes aparecen enumerados en los primeros incisos cuentan con derecho de oposición en razón de la existencia de impedimentos, y asumen el carácter de parte en el procedimiento. Estas personas son: a) cónyuge del contrayente con el que aún mantenga vigente el vínculo anterior, y b) parientes en línea ascendente y descendente y hermanos. Mientras que el inciso c, establece que cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Pública el impedimento, pero sólo está habilitada para formular la denuncia, no siendo parte de la oposición que habrá de deducir, en su caso, el funcionario.

Por cónyuge se entiende a quien contrajo matrimonio previamente con cualquiera de quienes pretenden casarse, con subsistencia del ligamen.

En cuanto a los ascendientes y descendientes, la legitimación es sin limitación de grados, y comprensiva de cualquiera de los tipos filiales. En función de lo dispuesto por el artículo 620, podrá oponerse impedimento de parentesco en el caso de la adopción plena.

Respecto de la adopción simple, en tanto no crea vínculos jurídicos ni con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, se circunscribe a adoptante y adoptado. El artículo 621 admite que a pedido de parte y por motivos fundados, se mantenga subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, o se cree vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple, pero ello no tiene incidencia alguna en lo relativo a los impedimentos y la legitimación.

Se admite la oposición de los hermanos de cada uno de los contrayentes, es decir, los parientes en segundo grado de consanguinidad. Quedan excluidos los demás colaterales (tíos), y los de segundo grado por afinidad (cuñados). El agregado de "*cualquiera sea el origen del vínculo*" incluye a los ascendientes, descendientes y hermanos adoptivos o nacidos de las técnicas de fecundación humana asistida, así como a los hermanos unilaterales o bilaterales (arts. 534 y 535).

Existe cierta dificultad que no ha sido zanjada respecto de quién resulta ser el funcionario legitimado dentro de la amplia gama que enmarca la denominación Ministerio Público. Se interpreta —a contrario sensu— que la norma se refiere al Ministerio Fiscal, pues tratándose de oposiciones vinculadas con menores de edad o personas con capacidad restringida, interviene el Ministerio Pupilar en los términos del artículo 103. El Ministerio Público Fiscal conserva el contralor de la vigencia del orden público conforme las leyes orgánicas, de modo que será ése el organismo que formulará la oposición.

III.2) Denominaciones

Puede advertirse que en el inciso b, el texto se refiere a "*los esposos*", aunque corresponde la utilización del término "*contrayentes*", ya que esta etapa es previa a la celebración del matrimonio. Además, de ese modo se respeta la nomenclatura introducida por la ley 26.618.

III.3) órgano competente

La oposición se interpone por escrito o verbalmente ante el encargado o el delegado del Registro Civil del domicilio de los contrayentes. Conforme el texto del artículo 73, el domicilio de los pretendientes es el de su residencia habitual, con la presunción del artículo 74, y es determinado en ocasión de los trámites iniciales que establece el artículo 416.

III.4) Reglamentación

La ley 26.413 del 2008 en su artículo 52 dispone que *"El matrimonio se celebrará en la forma establecida en el Código Civil, debiendo los contrayentes presentarse provistos de la documentación necesaria ante la autoridad competente para celebrarlo, con la antelación que fije la reglamentación respectiva. Si el matrimonio anterior hubiere sido disuelto por divorcio vincular, nulidad o en el caso previsto por el artículo 213, inciso 2º del Código Civil, deberá acreditarse la habilidad nupcial con testimonio del acta debidamente referenciada. Si alguno de los contrayentes fuere viudo, o su cónyuge hubiera sido declarado ausente por presunción de fallecimiento, o por desaparición forzada, deberá acompañar el testimonio del acta de defunción o de la sentencia dictada respecto de su anterior cónyuge, así como también acta de matrimonio"*.

IV) Significado de la reforma

El Código recepta en su articulado los principios que se explicitan en los Fundamentos que dieron lugar al proyecto de reforma, base para este nuevo Código, incluyendo normas generales de interpretación. La regulación del matrimonio contiene una de ellas, relativa a la libertad y la igualdad, y así se establece que *"ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido delimitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo"* (art. 402).

La norma traduce el principio de no discriminación, no sólo respecto de los contrayentes sino, como se observa, también entre los emplazamientos filiatorios. Ascendientes, descendientes y hermanos son términos comprensivos de los lazos jurídicos nacidos a partir de la adopción, en igualdad de condiciones que los basados en la biología, de allí la eliminación de adoptantes y adoptados como categoría diferenciada. Conteste con el principio de no discriminación que pretende la desaparición de categorías no igualitarias, determina que el vínculo de los parientes legitimados es sin importar el origen del mismo, a la par que guarda coherencia con la modificación en el sistema adoptivo en lo que hace a los alcances de los tres tipos de vínculo: simple, pleno y de integración (art. 619), respecto de los impedimentos matrimoniales, que permanecen inmutables.

En el caso de los tutores, se requiere la dispensa judicial para celebrar matrimonio, trámite que se lleva a cabo a solicitud del representante (madre, padre o tutor) cuando no existe oposición, o a requerimiento del propio contrayente con patrocinio jurídico (de acuerdo a los artículos 23, 24, 25 y especialmente el 26), supuesto en que será oída la persona que ejerza la tutela y manifestará, en su caso, el motivo de su disidencia. La dispensa otorga suficiente intervención y control judicial, tornando superfluo el mantenimiento de la legitimación al tutor. Algo similar ocurre respecto de los curadores, en función de lo dispuesto en el artículo 32, tercer párrafo, pues el curador designado debe promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. De esta manera, la legislación se pone a tono con lo establecido en el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La supresión del curador para oponer impedimento matrimonial obedece a la misma coherencia interna de las normas, pues no se puede por un lado establecer que deben favorecerse las decisiones personales del individuo con padecimiento mental, y paralelamente autorizarlo a contradecirlas.

En los dos supuestos (tutores y curadores) nada impediría que formulen la denuncia del artículo 412, aunque su obligación legal sea la de coadyuvar a la posición del contrayente.

Art. 412 *Denuncia de impedimentos.* Cualquier persona puede denunciar la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 403 desde el inicio de las diligencias previas y hasta la celebración del matrimonio por ante el Ministerio Público, para que deduzca la correspondiente oposición, si lo considera procedente, con las formalidades y el procedimiento previstos en los artículos 413 y 414.

I) Resumen

El matrimonio es un acto jurídico complejo constituido no sólo por el consentimiento de las personas contrayentes, sino también por el acto administrativo impicante del oficial público encargado de celebrarlo, y mediante el cual el Estado ejerce un control de legalidad que integra el acto. Toda persona, aun careciendo de vínculo jurídico e incluso de interés legítimo para la oposición, puede poner en conocimiento del Ministerio Público el impedimento. Sólo están habilitadas para formular la denuncia y no son parte de la oposición que habrá de deducir, en su caso, el funcionario. La presentación deberá realizarse en el tiempo que va desde las diligencias previas iniciadas por los contrayentes y hasta la celebración del matrimonio.

II) Concordancias

Intervención del Ministerio Público (art. 103); legitimación (art. 411); forma y requisitos de la oposición (art. 413); procedimiento de la oposición (art. 414). Ley 26.413 (arts. 50 y concs.).

III) Interpretación de la norma

III.1) Consideraciones generales

El Ministerio Público, requerido por un tercero que no cuenta con legitimación activa para formular oposición, evalúa la circunstancia alegada por quien denuncia. Si aparece en esa manifestación un impedimento de los dirimientes, que no se ha requerido la dispensa judicial en los supuestos de las personas que no alcanzaron los 18 años o tienen la capacidad restringida, o se denuncia un impedimento eugenésico, se constituye en parte en el trámite que se sustancia conforme las reglas establecidas en el artículo 413. De lo contrario se archiva sin más trámite la presentación, sin que exista posibilidad de revisión o apelación en función de lo dispuesto por el artículo 410. En caso de que la denuncia fuese maliciosa o el funcionario moroso en el cumplimiento de su deber, serán aplicables las normas sobre responsabilidad extracontractual para resarcir a los contrayentes que vieron suspendida la celebración.

III.2) Impedimentos invocados por la persona denunciante

No se circunscribe únicamente a los dirimientes, y nada impide considerar aquellos otros establecidos por leyes especiales, pues en última instancia será el Ministerio Público, en cumplimiento de sus funciones, quien estará obligado a deducir la pertinente oposición (5).

IV) Significado de la reforma

Se elimina la posibilidad de efectuar la denuncia ante el oficial público que celebra el matrimonio, quien interviene únicamente ante la oposición propiamente dicha por existencia de impedimento. Se agiliza así el trámite al evitar posibles alegaciones infundadas o arbitrarias que obstaculizarían la celebración del acto, sin privar a los terceros de dar noticia del hecho, pero sujeta la procedencia de la

oposición a la evaluación que haga el funcionario del Ministerio Público. Si bien no se determina, como en el texto derogado (art. 185), que es el Ministerio Fiscal quien recibe la denuncia, al establecerse por el artículo 103 la actuación del Ministerio Público (antes el Ministerio Pupilar) respecto de personas menores de edad, incapaces y con: capacidad restringida, subsistiría la intervención de las Fiscalías en este tipo de trámites. Tampoco se establece un plazo para que el funcionario formule la oposición, de ser el caso, pero el cumplimiento de los deberes que le son propios le impone hacerlo dentro del más breve posible, y en todo caso, nunca después de los mínimos de los procesos sumarísimos.

Art. 413 Forma y requisitos de la oposición. La oposición se presenta al oficial público del Registro que ha de celebrar el matrimonio verbalmente o por escrito con expresión de:

- 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.**

Quando la oposición se deduce en forma verbal, el oficial público debe levantar acta circunstanciada, que firma con el oponente o con quien firme a su ruego, si aquél no sabe o no puede firmar. Cuando se deduce por escrito, se debe transcribir en el libro de actas con las mismas formalidades.

I) Resumen

La formulación de oposición por existencia de impedimento matrimonial puede ser verbal o escrita, debiendo en el primer caso levantarse el acta por el oficial público requerido o transcribirse

íntegramente en el libro habilitado a ese efecto, en el segundo supuesto. Deben constar los datos de identificación de quien se opone, el vínculo filial con el contrayente respecto del que se formula la oposición, el impedimento que se alegue y la fuma de los intervinientes, o sustitutos si el oponente no puede o no sabe firmar. En ese acto deberá adjuntarse la documentación que exista en poder del oponente, o la denuncia del lugar en que se encuentre, así como toda otra información de utilidad para comprobar la existencia del impedimento que se invoca.

II) Concordancias

Oposición a la celebración del matrimonio (art. 410); impedimentos matrimoniales (art. 403). Ley 26.413.

III) Interpretación de la norma

III.1) Identificación de quien se opone

Los requisitos exigidos se relacionan con el carácter de parte que adquiere quien formula la oposición, por lo cual debe acreditarse la legitimación activa con el respaldo documental pertinente: la calidad de cónyuge si el impedimento es de ligamen; el parentesco alegado entre los contrayentes; la sentencia condenatoria en el supuesto del impedimento de crimen; la menor edad del contrayente, o la falta de aprobación de las cuentas de la tutela que imposibilitan el otorgamiento de la dispensa de edad y la sentencia que determina la disminución de la capacidad. Este procedimiento es la antesala del que se desarrollará judicialmente, por lo que todos los recaudos deben ser cumplidos para finalizar la etapa administrativa.

III.2) Causal

Deberá expresarse el impedimento que se invoca y el respaldo probatorio con que se cuenta o que se pretende arrimar para comprobar su existencia, acompañándolo o señalando el lugar donde

se encuentra, respectivamente. No en todos los casos la legitimación y la causa del impedimento coinciden, de modo que ambas deberán ser comprobadas.

III.3) Autoridad interviniente

Se interpone ante el encargado del Registro Civil competente para la celebración, de conformidad con las reglas del Código, lo cual no se halla exento de dificultad, especialmente para determinar en qué delegación se presentó la solicitud del artículo 416. El plazo para deducirla es el mismo del de la denuncia: desde que los contrayentes comparecieron ante el oficial público (art. 416) hasta la celebración. Luego de ello, sólo cabría la acción de nulidad del matrimonio.

III.4) Registro Civil

Sea el trámite verbal o escrito, debe labrarse acta donde conste la oposición, para lo cual el Registro Civil deberá llevar un libro en los términos del artículo 5° de la ley 26.413.

IV) Significado de la reforma

En líneas generales, se mantuvo la redacción anterior, suprimiendo la referencia superflua a la expresión de los motivos que tenía el oponente para creer que existía el impedimento, que queda subsumida en la determinación del hecho o circunstancia jurídica alegada como obstáculo.

Se concentró en un solo artículo lo relativo al funcionario interviniente en la oposición, los requisitos de admisibilidad y de procedibilidad.

Art. 414 *Procedimiento de la oposición.* Deducida la oposición el oficial público la hace conocer a los contrayentes. 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. Si los contrayentes no lo reconocen, 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.

El juez competente debe sustanciar y decidir la oposición por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Recibida la oposición, da vista por tres días al Ministerio Público. Resuelta la cuestión, el juez remite copia de la sentencia al oficial público.

I) Resumen

El procedimiento se divide en una etapa administrativa y otra judicial. Durante la primera, el encargado del Registro Civil notifica y cita a los contrayentes, requiriéndolos para reconocer o negar el impedimento, y labrando acta del resultado obtenido. Si es reconocido, el matrimonio no se celebra. Si no lo es, en el plazo otorgado deberán manifestarlo y acompañar la documentación pertinente, labrándose el acta de lo acontecido, que se remite al juez competente con todo lo actuado. La celebración del matrimonio queda suspendida hasta la resolución de la oposición.

En la etapa judicial, cuando se establece que el procedimiento es el más breve posible, corresponde se disponga la aplicación de las reglas del sumarísimo, que permite que ambas partes fijen sus postulaciones y produzcan la prueba, y con vista al Ministerio Público la solución del conflicto en un plazo razonable y acotado. En virtud de lo que dispone el artículo 705 de este Código, serán de aplicación

las pautas de los artículos 706 (principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente), 707 (que los contrayentes sean oídos y que se valore su opinión en función de la edad, madurez y grado de discernimiento), 709 (principio de oficiosidad), 710 (principios de libertad, amplitud, flexibilidad de la prueba, y carga en la parte que se encuentra en mejores condiciones de producirla), 711 (relativo a las personas que pueden ser testigos) y las reglas contenidas en el artículo 716 para determinar la competencia.

Dictada la sentencia rechazando la oposición el matrimonio tendrá lugar dejando constancia al margen del acta de matrimonio su parte dispositiva.

II) Concordancias

Intervención del Ministerio Público (art. 103); impedimentos matrimoniales (arts. 403 a 405). Ley 26.413.

III) Interpretación de la norma

III.1) Procedimiento administrativo

Deducida la disconformidad, se notificará a los contrayentes por medio fehaciente y en los domicilios denunciados por ellos. El plazo límite para formular las prohibiciones matrimoniales es hasta momentos previos a la celebración del acto, y en tal caso serán notificados en ese mismo acto. Una vez deducida la oposición, se hará saber a los pretendientes que pueden o no admitir la existencia del impedimento. La celebración se suspende sea porque la prohibición es reconocida e impide el matrimonio, sea para conceder un plazo de tres días para manifestar su postura frente a las circunstancias alegadas, porque se la desconoce. Explicitada por escrito la postura de los contrayentes, se concluye esta etapa y se remite al juez competente.

III.2) Procedimiento judicial

Conforme las reglas constitucionales, cada jurisdicción determinará el tipo de proceso en el que se dirimirá la oposición, pues si bien el Código establece que únicamente se dará vista al Ministerio Público, y se resolverá, también la norma enuncia que se sustanciará. En el ámbito nacional se establece un procedimiento verbal e informativo.

En general, y en función de las normas procesales comunes, como primera medida el juez debe poner en conocimiento de ambas partes que actuará en el caso, a fin de que —eventualmente— ejerzan el derecho a recusar causadamente, si correspondiese.

Se interpreta que aun utilizando las reglas del procedimiento más breve, se otorgue una nueva participación a quien se opuso y a los contrayentes, que pueden, respectivamente, mejorar su posición y aportar pruebas. Concluida esa etapa, producida la prueba que se hubiese entendido pertinente, previa vista al Ministerio Público, se dicta sentencia.

III.3) El Ministerio Público

El artículo no refiere expresamente a cuál organismo de los que integran el denominado Ministerio Público debe darse vista. En las normas derogadas se remitía al Ministerio Público Fiscal, que tenía a su cargo la custodia del orden público familiar en un sistema donde éste era preeminente respecto de la autonomía de la voluntad de los particulares. A partir de la reforma constitucional de 1994, la Carta Magna estableció (art. 120) que el Ministerio Público 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. Debido a que reviste carácter bicéfalo, la cuestión se complejiza y la competencia sólo puede ser determinada por las correspondientes leyes reglamentarias, aunque en la mayoría de los Estados provinciales es el Ministerio Público Fiscal

el legitimado. Las leyes orgánicas de la Nación y de las Provincias, en función de la organización del servicio de justicia que cada una determine (arts. 5º, 122, 123 y concs. de la Const. Nac.), dispondrán, en sus textos, la atribución de la competencia para expedirse en calidad de vista.

No obstante, si el impedimento involucra a los menores de edad o personas con su capacidad restringida, resulta de aplicación el artículo 103, con el alcance allí establecido y sin perjuicio de las denominaciones que en las esferas de las provincias reciba la figura.

IV) Significado de la reforma

El procedimiento se concentra en una sola norma, aunque claramente diferenciados el aspecto administrativo del jurisdiccional, con breves correcciones terminológicas, como el reemplazo del término "*esposos*" por el de "*contrayentes*", o el de "*tribunales civiles*" por el más adecuado de "*juez competente*".

En lo relacionado con el Ministerio Público y su rol, el texto del artículo en comentario guarda coherencia con los fundamentos de la reforma (ap. 1V.2, Reglas de interpretación), cuando señalan *que "la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y [...] en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto"*. Si bien son varios los artículos que regulan procedimientos, en este caso la referencia amplia por la que optó el legislador es respetuosa de la autonomía de los Estados provinciales, y simultáneamente armónica con el texto constitucional.

Art. 415 *Cumplimiento de la sentencia.* Recibido el testimonio de la sentencia firme que desestima la oposición, el oficial público procede a celebrar el matrimonio.

Si la sentencia declara la existencia del impedimento, el matrimonio no puede celebrarse.

En ambos casos, el oficial público debe anotar la parte dispositiva de la sentencia al margen del acta respectiva.

I) Resumen

Hasta tanto el oficial público no reciba la desestimación de la oposición por comunicación oficial no celebrará el matrimonio. Dictada la sentencia judicial, la misma debe estar firme, es decir, se interpusieron los recursos pertinentes hasta agotar las vías recursivas o las partes consintieron lo resuelto, declinando la apelación. Concluidas esas etapas, se libraré el testimonio habilitando la celebración del acto. Si se declarase judicialmente la existencia del impedimento, el matrimonio no podrá llevarse a cabo. El resultado de la decisión judicial, cualquiera fuera, será motivo de nota marginal en el acta que debió labrarse al interponerse la oposición.

II) Concordancias

Forma y requisito de la oposición (art. 413); suspensión de la celebración (art. 417).

III) Interpretación de la norma

Resuelta con la sentencia el rechazo de la oposición, y comunicado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas por medio de testimonio, el matrimonio se lleva a cabo.

Si el impedimento fue transitorio., pero existía y motivó la admisión del planteo, el acto sólo se concretará cuando la causa de la suspensión desaparezca. Por ejemplo: impedimento de ligamen o falta de edad núbil y rechazo de la dispensa. Al respecto, ver comentario del Capítulo 6 del Título I del Libro Segundo, y las reglas de la nulidad relativa.

Si la denuncia o la oposición fueron maliciosas, son de aplicación las normas generales de responsabilidad civil tanto para los denunciados como para los legitimados activos, lo que incluye al Ministerio Público.

IV) Significado de la reforma

Se redujo la extensión del texto, con cierto mejoramiento en función de la claridad y simplicidad de la norma, cuya redacción se conserva sencilla para facilitar su entendimiento por los profesionales y las personas que no lo son. Como a lo largo de todo el articulado, se utilizan vocablos de uso ordinario, evitando frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura.

Referencias Bibliográficas

(1) MÉNDEZ COSTA, FERRER y D'ANTONIO, Derecho de Familia cit, tI,

P. 395.

(2) Trib.Col.Fam. N° 5 de Rosario, 17-2-2012, "B., L. R. y otro", L. L. Litoral 2012 (abril), 324; L. L. del 2-5-2012, p. 6, y L. L. 2012-C-54, con nota de Adriana Krasnow; D. J. del 8-8-2012, p. 94, AB/JUR/900/2012.

(3) PERRINO, Jorge O., Derecho de Familia, 1° ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 421. Para un desarrollo jurisprudencial ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El sida

en la jurisprudencia, Academia Nacional de Derecho, La Ley, Buenos Aires, 1999.

(4) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, e ed., Astren,

Buenos Aires, 2002, t. 1, ps. 280 y ss.

(5) LLAMBÍAS, Jorge I.; BENEGAS RAFFO, Patricio y POSSE SAGUIER, Fernando, Código Civil anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, t. 1-A, p. 551.

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 416 a 422

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado* (T. II, arts. 257- 445). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
[Consultado el: 21/09/2021]

LIBRO SEGUNDO

Relaciones de familia

TITULO I

Matrimonio

CAPÍTULO 4

Celebración del matrimonio

SECCIÓN 1º

Modalidad ordinaria de celebración

Art. 416 *Solicitud inicial.* Quienes pretenden contraer matrimonio deben presentar ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos, una solicitud que debe contener:

- a) nombres y apellidos, y número de documento de identidad, si lo tienen;
- b) edad;
- c) nacionalidad, domicilio y el lugar de su nacimiento;
- d) profesión;
- e) nombres y apellidos de los padres, nacionalidad, números de documentos de identidad si los conocen, profesión y domicilio;
- f) declaración sobre si han contraído matrimonio con anterioridad. En caso afirmativo, el nombre y apellido del anterior cónyuge, lugar de celebración del matrimonio y causa de su disolución, acompañando certificado de defunción o copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiera anulado o disuelto el matrimonio anterior, o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, según el caso.

Si los contrayentes o alguno de ellos no sabe escribir, el oficial público debe levantar acta que contenga las mismas enunciaciones.

I) Resumen

La normativa regula dos tipos de celebración matrimonial: la ordinaria y la extraordinaria. En principio, los contrayentes presentan su solicitud matrimonial en el Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos. Deben consignar los datos que los identifican (nombre y apellido, documento de identidad, edad, nacionalidad, domicilio), lugar de nacimiento y datos de sus padres. Deberán declarar si estuvieron casados, y en su caso, los datos de la persona, lugar de celebración del matrimonio y motivo de su disolución (nulidad, divorcio, muerte, ausencia con presunción de fallecimiento), con copia certificada del instrumento que acredite esa circunstancia. Si uno o ambos pretendientes son analfabetos, el funcionario labra acta conteniendo los datos solicitados. Si circunstancias especiales, como la

inminencia de la muerte de uno de los contrayentes, impiden el cumplimiento de esos requisitos, la legislación también lo regula.

II) Concordancias

Matrimonio (arts. 403 y ss.); Derecho aplicable (art. 2622).
Leyes 12.331, 16.668 y 26.413.

III) Interpretación de la norma

III.1) Funcionario competente

Será el encargado o delegado del Registro del Estado Civil y Capacidad de, las Personas del domicilio de cualquiera de los futuros contrayentes. No se incluyó aquí, como sí lo hizo el proyecto que obtuvo sanción en el Senado durante el trámite de la ley 23.515, la competencia consular para la celebración del acto, manteniéndose de este modo la postura que triunfó finalmente en aquel debate parlamentario, de no autorizar a cónsules y diplomáticos a la celebración(1).

La jurisprudencia, bajo el régimen civil derogado, tuvo ocasión de pronunciarse en este tema en ocasión de la impugnación de la declaratoria por la cual se instituyó única y universal heredera del causante a quien se presentó en el carácter de cónyuge supérstite. La hermana de aquél apeló tal decisorio, al sostener que el matrimonio con la peticionante era inválido por haber sido celebrado en la Sección Consular de la Embajada de Ucrania en la República Argentina, sin la intervención de un oficial del Registro Civil correspondiente. La Cámara revocó el decisorio sosteniendo: *"Un matrimonio celebrado en un consulado extranjero sin intervención del oficial del Registro Civil correspondiente, no puede ser reconocido como tal, pues no cumple con las exigencias de la ley argentina, que determina las condiciones de validez extrínsecas e intrínsecas, conforme al artículo 159 del Código Civil"*.

III.2) Inhabilidades del autorizante del acto

La persona encargada de la celebración del matrimonio está impedida de actuar en caso de tratarse de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, conforme el artículo 14 de la ley 26.413, que establece la obligatoriedad del sistema de reemplazo por quien subrogue legalmente al titular inhabilitado.

III.3) El domicilio en relación con la nulidad

Si quien celebra el acto no es competente por error en el domicilio de los pretendientes, deberá aplicarse la tesis de la especialidad de las nulidades matrimoniales, y al no aparecer mencionada como causal de anulación, el matrimonio debe reputarse válido. Ésta es la teoría sostenida por Borda y también por Belluscio, conforme cita de ambos autores que realiza Méndez Costa. Por su parte, el artículo 423, aunque en referencia a la prueba del matrimonio, contiene una pauta que avala la vigencia del acto: dispone en su última parte que cuando hay posesión de estado y existe acta de celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su existencia.

III.4) Datos de identificación de los contrayentes

No es imprescindible contar con el documento de identidad, siendo suficiente a fin de acreditarla la partida de nacimiento, pues en ella figura el número de documento. De todos modos, tratándose de la Solicitud inicial, y dados los avances que en materia de identificación de personas ha tenido nuestra legislación, los contrayentes deberán obtener el respectivo „documento gestionando su trámite preferencial, con anterioridad a la celebración del matrimonio.

III.5) Trámite

Los Registros provinciales establecen su sistema específico mediante resoluciones de la Dirección (3). En general se estipula que quienes pretendan casarse concurren al Registro de alguno de sus domicilios para fijar fecha y hora, retirar la solicitud y completar el formulario, obteniendo la orden para efectuar los certificados prenupciales vinculados con la ausencia de enfermedades de transmisión sexual en período de contagio. También se establece un término (usualmente fijado en determinada cantidad de días previos al acto) durante el cual deberá cumplirse con el aporte de la documentación requerida. Si bien el artículo exige que con la solicitud se haga entrega únicamente del instrumento que acredite la disolución del vínculo (conforme el motivo que corresponda), las reglamentaciones disponen la formación de un legajo y otorgan plazos para acompañar la exigida. Interesante señalar que no se expiden certificados negativos de matrimonio, siendo obligatorio contar con la partida con nota marginal que acredite el divorcio, o testimonio de la sentencia que declare la nulidad del matrimonio anterior o la ausencia, o el certificado de defunción, según sea el caso.

La venia de quienes carecen de edad núbil y la dispensa de las personas con padecimiento mental que les impida tener discernimiento para el acto (arts. 404 y 405) se acredita con el testimonio de la sentencia que la confiere, que puede ser presentado hasta la fecha otorgada para la celebración del matrimonio.

III.6) Analfabetos

En razón de que generalmente los organismos cuentan con formularios impresos que deben ser llenados por los contrayentes, en supuestos de personas que no saben leer o escribir, es el personal quien las asiste debidamente, procurando allanar la diligencia.

IV) Significado de la reforma

El matrimonio tiene lugar entre dos personas que comparten un proyecto de vida en común, y lo explicitan públicamente ante el funcionario competente, bajo ciertos requisitos, y con independencia del sexo de cada una de ellas. En líneas generales, para la celebración se conservan, aunque condensados en un único texto, la redacción de los anteriores artículos 186 y 187, que regulaban las diligencias anticipadas que debían realizar los pretendientes.

Se suprime la exigencia de los testigos de habilidad nupcial e identidad de los contrayentes que eran solicitados en esta etapa, y sólo se exige los de conocimiento del artículo 418.

En lo demás, continúa siendo preponderante la importancia de la aptitud nupcial por sobre los restantes recaudos, pues del texto se extrae que es ésa la única exigencia concomitante con la solicitud del formulario.

Art. 417 *Suspensión de la celebración.* Si de las diligencias previas no resulta probada la habilidad de los contrayentes, o se deduce oposición, el oficial público debe suspender la celebración del matrimonio 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.

I) Resumen

La disposición impone al funcionario la suspensión inmediata de todo acto que implique avanzar hacia la celebración, hasta tanto se dirima lo relativo a la falta de habilidad de los contrayentes, si ella surge una vez presentados el formulario y los documentos pertinentes, o si los legitimados por la ley formularon oposición. Sólo podrá reanudarlo si se acredita la rehabilitación del obstáculo o se

rechaza la oposición. De todo ello se deja constancia en un acta que se deberá redactar, con entrega de copia a los interesados.

II) Concordancias

Oposición a la celebración del matrimonio (art. 410);
procedimiento para la oposición (art. 414).

III) Interpretación de la norma

Desde la concurrencia de los Pretensos contrayentes al Registro para solicitar -la fecha y llenar los recaudos administrativos (primer paso para la celebración de las nupcias), pueden emerger las inhabilidades legales o los impedimentos. Dependiendo de las circunstancias, serán los pasos a seguir. Si se trata de recaudos purgables, como no contar con los documentos- de identidad, la antelación con que los actos preparatorios se celebran permite completar o corregir las deficiencias. Si surgen impedimentos que den lugar a oposición, el funcionario competente tiene la obligación de suspender la celebración a las resultas de los mismos, conforme la regulación legal.

A modo de ejemplo: si se trata de personas menores de 18 años y mayores de 16 que no cuenten con la autorización de sus progenitores (art. 404), el trámite queda en suspenso hasta tanto se subsane la omisión. Si uno o ambos contrayentes tienen menos de 16 años, también se produce la suspensión hasta que se cuente con el testimonio de la sentencia que dispense la edad, lo cual podría tener lugar hasta el mismo día fijado para el matrimonio. Como en ocasión de las diligencias preparatorias debería surgir la falta de edad núbil, no se podría otorgar en ese mismo momento la fecha de celebración, quedando suspendida su fijación hasta que se salve el impedimento.

IV) Significado de la reforma

Este artículo no ha sufrido variaciones, se mantiene el mismo régimen legal que en el código derogado, el que, además, no ha generado críticas ni problemas de orden doctrinario o práctico.

Sin embargo, cabe recordar que a partir de la ley 26.449 que equiparó la edad mínima para contraer matrimonio entre contrayentes en 18 años y la posterior 26.579 que modificó el texto del artículo 126 del código civil reemplazado, estableciendo la mayoría de edad de la persona en 18 años sin derogar la regulación contenida en el artículo 167, produjo como consecuencia que todo contrayente que no contara con edad núbil debía requerir la dispensa judicial tuviese o no la autorización de sus progenitores para la celebración del acto.

El Anteproyecto formulado por la Comisión Redactora siguió ese criterio y dispuso en el artículo 404 que: *"En el supuesto del inciso f) del artículo anterior [tener menos de dieciocho años] puede contraerse matrimonio válido, previa dispensa judicial. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales. La decisión judicial debe 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, si la hubiesen expresado.*

La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela sólo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129, inciso d)".

Sin embargo, la disposición fue objeto de modificación por la Comisión Bicameral, y la Cámara de Senadores aprobó finalmente el proyecto que hoy rige, sin requerir la intervención judicial en los supuestos de personas carentes de edad núbil (18 años) mayores de 16 años (conf. art. 404).

La dispensa obligatoria anterior constituía una intromisión estatal al pleno ejercicio de la responsabilidad parental, que contradecía el principio de la capacidad progresiva de los niños que informa la nueva legislación y avanzaba sobre la mejor aptitud de los progenitores para evaluar el interés prevalente del contrayente conforme su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales —artículo 3º, inciso d, ley 26.061—.

La oposición de los adultos o la falta de la edad límite de 16 años dará lugar, ineludiblemente, a la dispensa judicial, suspendiéndose en todos esos casos la celebración del acto hasta la resolución judicial respectiva.

Art. 418 *Celebración del matrimonio.* El matrimonio debe celebrarse públicamente, con la comparecencia de los futuros cónyuges, por ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de ellos.

Si se celebra en la oficina que corresponde a ese oficial público, se requiere la presencia de dos testigos y las demás formalidades previstas en la ley. El número de testigos se eleva a cuatro si el matrimonio se celebra fuera de esa oficina.

En el acto de la celebración del matrimonio el oficial público da lectura al artículo 431, recibe de cada uno de los contrayentes la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronuncia que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley.

La persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral debe expresar su voluntad por escrito o por cualquier otra manera inequívoca.

I) Resumen

Los futuros contrayentes comparecen el día y hora fijados ante el oficial público. El matrimonio se celebra públicamente, en la oficina correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos y en presencia de dos testigos, o fuera de esa oficina, en cuyo caso el número de testigos aumenta a cuatro. El acto consiste en hacer saber a los contrayentes el compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, el deber moral de fidelidad y la asistencia recíproca, y recibir la declaración de voluntad de contraer matrimonio, finalizando con el pronunciamiento del funcionario que lo declara celebrado conforme a la ley. Si alguna de las personas tiene limitaciones en su comunicación, se admite la declaración aun escrita, mientras sea inequívoca.

II) Concordancias

Derechos y deberes de los cónyuges, asistencia (art. 431). Ley 26.618 (art. 188).

III) Interpretación de la norma

III.1) Desenvolvimiento del acto

La celebración es un acto formal y solemne, y las partes carecen de libertad para establecer la forma de expresar su voluntad, con la salvedad contemplada respecto de las dificultades de comunicación. El acto abarca tres momentos ineludibles: informativo, constitutivo del vínculo y conclusivo. Es imprescindible, bajo pena de nulidad, la lectura de la ley en lo que hace a los deberes, la expresión de la voluntad y la declaración formal del funcionario a cargo de la celebración del nuevo estado civil de las partes.

III.2) Declaración de los contrayentes

Sin perjuicio del comentario más extenso del artículo 406, al que se remite, se señala que el consentimiento de la pareja debe ser expresado en forma conjunta —en rigor, sucesiva—, y ante la autoridad competente.

La voluntad manifestada en el acto de celebración no es la fuente normativa de la relación jurídica que se establece a partir del matrimonio, pero es la fuente constitutiva de la relación (4). En otras palabras, la regulación legal precede a una relación que nace a partir de la declaración personal de cada uno de los contrayentes que expresan su voluntad de subsumirse a ciertas pautas, que la ley denomina derechos y deberes recíprocos. Siguiendo a prestigiosos autores, "La voluntad interna y la exteriorización de ella a través del acto, confirman una unidad inescindible"⁽⁵⁾, dando lugar a una unidad entre lo querido y lo manifestado por cada una de las partes. En el acto jurídico bilateral del matrimonio coinciden ambas voluntades y se exteriorizan en una conjunción: el consentimiento, que pierde toda consecuencia en el caso de afectación por error, dolo o violencia, en los términos del artículo 409.

III.3) Personas sordomudas

La última parte de la norma se aplica a quienes, por limitaciones físicas, carecen de la capacidad de comunicarse verbalmente u oír las manifestaciones verbales. En estos casos, se aplican las directivas legales dispuestas para los intérpretes.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene el principio general de que el lugar de celebración será la oficina del Registro del Estado Civil. Sin embargo, se tomó en cuenta que en muchas ocasiones la presencia del oficial público en un lugar distinto a su oficina obedecía, además de a razones de enfermedad u otros justos motivos debidamente acreditados, a

solicitudes vinculadas con el resguardo de la privacidad, privación de la libertad, sentimentales u otros que prosperaban como excepciones. Al suprimir el recaudo de imposibilidad de alguno de los contrayentes, la norma se adapta a las costumbres sociales.

Para trasladar el acto a una sede distinta es suficiente efectuar la petición, abonar los costos diferenciales que fije la reglamentación, y obtener la autorización de la autoridad del Registro, cuya denegatoria deberá ser, en todo caso, fundada.

Se mantiene la exigencia en cuanto al número de testigos (dos para el acto celebrado en la oficina, cuatro para el realizado en lugar distinto) y la obligación de lectura de la norma que establece el deber de asistencia entre los cónyuges.

Respecto del texto del artículo 431, se remite a su comentario, sin dejar de hacer notar que el mismo contiene uno de los principales avances que introduce el Código al eliminar como deber civil y exigible la fidelidad, aunque la conservó como deber moral, y la cohabitación.

El artículo elimina toda referencia a las ceremonias religiosas, rigiendo la libertad de elección a ese respecto, circunscribiendo la regulación sólo al ámbito civil y a los derechos y deberes emergentes del matrimonio.

Art. 419 *Idioma*. 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.

I) Resumen

No es infrecuente el desconocimiento del idioma nacional por quien pretenda celebrar matrimonio. En tal caso, el acto debe llevarse

a cabo con intervención de traductor público matriculado o intérprete idóneo, consignando los datos pertinentes.

II) Concordancias

Escrituras públicas (art. 302); interpretación y aplicación de las normas (art. 402); acta de matrimonio (art. 420).

III) Interpretación de la norma

La razón de ser de este artículo es de orden constitucional, pues se vincula con la igualdad de oportunidades y la contracara, el principio de no discriminación que prevén varios instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, además de la Constitución Nacional.

IV) Significado de la reforma

Este artículo no ha sufrido otra modificación que de índole semántica.

Art. 420 *Acta de matrimonio y copia.* La celebración del matrimonio se consigna en un acta que 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.

El acta debe ser redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervienen en el acto, o por otros a su ruego, si no pueden o no saben hacerlo.

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 de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

I) Resumen

El matrimonio debe quedar reflejado fielmente en el instrumento que labra la autoridad competente, consignando todos los datos posibles vinculados con el acto, y recogiendo toda la información requerida consistente en fecha y lugar, datos de contrayentes, testigos y progenitores, en su caso, dispensa y oposición, y declaración de los esposos y del oficial público. Se agregarán también datos relativos a la convención matrimonial, si existe y si optaron por el régimen de separación de bienes. Si se trata de un matrimonio a distancia, los datos pertinentes del consentimiento

prestado por el ausente. Concluido el acto, debe firmarse el instrumento por los intervinientes (6) o sustitutos a su ruego si alguno no supiera o no pudiera hacerlo. Se entregará copia del acta a los contrayentes y la libreta de familia.

II) Concordancias

Matrimonio a distancia (art. 422). Ley 26.413 (arts. 5° a 8°, 23, 26).

III) Interpretación de la norma

III.1) Exigencia del consentimiento

Además de los datos identificatorios de los intervinientes, el oficial público realiza a los esposos la consulta acerca de si prestan su consentimiento para el matrimonio. El mismo será puro y simple, es decir, no supeditado a modalidad alguna, y si por acaso se pretendiese someterlo a plazo, cargo o condición, éstos se tendrán por no puestos, y el matrimonio será válido.

III.2) Valor probatorio

El acta es la prueba ordinaria y normal del matrimonio, siendo las restantes que pueden admitirse testimonios, copias, certificados o constancias. De conformidad con la ley reglamentaria, todos ellos constituyen instrumentos públicos.

III.3) Libreta de familia

Se denomina así al instrumento que emite el Registro Civil, en texto preimpreso, numerado, de calidad uniforme una vez celebrado el mismo, y donde se asientan el matrimonio, los nacimientos y las defunciones de la familia originada en la unión matrimonial. Reviste calidad de instrumento público en virtud de lo dispuesto por la ley 26.413 y el artículo 289, inciso b, de este Código.

IV) Significado de la reforma

Puede advertirse un reordenamiento de las normas, que se condensan simplificando su comprensión e integrando las distintas pautas que deben cumplimentarse.

Se incorpora la obligación de consignar el estado civil de los contrayentes, circunstancia que en supuesto de cónyuges previamente divorciados importa la necesidad de contar con el certificado matrimonial y nota marginal del divorcio, y en consonancia con el nuevo régimen regulatorio de los deberes y derechos patrimoniales y resguardo de derechos de terceros, el organismo administrativo deberá consignar los datos correspondientes a las convenciones matrimoniales (arts. 446 y ss.). También se exige que los contrayentes presten declaración si han optado por el régimen de separación de bienes previsto en el artículo 505.

De igual manera, la reforma recogió algunos señalamientos de la doctrina e incorporó la obligación de la anotación de los antecedentes vinculado con el matrimonio a distancia, también si hubo que transitar el proceso judicial de dispensa judicial, con su resultado de admisión de la celebración, y el dato acerca del lugar donde se llevó a cabo (en la oficina o fuera de ella), que antes no se exigían.

Debe considerarse lo establecido en el artículo 419 respecto del intérprete para los contrayentes que ignoran el idioma o las personas sordomudas, norma que también recoge las críticas de la doctrina respecto de la redacción anterior.

SECCIÓN 2º

Modalidad extraordinaria de celebración

Art. 421 *Matrimonio en artículo de muerte.* El oficial público puede celebrar matrimonio con prescindencia de todas o de alguna de las formalidades previstas en la Sección P, 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.

En caso de no poder hallarse al oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el matrimonio en artículo de muerte puede celebrarse ante cualquier juez o funcionario judicial, quien debe levantar acta de la celebración, haciendo constar las circunstancias mencionadas en el artículo 420 con excepción del inciso f) y remitirla al oficial público para que la protocolice.

I) Resumen

Esta disposición, que tiene su antecedente remoto en el Derecho Canónico, autoriza a obviar las formalidades exigibles para la celebración del matrimonio, en el supuesto extraordinario de hallarse alguno de los pretendientes en gravísimo estado de salud, acreditado con certificado expedido por un médico o con el testimonio de dos personas, si no hubiese facultativo que lo expida. Puede celebrarse ante el encargado del Registro, un juez o un funcionario judicial, autoridades que labrarán acta y la remitirán para su protocolización al oficial del Registro competente.

II) Concordancias

Matrimonio "in extremis" (art. 2436); revocación de las disposiciones testamentarias: revocación por matrimonio (art. 2514).

III) Interpretación de la norma

III.1) Celebración

Si bien se establece que se puede prescindir de todas las formalidades, el peligro de muerte debe ser inminente, consecuencia de alguna enfermedad o accidente, o tal vez un hecho doloso que coloque al contrayente en estado de riesgo de fallecimiento. No se incluye a quien/es por la actividad que despliegan pueden llegar a correr riesgo de muerte, es decir, no cae en la excepcionalidad quien desarrolla una actividad de riesgo, sino quien, a consecuencia de un hecho que lo colocó en peligro de muerte, desea casarse antes de que ocurra. Se lo ha denominado matrimonio in extremis o en artículo mortis.

Pueden intervenir como celebrantes los magistrados de todas las instancias, integrantes de la judicatura o los ministerios públicos, los secretarios, auxiliares letrados e incluso los jueces de paz. Basta con que tengan carácter de funcionarios públicos conforme las respectivas leyes orgánicas.

III.2) Requisitos

Se soslayan los recaudos previos que se cumplen en circunstancias ordinarias, incluyendo los certificados prenupciales, pero ello no implica que no se deban consignar los datos indispensables que emergen del artículo anterior, destinados a la identificación de los contrayentes, los testigos, la declaración de su voluntad expresa, coincidente y sucesiva de contraer matrimonio y la del funcionario o magistrado de tenerlo por celebrado conforme a la ley. Sólo se exceptuara, aun si se planteara, lo atinente a las oposiciones que pudiesen ser formuladas, y sin perjuicio de la nulidad posterior del matrimonio.

III.3) Consecuencias

El matrimonio celebrado bajo estas especiales circunstancias tiene plena validez, aunque para evitar que con el mismo se produzca la captación de la herencia se contempla la exclusión del cónyuge superviviente si el fallecimiento ocurre transcurrido hasta 30 días del matrimonio, como consecuencia de una enfermedad existente y conocida por el sobreviviente, de desenlace previsible. Queda a salvo la unión si se comprueba que existió una convivencia previa (art. 2436).

La solución legal que la nueva redacción sigue la línea demarcada por la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al doble fin de evitar la captación de herencia y reconocer la validez de los testamentos otorgados con anterioridad a la celebración de las nupcias si la persona instituida se convertía en cónyuge, excepcionando la revocación que —por ministerio de la ley— se establece para los restantes supuestos.

En efecto, debido a lo dispuesto en el artículo 2514 —a cuyo comentario se remite— y al desplazamiento de deberes y confirmación de afectos que el matrimonio supone, la aparición del cónyuge como heredero forzoso importa la revocación del testamento otorgado con anterioridad. La norma consagra un supuesto de revocación legal. La excepción también está prevista, y consiste en que el instituido fuese el mismo cónyuge o que del texto del instrumento resulte la voluntad del testador de mantener las disposiciones aún después de la celebración del matrimonio. Por su parte el artículo 2436, basado en que la situación de convivencia de pareja previa a la celebración del matrimonio en artículo de muerte, admite la vocación hereditaria del cónyuge superviviente. Se trata de una revocación legal de testamento. En el supuesto de que el causante hubiese testado a favor de su pareja conviviente, con quien luego contrae matrimonio in extremis, la aplicación de las normas mencionadas indica que el testamento es válido, y no se aplica el principio de revocación por matrimonio.

III.4) Trámite ulterior

Concluido el acto, dejando constancia de lo acaecido en el instrumento que se labre, se remitirá el mismo para su protocolización en el Libro de Matrimonio, debiendo hacerse constar los antecedentes.

IV) Significado de la reforma

El artículo conserva el contenido del antiguo 196, con la única diferencia de que en la actual redacción pareciera que la celebración del acto por parte del encargado natural de llevarlo a cabo, o sus sustitutos legales, es facultativa. Recuérdese que en la norma reemplazada se disponía, con la utilización del verbo en imperativo, que el oficial público procediera a llevar a cabo el matrimonio obviando todos o algunos de los recaudos previos. La tradición jurídica, en tanto pauta de interpretación obligada, conforme lo establece la disposición que regula lo relativo a las fuentes y la aplicación del Derecho, resulta vinculante para el intérprete⁽⁷⁾, de modo que no existe opción para el funcionario requerido para la celebración del acto: deberá llevarlo a cabo prescindiendo de algunas de las formalidades, sin perjuicio de las oposiciones interpuestas o la eventual nulidad del acto.

Art. 422 *Matrimonio a distancia.* El matrimonio a distancia es aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonios, según lo previsto en este Código en las normas de derecho internacional privado.

I) Resumen

Se admite que los contrayentes expresen su consentimiento en lugares distintos, bajo ciertas condiciones de admisibilidad. Este tipo de celebración del acto vino a reemplazar la primigenia disposición de la ley 2394 (art. 14) que regulaba un matrimonio entre presentes, admitiendo la figura del mandatario, que manifestaba por el contrayente ausente el consentimiento matrimonial. Fue suplantada por el sistema del matrimonio entre ausentes que admite que el consentimiento lo preste uno no hallándose el otro, y si el restante expresa su consentimiento ante la autoridad competente del domicilio en que se encuentra, el matrimonio se considera celebrado (8).

II) Concordancias

Solicitud inicial (art. 416); acta de matrimonio y copia (art. 420); matrimonio a distancia (art. 2623). Ley 18.444 que ratifica la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, emanada de la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 1962, y ley 26.413 (arts. 53, 54 y 55)(9)

III) Interpretación de la norma

Como ya lo sostuvo la doctrina, mediante el requisito de la expresión del consentimiento matrimonial por los contrayentes en persona quedó suprimido el matrimonio por poder(10). Es clara la exclusión pues no otro sentido interpretativo puede darse al término "*personalmente*", en función de lo que dispone el artículo 20 del Código(11).

Cada oficial público donde se presenten los contrayentes para celebrar el matrimonio deberá verificar el cumplimiento de los requisitos generales, es decir, que no estén afectados por impedimentos. Pero sólo uno de ellos —el elegido de común acuerdo por los contrayentes— debería procurar que se hayan cumplido las

formalidades previas. Simultáneamente, el restante funcionario deberá analizar y tener por suficientes las razones invocadas para hallarse ausente (control de mérito).

Del principio general emanado del artículo 416, y de la propia economía del Código (que establece una forma ordinaria y otra extraordinaria de celebración de las nupcias), sumado a las disposiciones emanadas de la ley 26.413, antes de la reforma era exigible expresar las circunstancias excepcionales que menciona la Convención de Nueva York para admitir este tipo de celebración. En la actualidad, lo menciona el artículo 2623, que distingue entre el lugar de celebración (aquel donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto) y aquel donde el ausente se presenta a expresar su consentimiento y las razones de la ausencia.

Intervienen dos funcionarios: el del domicilio del impedido de concurrir, que deberá recibir personalmente el consentimiento de la persona contrayente y expedir la documentación correspondiente de ese acto, la cual tiene vigencia temporal determinada (90 días). Posteriormente, el oficial público del domicilio del restante, que analizará las razones invocadas y comprobará que no existan impedimentos, teniendo por celebrado el matrimonio en el lugar donde se perfecciona el acto.

Si la persona se encuentra en un territorio donde es admisible el matrimonio con intervención de mandatario, en razón de la aplicabilidad de la norma en comentario, que exige la presencia personal del cónyuge, ese instrumento no será válido para la celebración.

IV) Significado de la reforma

Se mantuvieron las reglas ya dispuestas respecto de este tipo de matrimonio, aunque no debe soslayarse que se lijaron disposiciones de Derecho Internacional Privado en un capítulo específico, entre las cuales son de aplicación el artículo 2623, que define el matrimonio a

distancia y determina el plazo de vigencia del instrumento donde el ausente expresó su consentimiento para el acto (90 días).

Debido a que nuestro país es uno de los pocos en la región que admite el matrimonio igualitario, de celebrarse uno bajo la modalidad tratada por esta norma y estando el contrayente ausente en un país donde no existe tal posibilidad, rige el artículo 2622, en cuanto dispone que para la existencia rige el Derecho del lugar de celebración. Tal sería nuestro país, por aplicación del tercer párrafo del artículo 2623.

El título que regula el matrimonio se inicia señalando que el principio rector para el régimen jurídico, tanto en lo que hace a su celebración, vigencia y ruptura, como a la interpretación de sus normas, será el principio constitucional de igualdad. En ese sentido, se han respetado tratados como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y la ley precedente a la reforma, la 26.418, que estableció como válidas las uniones matrimoniales con independencia de la elección sexual de los integrantes.

Referencias Bibliográficas

- (1) MÉNDEZ COSTA, FERRER y D'ANTONIO, ob. cit, p. 397.
- (2) CNCiv., sala C, 8-2-2012, "W., A. y K., D.", L. L. del 16-5-2012, p. 11;
L. L. 2012-C-349, AR/JUR/9107/2012.
- (3) En la Ciudad de Buenos Aires la Disposición 40-DGRC-2000 establece las directivas administrativas vinculadas con la celebración del matrimonio. Por Disposición 27-DGRC-2010 (art. 1º) se modificó el artículo 117 de la Disposición 40- DGRC-2000 a tenor del siguiente texto: *"Quienes pretendan contraer matrimonio ante este Registro Civil, deberán concurrir a la Circunscripción que determinen a fin de fijar día y hora; recibir los formularios e instrucciones necesarias, en un plazo no mayor a 29 días ni menor a*

10. Este plazo es de días hábiles anterior a la fecha elegida. El formulario de solicitud, los certificados prenupciales y la documentación necesaria para la celebración y labrado del acta, deberán ser entregados a los 3 días hábiles anteriores a la ceremonia". En lo restante, continúa sin modificaciones, y así establece: "...118. Si por razones de urgencia fuera necesario otorgar día y hora para el casamiento sin respetar el término del artículo anterior, se requerirá previa autorización de la Dirección Operativa. 119. No se requerirá antigüedad alguna en el domicilio que conste en los documentos de los contrayentes a los fines de solicitud del día para contraer matrimonio. 120. No será necesario que los certificados prenupciales originados en jurisdicciones diferentes a aquellas en que se realizan los matrimonios civiles sean avalados por el Ministerio de Salud. 121. Los sordomudos que no supieran darse a entender por escrito, y expresaran su voluntad de contraer matrimonio mediante signos inequívocos no requerirán venia judicial. 122. Los inhabilitados del art. 152 bis del Código Civil no requerirán asentimiento de su representante legal para contraer matrimonio".

(4) ZANNONI, ob. cit. en nota 1.

(5) BREBBIA, Roberto H., Hechos y actos jurídicos, Buenos Aires, 1979, comentario al artículo 913, y LLAMBIAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Parte General, 1978, citados por MÉNDEZ COSTA, FERRER y D'ANTONIO, ob. cit., p. 339.

(6) Es decir, los contrayentes, testigos, traductores e intérpretes, y el oficial público.

(7) Conf. art. 1° del Código.

(8) ZANONNI, ob. cit., p. 302.

(9) Ley 26.413, art. 53: "*Créase un libro o registro de 'Recepción de Consentimiento para Matrimonio a Distancia' en el que se consignarán los consentimientos que se recepcionen de conformidad con lo establecido en el artículo 173 del Código Civil. Dichos libros contendrán textos impresos y se regirán por lo dispuesto en los artículos 5°, 6°, 8° y 9° de la presente ley*". Art. 54: "*La inscripción a que alude el artículo anterior deberá contener: a) Lugar y fecha de otorgamiento; b) Respecto del presentante: nombre, apellido y número de documento nacional de identidad, si lo tuviere, edad, nacionalidad, domicilio y lugar de nacimiento, profesión, nombres y apellidos de sus padres; sus nacionalidades, si antes ha sido o no casado, y en caso afirmativo el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar de casamiento y la causa de su disolución; c) Respecto de la persona con la que ha de contraer matrimonio, iguales datos a los requeridos en el*

inciso b) del presente artículo; d) El lugar donde se celebrará el matrimonio; e) La causa que le impide la concurrencia personal al acto del matrimonio, que deberá acreditarse fehacientemente dejando constancia; O La declaración prestada plena y libre de que quiere tomar por marido o mujer a la persona indicada en el inciso c); g) El término de validez del acta que acredita el consentimiento del ausente es de noventa (90) días a contar desde la fecha de su otorgamiento". Art. 55: "Cuando ajuicio del oficial público, la persona que pretende otorgar el consentimiento para contraer el matrimonio a distancia, pudiera estar comprendida dentro de los impedimentos establecidos en el artículo 166, incisos 5º, 8º y 9º del Código Civil, dicho funcionario se negará a recibir el consentimiento, dando al interesado constancia de la negativa para recurrir al juez competente".

(10) MÉNDEZ COSTA, FERRER y D'ANTONIO, *ob. cit.*, remitiéndose a GUASTAVINO, *Celebración del matrimonio, la Convención de Nueva York*, en *I. A. Doctrina*, 1971-H-149, N° 22, y BELLUSCIO, *Augusto C., Derecho de Familia, Depalma, Buenos Aires, 1974, t. I, N° 249, cuya lectura profunda se recomienda en este tema.*

(11) Para ampliar, pueden verse BOSSERT, *Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia 6º ed., Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 136; PERRINO, Derecho de Familia cit., t. I, N° 313.*

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 423

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado* (T. II, arts. 257- 445). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
[Consultado el: 21/09/2021]

LIBRO SEGUNDO

Relaciones de familia

TITULO I

Matrimonio

CAPÍTULO 5

Prueba del matrimonio

Art. 423 Regla general. Excepciones. Posesión de estado.
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 de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Cuando existe imposibilidad de presentarlos, la celebración del matrimonio puede probarse por otros medios, justificando esta imposibilidad.

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.

Si existe acta de matrimonio y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio.

I) Resumen

Habitualmente la prueba del matrimonio es la documental emanada del Registró de Estado Civil y Capacidad de las Personas: el acta, su testimonio, las copias legalizadas, certificados y libretas de familia expedidos por la autoridad competente. De igual modo, puede ser probado por constataciones emitidas por funcionarios de la Dirección General o sus dependencias que se correspondan a las inscripciones realizadas en los libros habilitados al efecto, en tanto revisten carácter de instrumento público.

II) Concordancias

Instrumentos públicos (art. 289). Ley 26.413 (art. 23).

III) Interpretación de la norma

III.1) Posesión de estado

Esta figura, de enorme incidencia en el Derecho de Familia, importa la apariencia de la titularidad de un estado civil, fundada en el ejercicio público y continuado de las facultades correspondientes al mismo. En líneas generales, se conserva sin modificaciones el artículo 197 del anterior régimen vigente, que impedía que fuese invocada por los integrantes del matrimonio o terceros, como única prueba de estado, o para reclamar derechos derivados del mismo.

III.2) Otras pruebas. Subsidiariedad

Si el instrumento hubiese desaparecido, se extravió, destruyó o no se conoce su existencia, acreditándose esa circunstancia previa o concomitantemente, se podrán presentar otras pruebas para establecer el estado alegado, es decir, la existencia del matrimonio. En ese sentido, se admite para probar que la persona se mostraba socialmente como cónyuge cualquier medio de prueba.

III.3) Ley reglamentaria

No ha sido derogada la ley 26.413, de modo que los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la Dirección General y/o sus dependencias que correspondan a inscripciones registradas en sus libros o en las copias y que lleven la firma del oficial público y sello de la oficina respectiva, son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido en los términos prescritos por el Código (arts. 5° y 23). Aunque superfluo, es de recordar que dicha documentación no puede ser retenida en ningún caso, salvo por el mismo Registro, para acreditar la matrícula individual y respecto del acta de nacimiento.

IV) Significado de la reforma

Se conserva, a excepción de ciertos matices semánticos, la redacción anterior que, recordemos, había mejorado la norma originaria sustituyendo la palabra "validez" por "existencia", siguiendo las sugerencias de la doctrina(1).

Referencias Bibliográficas:

(1)FANZOLATO, Eduardo I., comentario al artículo 197, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dir. por Alberto J. Bueres y coord. por Elena I. Highton, ed., 4 reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 1-B.

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 634 a 637

por Mariela A. González de Vicel

Publicado en: Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado*. (T. IV, arts. 594-723). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

[Consultado el: 10/09/2021]

TÍTULO VI

Adopción

CAPÍTULO 6

Nulidad e inscripción

Art. 634. Nulidades absolutas. Adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:

- a) la edad del adoptado;
- b) la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;
- e) la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el menor o sus padres;
- d) la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente;
- e) la adopción de descendientes;
- f) la adopción de hermano y de hermano unilateral entre sí;

- g) la declaración judicial de la situación de adoptabilidad;**
- h) la inscripción y aprobación del registro de adoptantes;**
- i) la falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado.**

I) Resumen

El régimen adoptivo observa varias modificaciones. Algunas de ellas son relevantes a los fines de comprender los supuestos de nulidad de la adopción. Así cabe mencionar que: a) se sistematizan tres tipos de adopción; b) se flexibilizan los tipos adoptivos, siendo el juez quien diagrama los alcances y efectos en función del interés superior del niño; c) se establecen dos etapas: la relacionada con el agotamiento de los intentos de preservar los vínculos biológicos, y la adoptiva propiamente dicha(1); d) se disminuye la edad de las personas adoptantes, y la diferencia de edad entre adoptantes y persona a adoptar; e) se establecen reglas procesales vinculadas con la reducción de plazos, consentimiento, participación activa del niño, niña o adolescente, derecho a conocer los orígenes y deber de expresar o no el consentimiento; f) se posibilita la adopción unipersonal o conjunta, con independencia de la existencia o subsistencia de vínculo matrimonial; g) se ajusta el tema de la residencia en el país de los adoptantes; h) se amplía la regulación en lo que atañe a las guardas de hecho y el registro de adoptantes, por destacar las principales reformas que tienen incidencia directa en el sistema de nulidad de la adopción que recepta el Código. La nulidad es una sanción dispuesta por la ley debido a la existencia de vicios al momento de constituirse el emplazamiento, que impiden los efectos de la adopción. Con la reforma se incorporaron innovaciones a las causales que provocan la ineficacia, guardando coherencia con las enmiendas vinculadas con la temática que se introdujeron en el sistema de la filiación adoptiva. Sanciona con nulidad absoluta, además de la violación a la edad máxima del adoptado, la diferencia de edad entre éste y el adoptante, el hecho ilícito antecedente de la

adopción, la adopción simultánea si no se trata de una pareja, el vínculo (descendientes y colaterales), lo relativo a la falta de declaración de estado de adoptabilidad, la inscripción y aprobación en el registro de adoptantes y la falta de consentimiento de la persona adoptada mayor de diez años.

II) Concordancias

Derecho: fuentes y aplicaciones (art. 1º); interpretación (art. 2º); ejercicio de los derechos: orden público, fraude a la ley (art. 12); ejercicio de los derechos de la persona menor de edad (art. 26); restricciones a la capacidad: reglas generales (art. 31); persona con capacidad restringida y con incapacidad (art. 32); alcances de la sentencia (art. 38); actos posteriores a la inscripción de la sentencia (art. 44); actos anteriores a la inscripción (art. 45); representación y asistencia, tutela y curatela: regla general (art. 100); actuación del Ministerio Público (art. 103); deber de rendir cuentas, periodicidad (art. 130); rendición final (art. 131); hechos y actos jurídicos: hecho jurídico (art. 257); acto jurídico (art. 259); acto voluntario (art. 260); acto involuntario (art. 261, inc. C); manifestación de la voluntad (art. 262); uniones convivenciales: ámbito de aplicación (art. 509); adopción: concepto (art. 594); principios generales (art. 595, inc. F); personas que pueden ser adoptadas (art. 597); personas que pueden ser adoptantes (art. 599) plazo de residencia en el país e inscripción (art. 600); restricciones (art. 601); adopción por autor (art. 606); declaración judicial de situación de adoptabilidad: supuestos (art. 607); guarda con fines de adopción: guarda de hecho, prohibición (art. 611); tipos de adopción: concepto (art. 620); facultades judiciales (art. 621); nulidad relativa (art. 635); normas supletorias (art. 636); jurisdicción (art. 2635); derecho aplicable (art. 2636). Ley 25.854.

III) Interpretación de la norma

III.1) Consideraciones generales. La incidencia en materia de nulidades de los cambios en el régimen adoptivo

No podría encararse razonablemente un análisis de esta preceptiva legal sin poner de resalto que el Código cuenta con un título preliminar, cuyo principal aporte es el proveimiento de reglas que confieren una significación general al compendio, y se constituye en un núcleo que sirve de marco para el análisis, la interpretación y la integración de las posibles lagunas(2).

Como señaló el presidente de la Comisión redactora, una primera cuestión a decidir fue la necesidad de incluir un Título Preliminar en el Código. Su aceptación se basó en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código Civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al Derecho Privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema. Con la mirada colocada en un compendio legal accesible a la población en general, y a que la ley es una de las fuentes del Derecho, pero no la única, los autores estimaron que "los operadores jurídicos debían contar con guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores (3)

En tal sentido, siempre que emerja algún tipo de dificultad interpretativa, no debe perderse de vista que el artículo 1º señala la obligatoriedad de recurrir a las directrices constitucionales y los tratados en que la República es parte, lo cual comprende la jurisprudencia de los organismos regionales (4) y los nacionales, así como los usos, prácticas y costumbres siempre que no sean contrarias a Derecho. Pero además, por imperio del artículo 2º, se apelará a la finalidad del instituto de la adopción, siendo de utilidad en ese sentido la definición –una de las pocas que encara este Código– brindada por el artículo 594. Allí se establece que la adopción procura proteger el derecho a vivir y desarrollarse en una familia, que

emprenda la satisfacción de las necesidades afectivas y materiales de la persona a adoptar, si es que no pueden ser satisfechas por la familia de origen.

La adopción emplaza en estado de familia a partir de la sentencia que la admite (5), y esa manifestación estatal constituye un acto jurídico, que es precedido por otros de idéntica naturaleza. La definición legal de acto jurídico dice que es "*el acto voluntario lícito, que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de las relaciones o situaciones jurídicas*" (6). Para que el acto jurídico sea reputado tal, requiere de tres elementos: el sujeto, el objeto y la forma; la ausencia de alguno de ellos importa la inexistencia del acto. En cambio, la nulidad se configura cuando en esos elementos aparece algún vicio originario, y ello obedece a que la ley ha de garantizar su propia existencia, sancionando el incumplimiento que importa su violación (7).

En ese contexto, la sentencia de adopción y los actos que la preceden son pasibles de nulidad, y por ello el Código mantiene la clasificación de las nulidades en absolutas y relativas de la adopción, con la remisión (art. 636) a las normas generales, conforme lo introdujera la ley 24.779 en el artículo 377 anterior.

Sin perjuicio de los comentarios de los textos correspondientes, señalamos brevemente que en la nulidad absoluta el vicio es patente, ostentoso, rígido, esencial y permanente. Está descripto por la ley, y la Judicatura se limita a su declaración previa comprobación de su existencia. En las nulidades relativas, en cambio, el vicio está oculto, agazapado, es flexible y se requiere una investigación de hecho para dar con él, están destinados a desaparecer, y pueden ser convalidados.

En el primer caso, en razón de que con el vicio se compromete el orden público y el interés general, la nulidad es inconfortable e imprescriptible, declarable oficiosamente o a requerimiento del Ministerio Público. Si el acto sólo daña a un interés

individual, podrá declararse la nulidad pero siempre y cuando la hayan invocado las partes, o al menos aquella que no ha sido culpable del vicio (8).

Existen también las nulidades implícitas, derivadas de decisiones incompatibles con los preceptos legales, aun cuando en los textos no se exprese la nulidad como sanción. Por ejemplo: dado el caso de incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 600 respecto de la residencia efectiva en el país por un período superior a los 5 años para los extranjeros no naturalizados, no está prevista de manera expresa la sanción de nulidad de la adopción dictada sin que ese recaudo se halle cumplido. En un fallo dictado por la Corte federal, se revocó la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos que había decretado la nulidad de una adopción post mortem fundada, entre otras cosas, en el vicio esencial dado por haberse conferido legitimación a la Defensoría de Menores para promover por medida autosatisfactiva, la adopción de un menor de edad que se hallaba en guarda adoptiva unipersonal, al momento de fallecimiento de la causante(9). En ese supuesto, se invocaron nulidades implícitas como la relacionada con la legitimación del Ministerio Público, y vicios formales y sustanciales, tales como la extinción de la guarda preadoptiva por fallecimiento de la guardadora, improcedencia del trámite de medida autosatisfactiva e incompetencia del juez de familia al haberse iniciado la sucesión. Otros supuestos podrían ser la falta de aprobación de las cuentas de la tutela, la acción interpuesta por un apoderado de quien tenga restringida su capacidad civil para ese tipo de acto, etcétera.

De todos modos, la pauta decisiva en materia de vigencia de la adopción, y como derivación para evaluar la respectiva anulación, lo que se tendrá en cuenta en todo momento, es el interés superior de la persona menor de edad (10)

Como consecuencia de orden práctico, y a modo de prevención de una nulidad insalvable, el artículo en análisis impone a la persona que debe dictar la sentencia el repaso, durante el

procedimiento y aun hasta el momento del llamado de autos para expedirse, del cumplimiento de los siguientes recaudos:

III.2) Edad

El precepto general, motivado en la función social de la adopción, es que la persona a adoptar sea menor de edad no emancipada y, respecto de su familia biológica, que se hallen agotadas las instancias jurisdiccionales tendientes a gozar del derecho a vivir en ella (art. 597). Entonces, y bajo pena de nulidad, sólo podrá ser adoptada una persona que no haya cumplido 18 años (art. 25), estableciéndose dos excepciones en las condiciones fijadas: hijos del cónyuge o conviviente mayores de esa edad y posesión de estado durante la minoría de edad.

El sentido del texto estriba en que a la sociedad le interesa el mantenimiento de los vínculos originados en la biología, armonizado con la función específica de la adopción, que sustituye la filiación primigenia. Las excepciones se fundan en la especialidad de la adopción de integración, que cuenta en el nuevo texto con reglas propias (arts. 630 a 633) y en el principio de realidad que informa el Código que en el supuesto de la posesión de estado reconoce expresamente -comprobados que fueran- los hechos acontecidos en la familia.

III.3) Los emancipados

Sólo es admisible la adopción de personas menores no emancipadas en razón del matrimonio celebrado in tener la edad núbil y con dispensa judicial (art. 404) bajo ciertos y excepcionales supuestos. A partir de la sanción de la ley 26.579 la reducción de la mayoría de edad de los 21 a los 18 años abrogó la figura de la emancipación por habilitación de edad que contemplaba el artículo 131, tercer párrafo del texto reformado. En el texto en comentario no está prevista específicamente la nulidad de la adopción de una persona emancipada por matrimonio, limitándose a sancionar aquella relativa a

"la edad del adoptado". Del juego armónico de los artículos 27, 404, 597 y 645, inciso a, se extrae que la persona menor de 18 años que contrae matrimonio con autorización de sus representantes legales (ambos progenitores si tiene doble vínculo, sólo uno si el vínculo es único, o tutor para la franja etaria de entre 16 y 18 años) o con dispensa judicial (las personas que carecen de edad núbil) queda emancipada por matrimonio aun cuando el acto posteriormente se declare nulo, y no pueden ser adoptadas.

Como se adelantó, la nulidad a la que se refiere el texto legal es aquella relativa a la edad del adoptado que deberá ser menor de 18 años, pues con posterioridad a ello adquiere el ejercicio pleno de la capacidad. Nótese que la misma definición del instituto, contenida en el artículo 594, hace referencia a niños, niñas y adolescentes, que por aplicación del artículo 25, son los individuos que no alcanzaron esa edad.

Al determinar el artículo 597 que pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas, y sancionarse con nulidad sólo la infracción al requisito de la edad, la especificidad de los regímenes de las nulidades impediría hacer extensiva la sanción a los emancipados por matrimonio. Nos hallaríamos no obstante, frente a un supuesto de demanda inoponible por carencia de legitimación en los términos del Derecho vigente ya que la persona menor de 18 años que contrajo matrimonio y pretende ser adoptada carece de aptitud para serlo por efecto de la emancipación.

Ahora bien, la digresión deviene abstracta en términos prácticos, pues la legislación contempla como excepción a no llenar el recaudo legal de la minoría de edad o a la emancipación por matrimonio, aquellos supuestos en que se procure la adopción de integración o que pueda ser comprobada la posesión de estado de hijo adoptivo. En el supuesto, entonces, de los emancipados por matrimonio respecto de los cuales se pretenda su adopción, deberá tratarse del hijo del cónyuge o conviviente del adoptante o durante el proceso de adopción acreditará que, con antelación a la celebración

del matrimonio por el cual se emancipó, recibió del o los adoptantes el trato social y público de hijo.

El sistema diagramado resulta coherente teniendo en cuenta el fin del instituto y las realidades familiares, no vedando el inicio del procedimiento adoptivo de emancipados por matrimonio, pero sujeto a la alegación y prueba del estatus público de hijo durante la minoría de edad, antes de la emancipación matrimonial, o que se trate del descendiente del cónyuge de la persona adoptante.

III.4) Diferencia mínima de edad

La novedad que se introdujo consistió en disminuir la distancia que debía separar a adoptado y adoptante fijándose en 16 años, en vez de los 18 que estaba prevista. De ese modo, si bien se apela al criterio rígido de una edad determinada, se flexibiliza y acerca la discrepancia respecto de la adopción de integrantes, donde tal diferencia no es exigida (art. 599)

El acto adoptivo importa, básicamente, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los adultos que se postulan como padres o madres. Ese ejercicio de la libertad individual, que a cada uno corresponde y que debe ser salvaguardado de los avances del Estado, puede ser entendido como un conjunto de principios basados en derechos subjetivos morales que presuponen dos propiedades relevantes: la voluntariedad y la competencia. La voluntariedad importa que el sujeto actúe con intencionalidad, con conocimiento, libre de todo tipo de limitación o control interno o externo y que su expresión sea auténtica. La competencia se despliega en el ámbito del ejercicio de los derechos personalísimos, implica que una persona puede participar en las decisiones en la medida que es informado conforme las circunstancias y goza de posibilidad real de comprender el alcance y las consecuencias del acto de que se trate(11).

La relación entre la competencia para tomar decisiones trascendentales para el propio individuo, como la que se reconoce en

el artículo 26 para todo lo vinculado con el derecho a la salud, importa una madurez similar a la que puede implicar la crianza de un niño, niña y adolescente, o al menos, no puede advertirse una distinción razonable en lo que hace a capacidad para uno u otro cometido. Esa similitud demostraría una conexidad suficiente a la luz de la coherencia legislativa que se espera en temas como el que nos ocupa, por lo que la reducción de 1a edad que habrá de separar a las partes del binomio adoptivo aparece razonable. En otras palabras, si muchos adolescentes (personas entre 13 y 18 años, según reza el art. 25) pueden ejercer la responsabilidad parental cuando la misma es producto de la filiación biológica, la diferencia de edad ahora reducida mantiene un número fijo de años, pero se flexibiliza emparejándose con los otros tipos filiales.

Tratándose de la adopción dual (por un matrimonio o pareja con- viviente), ambas personas deben ser 16 años mayores que el sujeto a adoptar, bajo pena de nulidad de la adopción.

III.5) Las personas casadas y las personas en uniones convivenciales.

El sentido de la prohibición de adopción simultánea es distinto al que procuraban las leyes anteriores, en las que interesaba privilegiar las uniones matrimoniales como marco preferencial de filiación adoptiva. A partir de los avances jurisprudenciales por los cuales se permitió la adopción dual a parejas (heterosexuales) con convivencia estable(12), y posteriormente con la sanción de la ley 26.618 de matrimonio igualitario, se incidió sostenida y profundamente hacia un cambio de paradigma que ahora se plasma en el texto legal: el diseño del concepto de familia acorde a la idea social vigente en la hora. Diseño que implica correr del centro de la escena - sin por eso dejar de lado- a “la” familia nuclear tradicionalmente visualizada por el Derecho, compuesta por un hombre y una mujer, legítima y biológica, para permitir nuevas formas que también deben ser reguladas, pues conservan del modelo monódico la función primordial: el cuidado mutuo de sus integrantes(13).

Consecuencia de ello, es que también se produce un impacto en la adopción, instituto dirigido a las personas menores de edad, que protege su derecho a vivir en familia, y no que procura "dar familia" a las parejas que naturalmente no tienen hijos. Y en ese sentido actualmente es posible que los adoptantes sean una sola persona, un matrimonio (homo o heterosexual) o una pareja en unión convivencial (homo o heterosexual) tal como se regula en el Título III del Libro Segundo; por lo que la adopción simultánea que se veda es la de dos personas sin vínculo familiar entre sí, respecto del mismo adoptado.

III.6) El hecho ilícito antecedente

La gravedad de esta causal, en especial en el contexto histórico de nuestro país y la implicancia en el derecho de identidad de muchos niños apropiado bajo la figura de la adopción, sostuvieron la inclusión de este motivo en el texto anterior, y su mantenimiento en el presente.

Resulta interesante la referencia al trámite legislativo de esta limitación pues en el proyecto originario se establecía que el juez o tribunal podía, no obstante el hecho ilícito, valorar el interés superior del menor de edad y sostener la adopción. Sin embargo, merced al trabajo llevado a cabo en el Senado de la Nación, se logró hacer emigrar el principio constitucional del "*interés superior del niño*" a la parte general de la adopción, alejándolo del tratamiento de las nulidades donde primigeniamente había sido legislado, pues claramente en los supuestos contemplados en esta norma, se estaba ante insalvables ofensas al orden público, como lo es la comisión de delitos(14). No será entonces el interés superior del niño el que "indulte" una adopción nula, sino que la adopción sólo será otorgada si no tiene como antecedente un hecho ilícito, pues el legislador entiende que la obtenida merced a un delito conculca, desde el inicio, el interés superior del niño.

Debe señalarse que el hecho ilícito implicado puede revestir más de una expresión: comprende los ilícitos penales vinculados con la identidad (como el abandono supuesto, el aparente, la sustitución de estado, la sustracción, etc.) reglados en el compendio penal bajo la común denominación de Delitos contra el estado civil y específicamente como Supresión y suposición del estado civil y la identidad (15)

La prohibición se enlaza con el respeto de normas de raigambre constitucional tales como los artículos 9º y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto imponen a los Estados el deber de garantizar la vida familiar de los niños con sus padres y el consentimiento prestado con el debido asesoramiento, y prevenir el traslado ilícito, respectivamente. Tampoco debe perderse de vista en este tema el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya de 1980, aprobado por ley 23.857), la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México 1994), ratificada por ley 25.179 el 28 de febrero de 2000, y la CIDIP IV que rige por ley 25.358 del 15 de febrero de 2001 (norma que ratificó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo, de 1989), todos ellos -aun en los distintos ámbitos de competencia- son el resultado del consenso internacional para prevenir ilícitos civiles o penales que pueden impactar en las adopciones que se tramiten en la República.

No es necesario, entonces, el dictado de la sentencia en sede penal, bastando la comprobación de la situación ilícita en cualquiera de las formas que pueda adoptar.

En el estado actual del sistema de filiación adoptiva, es posible considerar dentro de la casuística, el caso en que se procure por la mujer o el hombre (supuesto de matrimonio igualitario) la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, previamente reconocido por el esposo o conviviente, sin contar con vínculo biológico. En ese supuesto, la acción promovida por la esposa, el esposo o la pareja

conviviente podrían estar basada en un hecho ilícito, el cual sería la sustitución d estado civil mediante un reconocimiento complaciente o acordado previamente con la progenitora, que posteriormente presta su consentimiento para la adopción de integración. Este supuesto, por tratarse de ilícito penal, puede ser invocado por el Ministerio público, o aún investigado de oficio, pues nada obsta a que, sospechada la comisión de la infracción, se procure conocer la verdad.

III.7) Adopción de ascendientes a descendientes y colaterales entre sí

Se mantiene la prohibición que figuraba en la normativa anterior -que, no obstante, dio lugar a un precedente con comentarios laudatorios (16)- ahora reforzada por las reformas introducidas al régimen de la tutela.

Las reglas constitucionales, en especial los artículos 7º, 8º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño, imponen otorgar primacía a los derechos de la persona menor de edad a preservar su identidad, a ser criado por su familia de origen. Desde esta óptica, la judicatura deberá siempre determinar si existen otras alternativas en el caso concreto que aseguren la crianza del niño y no impliquen su separación definitiva del grupo familiar. Siguiendo eso lineamiento, si el adoptable carece de progenitores, o ellos han sido privados de la responsabilidad parental, pero existen parientes en condiciones de ejercer la tutela, es ésa la figura legal que mejor resguarda el interés superior del sujeto vulnerable. Un sector de la doctrina había sostenido la conveniencia de derogar esta prohibición, pero otro se resistía porque la situación no presenta los caracteres que atañen a la necesidad de modificar el vínculo de parentesco que los une, en especial por considerar que se procura llenar el interés superior del niño dotándolo de la familia que no tiene, lo cual no sería el caso justamente por la existencia de vínculos previos (17)

El Código regula la tutela asimilándola a la responsabilidad parental en su titularidad y ejercicio, y en ambos casos los adultos

habrán de ejercerla conforme su principal deber: el cuidado, respeto y cumplimiento del cúmulo de derechos de los que son titulares las personas menores de edad (conf. arts. 104 y 105 y remisión al Título VII del Libro Segundo, Responsabilidad parental).

Dándose el supuesto de orfandad o privación de la responsabilidad parental, los abuelos o los hermanos, según sea el caso, accederán al cuidado de la persona menor de edad bajo la figura de la tutela y con idénticas responsabilidades que las de los progenitores, por expresa remisión del segundo párrafo del artículo 104.

No corresponde sustituir los vínculos existentes pues eso implicará una franca violación a las pautas convencionales internacionales; tampoco tendría sustento la pretensión de adopción desde el punto de vista del principio de realidad, que el Código recepta y abraza fervorosamente, de modo que la adopción de los descendientes o los colaterales no tiene asidero legal.

III.8) Situación de adoptabilidad (18)

Resulta una novedad introducida por el legislador, en función de la homogenización de las normas sustanciales y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061, y sus homólogas provinciales vinculadas con el sistema integral de protección de derechos de la infancia (19).

Entre las denominaciones posibles, no se optó por la de "*estado*" de adoptabilidad, preadoptabilidad, u otra similar, dado que el Código regula en este acápite el procedimiento que investiga si entre determinada persona y su familia biológica, se agotaron todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo conjunto de la vida familiar(20)

El estado se vincula con el lugar que cada uno ocupa dentro de la familia, respecto de los otros integrantes: "*es el conjunto de derechos*

subjetivos y deberes correlativos que corresponden a las personas en virtud de su emplazamiento familiar, los que, por estar a ellas atribuidos, procuran la tutela de su individualidad familiar (como personas) ante el orden jurídico" (21)

Toda legislación y proceso judicial respetuoso de los derechos humanos de las personas menores de edad, debe partir de la premisa de reconocer que el niño tiene derecho a crecer con su familia de origen y el Estado la obligación de asistir a la familia para que pueda cumplir su cometido (22). La denominación de "*estado de preadoptabilidad*" indicaría un prejuzgamiento inadmisibles, además que dificultaría aún más el desarraigo de las prácticas que se mantienen, pese a la inserción de los derechos humanos dentro de la legislación impidiendo la real consideración de las personas menores de edad como sujetos titulares de derechos con el plus de reconocimiento justificado en su condición de persona en especial estado de desarrollo.

La situación de adoptabilidad en definitiva, puede dar lugar a un estado de familia distinto al que se tiene, pero no necesariamente será de esa manera, de allí que es oportuna la denominación adoptada.

La nulidad absoluta se postula respecto de la resolución que se dicte, pero debe interpretarse que lo que se sanciona es la omisión de cumplimiento de todos los actos que importan el tránsito por esa etapa. Ello obedece a que es de interés público el derecho a vivir en una familia, preferentemente la biológica (nuclear o ampliada), el ejercicio del derecho de defensa de todos los involucrados, muy especialmente los padres que tienen cuestionado el ejercicio de su responsabilidad parental, el niño, niña o adolescente, y los organismos estatales, por lo que no satisfacer esos derechos importaría consentir vicios esenciales e insalvables. Lo importante es que el legislador optó por establecer que la nulidad es absoluta, si se vulneró el procedimiento que establecen los artículos 607 y siguientes, o se pretende admitir la guarda de hecho en violación a lo establecido en el artículo 611, sin perjuicio de las nulidades implícitas y genéricas que pueden plantearse.

III.9) Inscripción en el Registro de Adoptantes. Aprobación

También aparece consagrada la omisión de este presupuesto como causa de nulidad absoluta de la sentencia (o la adopción) dictada incumpléndolo. La razón de esta elección, contraria a algunas sentencias que precedieron a la reforma(23) se funda en la revalorización de una herramienta que, de funcionar correctamente, tiene a su cargo la compleja tarea de evaluar cualidades y calidades para ser adoptantes.

Una especialista en la materia se ha preguntado si todas las personas para adoptar deben estar inscritas, aseverando que la respuesta positiva e impone, aun en aquellos supuestos excepcionales que en razón del vínculo de parentesco se admite la guarda de hecho. Sostuvo la prestigiosa académica que el fundamento es que el Estado es el garante último de los derechos de las personas, y recae en los jueces la gran responsabilidad de elegir la mejor familia adoptiva para una persona menor de edad de una nómina que suele ser extensa. Esta tarea requiere de un trabajo interdisciplinario y la existencia del Registro tiene, entre otras finalidades, el poner a disposición de los jueces una herramienta para llevar adelante tan compleja tarea de la mejor manera posible y a fin de evitar conflicto de extrema gravedad como son los casos de "*devoluciones*"(24).

III.10) Consentimiento de la persona adoptada

Esta causal de nulidad es novedosa respecto de los antecedentes que precedieron a la legislación adoptiva y se introduce en consonancia con la postura que asumió el legislador en torno a la autonomía progresiva de la persona humana para el ejercicio de sus derechos.

Si bien el tema se explica en extenso en el comentario a los artículos 595, inciso f, y 617, inciso c, se debe destacar que la preceptiva que sanciona con nulidad la omisión del consentimiento

del adoptado es coherente con la economía de la reforma, en especial en lo que hace al principio de “democratización” de las relaciones familiares (25), y las disposiciones constitucionales (art.21, Convención sobre los Derechos del Niño). Visualizándose especialmente a partir de una mayor participación en el proceso adoptivo del principal interesado, a quien se coloca en el centro de la escena y se le brinda un total e irrestricto acceso a la justicia.

Establece el artículo 25 que son persona menores de edad las que no alcanzaron los dieciocho años, y en la norma siguiente dispone que para el ejercicio de sus derecho contará con sus representantes legales. Sin embargo, enseguida se aborda la cuestión vinculada con el ejercicio personal de los acto que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (tal el caso del consentidos de su propia adopción), debiendo contar con edad y grado de madurez suficiente. El artículo 26 aclara, además que todas las personas menores de 18 años tienen derecho a ser oída en los procesos judiciales, que le conciernen, distinguiéndolo del de participar en las decisiones vinculadas con su persona.

La nulidad de la sentencia obtenida en violación al deber de contar con el consentimiento de la persona mayor de diez años, se enlaza, además, con los principios generales del artículo 595, inciso f, que específicamente regula el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años (26)

Esa disposición contempla dos imperativos a respetar por la judicatura a la hora de asumir una decisión en materia adoptiva: en primer lugar, el derecho de la persona menor de edad -sin límite etario- a ser oída, y expresar su opinión, la que debe tomarse en cuenta conforme la edad y madurez, y en lo posible atender, salvo que la misma sea contraria a su mejor interés. Su omisión deriva en la nulidad relativa de la adopción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

Además, constituye un requisito esencial para el emplazamiento adoptivo el consentimiento expreso del niño mayor de diez años –independientemente del de los adoptantes–, pues se considera que a partir de dicha edad cuenta con madurez suficiente con relación al acto adoptivo (27).

De esta afirmación se desprenden, también, dos cuestiones: a) el límite etario es la pauta mínima, es decir, que puede suceder que un niño menor de esa edad, pero con madurez suficiente para tener por acreditada su competencia para decidir, exprese su consentimiento antes de esa edad, a su requerimiento y ejerciendo su carácter de parte; b) en términos procesales, la sentencia no podría dictarse sin cumplirse con el recaudo legal, pues resulta un requisito esencial que hace a la validez del acto jurídico que emplaza adoptivamente, conformando un presupuesto de la filiación adoptiva.

Suponiendo que no obstante la omisión de obtener el consentimiento, la sentencia sea dictada, su nulidad es absoluta, inconfirmable, imprescriptible, por lo que resulta aconsejable que en el cuerpo de la resolución que se dicte se consigne un apartado específico donde este tema sea analizado, tanto como lo son los restantes vinculados con la filiación adoptiva (requisitos formales, morales, económicos, etc.).

El texto señala que la falta de consentimiento del niño acarrea la nulidad "*a petición exclusiva del adoptado*", lo que debe interpretarse teniendo en consideración que para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación(28), y que cuando espontánea y libremente se expresa respecto de un tema de su inherencia personal, como ser o no miembro de una familia, es en exclusividad el o la protagonista de su historia.

En definitiva, debe requerirse a la persona mayor de 10 años el consentimiento para su propia adopción; si lo negase y la sentencia de igual modo hiciese lugar a la petición, devendría nula, pero sólo a

pedido del adoptado, cuya participación en ese caso será ineludiblemente con la asistencia del abogado del niño.

La persona menor de edad no deberá explicitar las razones de su negativa, en todo caso, corresponderá al juzgador justificar su proceder, y al niño, niña o adolescente le quedará la posibilidad de recurrir, planteando entonces la nulidad de la sentencia dictada en contraposición con la norma.

Debido a esto, con independencia de la edad, es de buena práctica la ponderación de la madurez del adoptado(29) y en aquellos casos donde aparezca nítidamente que se encuentra en condiciones de dar instrucciones a un letrado, proveer dicha cobertura legal o designarse un tutor ad litem o en su caso (30).

Podría darse el caso del menor de diez años que manifieste su negativa a ser adoptado; o el de esa edad o más que exprese su desacuerdo en la filiación adoptiva, supuestos en los cuales la ley los habilita expresamente a requerir la nulidad. Ante tal posibilidad, lo aconsejable es que se procure que a las puertas del proceso se brinde a ocasión para el ejercicio del derecho a ser oído, se indague acerca de la información con que cuenta el niño respecto de la pretensión de su adopción, y eventualmente se trabaje interdisciplinariamente la cuestión vinculada con el consentimiento como expresión de voluntad libre. De ese modo se previene la frustración de la adopción.

III.11) Juez competente. Normas de Derecho Internacional Privado

En lo que hace al tema de la nulidad de la adopción, el artículo 2635 remite a los jueces del lugar del otorgamiento del acto cuya nulidad se invoca, o los del domicilio del adoptado. La redacción originaria de la comisión redactora contemplaba el deber de colaboración de las autoridades locales respecto de los aspirantes a adopción domiciliados en el país, cuando hayan tramitado una

adopción en el extranjero, pero el Poder Ejecutivo modificó el texto, suprimiendo dicha referencia y manteniendo el resto(31). Es el derecho del domicilio del adoptado al momento del otorgamiento el que rige la validez de la adopción (ver comentario al art. 2636), de modo que un juez argentino no sería competente en el pedido de nulidad de adopción conferida en el extranjero, invocando para la invalidez las normas locales.

IV) Significado de la reforma

A fin de mantener la coherencia entre la norma en comentario y las modificaciones que se introdujeron en todo el régimen de la adopción, además de las causales ya previstas para la declaración de nulidad se incorpora: a) la falta de declaración de situación de adoptabilidad; b) la inscripción y aprobación del Registro de Adoptantes correspondiente, y c) la falta de consentimiento del pretense adoptado mayor de diez años, a petición exclusiva de éste.

Al establecer un procedimiento con regla propia para demarcar correctamente el rol de la familia de origen y de la pretense adoptante en todo el proceso que transcurre hasta la adopción de un niño, se otorga a la familia biológica un rol fundamental, respetándose de ese modo el derecho a preservar el vínculo. Sólo ante el consentimiento -prestado como proceso consciente y libre-, o el agotamiento de las medidas dispuestas respecto de la familia biológica (nuclear o ampliada), es procedente la declaración de situación de adoptabilidad. Al estar interesado el orden público, la sanción ante el incumplimiento de las formalidades establecidas no puede ser otra que la invalidez.

En particular, también se pone de resalto el enfoque que transversalmente atraviesa a la nueva legislación, y que consiste en la inclusión jurídica y legitimación personal de la persona menor de edad, en función de su condición de sujeto de derecho diferenciable de sus padres o representantes legales.

Este sistema se desarrolla a través de dos vías: a) el establecimiento de edades determinadas en el artículo 25, por debajo de la cual se es menor de edad (18 años), niño/a (0 a 12 años), haciendo nacer la categoría de adolescentes (13 a 18 años); b) la consideración de la autonomía progresiva de la persona menor de edad para ejercer sus derechos, que se puntualiza a lo largo de varias normas (arts. 24, 26, 64, 66, 109, inc. a, 112, 113, 404, 425, 596, 608, 678, 679, entre otras).

De este modo, cuando de menores de edad se trata, hallamos a lo largo de todo el articulado normas que indican que deberán considerarse su edad (pauta rígida) y su madurez (pauta más dúctil) en todo asunto que le compete, sin dejar de ponderar la competencia para tomar las propias decisiones en función del derecho comprometido y la realidad que lo circunda. En algunos supuestos como los analizados en esta ocasión, vinculados con el consentimiento respecto de actos personalísimos(32), el legislador optó por el establecimiento de “*mayorías de edad anticipadas*”, por ejemplo, respecto a los actos médicos (16 años, art. 26), o el consentimiento para la propia adopción (10 años, art. 617, inc. e).

El supuesto de la edad requerida para prestar consentimiento generar el vínculo adoptivo (10 años)(33) tiene como sustento el respeto por el derecho a la identidad, pues implica la consideración de esa persona con su particular historia vital. También se admite la sugerencia del Comité de los Derechos del Niño en cuanto a la efectiva participación del principal involucrado, el ejercicio de sus Derechos y la consideración que pueda hacer en forma razonable e independiente de los adultos, sobre todo dados los efectos del resultado del proceso en la vida del niño, niña o adolescente. La recomendación del organismo ha sido que la persona menor de edad sea escuchada directamente, pero sin desechar a que lo sea por representante, en cuyo caso lo será exclusivamente de los intereses del niño, niña o adolescente, debiendo ser legitimado para requerir la nulidad de la adopción en su nombre(34).

De este modo, se consagra en el campo de la niñez, el desarrollo de normas orientadas a plasmar una "ética de los vulnerables" que persigue la igualdad real de oportunidades, apareciendo el niño como categoría con derechos autónomos de los que detentan los adultos (35).

El interés público está puesto en los derechos del niño, niña o adolescente, y además de garantizar con su participación ejerciendo el derecho a ser oídos, se sanciona con nulidad absoluta la ausencia de consentimiento, en consonancia con lo que establece el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto dispone que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: "*a) ...que las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario*". Esta pauta coloca al adoptado en igualdad de condiciones que los adultos, puesto que también los padres biológicos pueden prestar su consentimiento informado con el objeto de prevenir que las situaciones de vulnerabilidad estructural que pudiesen afectarlos sean las motivadoras del desprendimiento de su función de crianza.

La nueva legislación introduce también las orientaciones y reglas para reforzar la consideración del Registro de Adoptantes como herramienta útil en el proceso adoptivo, necesaria para la selección adecuada de la familia, con la idea de reducir al mínimo las posibilidades de arrepentimiento de la inclusión de la persona menor de edad en el sistema familiar.

Al otorgarse posibilidad de adoptar a las personas con independencia del modelo familiar al que adhieran (monoparental, matrimonial, en unión convivencial), se plasman las soluciones jurisprudenciales que, acogiendo las directrices de derechos humanos, impusieron las normas convencionales por sobre las internas que resentían derechos fundamentales, especialmente las vinculadas con la garantía de igualdad y no discriminación.

Art. 635: *Nulidad relativa.* Adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:

- a) la edad mínima del adoptante;**
- b) vicios del consentimiento;**
- e) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.**

I) Resumen

El Código enumera los supuestos que traen aparejada la nulidad relativa de la adopción. Ello acontece si se transgreden las normas que disponen que el adoptante -o al menos uno de ellos si se trata de una pareja casada o en unión convivencial- deberá contar con 25 años de edad (art. 601); se acciona invocando vicios en el consentimiento (error, dolo o violencia) o se omite la citación de la persona menor de edad para ejercer el derecho a ser oído.

Es decir, sólo caerá la filiación adoptiva ante el requerimiento de un legitimado y la admisión por sentencia judicial, de la nulidad alegada.

II) Concordancias

Error como vicio de la voluntad: error de hecho (art. 265); error reconocible (art. 266); supuestos de error esencial (art. 267); error de cálculo (art. 268); subsistencia del acto (art. 269); error en la declaración (art. 269); dolo como vicio de la voluntad: acción y omisión dolosa (art. 271); dolo esencial (art. 272); dolo incidental (art. 273); sujetos (art. 274); responsabilidad por los daños causados (art. 275); violencia como vicio de la voluntad: fuerza e intimidación (art. 276); sujetos (art. 277); responsabilidad por los daños causados (art. 278); adopción, principios generales (art. 595, inc. f); pluralidad de adoptados (art. 598); restricciones (art. 601); declaración de la

situación de adaptabilidad: sujetos del procedimiento (art. 608); reglas del procedimiento (art. 609); juicio de adopción: reglas del procedimiento (art. 617); participación en el proceso de niños, niñas y adolescentes (art. 707).

III) Interpretación de la norma

III.1) Consideraciones generales

Los vicios que dan lugar a la nulidad relativa están destinados a desaparecer o pueden ser convalidados, de allí que sólo son viables a requerimiento de alguna de las partes afectadas.

Debe interponerse la correspondiente acción judicial, pues la nulidad de la adopción incide sobre un título de estado (en función de lo dispuesto por el art. 594, 2º párr.). Corresponde siempre al adoptado, con intervención del Ministerio Público si es menor de edad, al que padeció el vicio de consentimiento y a los terceros a los que la sentencia dictada pudiese afectar, como por ejemplo, los herederos. En los casos en que la acción corresponde únicamente a su titular (por ejemplo, sería el propio adoptado, cuando se omitió el ejercicio del derecho a ser oído), la nulidad caduca en el supuesto de fallecimiento del titular de la acción; igualmente en los de vicios del consentimiento ante el fallecimiento del que lo sufrió.

Se trata de circunstancias que son superables, como sería el caso de haberse alcanzado la edad o haberse satisfecho la obligación de rendir cuentas en la tutela, de modo que, también a requerimiento de parte, se produce la convalidación de la nulidad. Legitimados para solicitar la confirmación serán las personas que intervinieron como parte y se vieron afectadas por la declaración de nulidad (como los progenitores, adoptado, adoptantes, el tutor), pero no los funcionarios administrativos.

III.2) Edad mínima

La norma sanciona el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 601, que establece la edad mínima del adoptante unipersonal en 25 años, excepto que se trate de adopción conjunta, en cuyo caso al menos uno de los cónyuges o convivientes deberá contar con esa edad. El vicio que provoca la nulidad es la falta de la edad en el adoptante unipersonal, o en alguno de los integrantes de la pareja si la adopción es conjunta.

Se requiere tenerlos cumplidos a la fecha en que le fue otorgada la guarda, ya que el artículo 618 retrotrae los efectos de la sentencia de adopción a ese momento. Por imperio del principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional, cabe interpretar que la persona de 24 años puede promover la guarda preadoptiva, siempre y cuando se pueda prever que, al momento de que la adopción sea otorgada, contará con la edad legal exigida. Caso contrario, la adopción adolecerá de nulidad relativa y al mismo tiempo la sentencia otorgada en violación a la preceptiva podrá ser anulada.

Si se tratase del supuesto previsto en el artículo 603, y quien contase con la edad mínima fuese el cónyuge o conviviente y no quien pretende adoptar, se interpreta que carece del recaudo legal ya que el artículo 601 establece la excepción para el supuesto de adopción conjunta. Será, entonces, nula la adopción conferida al cónyuge o conviviente de quien carece de capacidad para el acto restringida por la sentencia judicial, si el adoptante unipersonal no tiene la edad mínima de 25 años, aunque su pareja —con capacidad restringida— la supere. Se aplica idéntico criterio para el supuesto de adoptante unipersonal separado de hecho.

A contrario sensu, para los supuestos contemplados en los artículos 604 y 605, no será nula la adopción requerida si uno de los miembros de la pareja matrimonial o conviviente cuenta con 25 años al momento de la guarda preadoptiva, con independencia de que la unión de los adultos haya cesado al momento de la adopción.

III.3) Vicios de la voluntad

Sin perjuicio de la remisión a los artículos pertinentes citados en las concordancias, y el reenvío a las pautas generales que se realiza en el artículo siguiente, respecto del error de hecho, el dolo y la violencia, su alegación como vicio deberá ajustarse para su tratamiento a las particularidades de este proceso.

El emplazamiento adoptivo es de corte netamente jurisdiccional, de modo que, a excepción de las medidas de protección de derechos de naturaleza administrativa que puedan servir de antecedentes, el sistema debería reducir al máximo la posibilidad de que se configuren los vicios de error, dolo o violencia. Especialmente si se considera que los principales involucrados deberán prestar su consentimiento informado ante la autoridad judicial, revistiendo calidad de parte —contando con patrocinio jurídico—, lo que reduce el riesgo de error (art. 265).

En el supuesto de la adopción, el error y el dolo se vinculan estrechamente con la naturaleza del acto, las circunstancias de la persona y el tiempo, todo lo cual se encuentra perfectamente pautado en la nueva redacción respecto de los padres biológicos, el niño, niña y adolescente y los pretendientes adoptantes. No obstante, podría darse el caso de que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 607, inciso b, alguno de los padres o ambos, hayan sido objeto de presiones o inducidos a creer, por ejemplo, que conferirían una guarda judicial. Aunque, como señaláramos, en ese caso necesariamente contarán con patrocinio letrado, por lo que la posibilidad práctica de ocurrencia del vicio se reduce sensiblemente.

Lo mismo es sostenible respecto de la violencia, aunque ha de brindarse particular importancia a las condiciones de vulnerabilidad estructural⁽³⁶⁾ de los progenitores en la etapa del proceso de declaración de la situación de adoptabilidad (arts. 607, 608, 609 y ss.)⁽³⁷⁾.

La adopción conferida adoleciendo de vicios de consentimiento de la persona adoptada, los padres biológicos o los adoptantes, será declarada nula a requerimiento de quien sufriera el error, el dolo o la violencia. Es extensiva a los tres tipos de adopción (simple, plena e integrativa).

Supongamos ahora que el vicio de la voluntad lo produjo la actividad de un tercero ajeno al adoptante o al adoptado (art. 274). ¿Quién podrá pedir la nulidad del acto jurídico familiar de adopción? Tratándose de una nulidad relativa (art. 635), según el sistema del código derogado, sólo lo podía hacer la persona en cuyo beneficio fue establecida la invalidez (arts. 1047 y 1048 del código derogado). El nuevo Código, en cambio, adopta una solución extremadamente novedosa, consagrando un remedio efectivo de tutela para aquellas partes del acto que, según el criterio tradicional del código anterior, no se hallaban legitimadas para la invocación de la invalidez no obstante que, por razón del vicio de la voluntad, experimentarían un perjuicio importante. En ese orden, establece el nuevo artículo 388 (ver t. II, p, 522) que excepcionalmente puede invocarla (la nulidad relativa) la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Indudablemente que el interés superior del niño y la base ética que gobierna la relación adoptiva justifican plenamente el requisito exigido.

III.4) Derecho a ser oído

Conforme con las pautas internacionales, el Código en toda ocasión respeta la calidad de sujeto de derechos de los niños, las niñas y adolescentes, no sólo en lo referente a su titularidad, sino también desde la promoción del ejercicio personal de sus derechos. El fundamento de tal decisión legislativa reposa, fundamentalmente, en lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la capacidad progresiva reconocida por el ordenamiento en función de las distintas etapas evolutivas del desarrollo humano(38) En ese sentido, la reforma se hizo eco de la postura que sostuvo que las diferentes etapas por las que atraviesa el

niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales, obligando al legislador al reiterado abandono de la rígida dicotomía entre "*capacidad/incapacidad*" propuesta por el código derogado"(39)

Dentro de ese campo, en lo que hace al tema en comentario, debe resaltarse que en procura de la consideración primordial del niño como sujeto, habrá de ponerse a su disposición el irrestricto derecho a ser oído, con independencia del reconocimiento en carácter de parte en el proceso de adopción, vinculado estrechamente a su participación efectiva, ya en el primer estadio del proceso.

El artículo 608 menciona entre los Sujetos del procedimiento: "*...a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada...*", y entre las reglas de procedimiento que se establecen, se consigna como obligatoria la entrevista personal del juez con los padres y con el niño/a o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita (art. 609). También para la selección de los pretensos adoptantes inscriptos en el Registro "*...El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez*" (art. 613 in fine).

En la instancia ulterior (proceso de adopción) también se admite como parte a el pretense adoptado que cuenta con edad y grado de madurez (art. 617, inc. a). Esa calidad de parte no impide que todo pretense adoptado deba ser oído personalmente por el juez, quien tendrá en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez (art. 617, inc. b).

Consecuencia del diseño legal, entonces, en el proceso de adopción habrá de distinguirse: a) la participación personal a través de su derecho a expresar opinión —a valorar en función de su edad y madurez—; b) el carácter de parte cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente, y c) la exigencia de su consentimiento expreso cuando es mayor de diez años.

Mizrahi señaló que el deber de escuchar al niño es tan esencial en la protección de sus derechos que *"la ley ritual debería fulminar con la nulidad toda actuación jurisdiccional que afecte- a un niño y en la cual éste no haya tenido la debida participación"*(40). Ya a partir de la ley 26.061 se había eliminado cualquier discrecionalidad judicial o administrativa respecto de la conveniencia de oír al niño, pues ello hace a una modalidad de acceso a la justicia a la que tiene derecho por su condición de sujeto, tal como se previó tratándose de personas vulnerables, entre las que corresponde incluir a niños y adolescentes, en las 100 Reglas de Brasilia (41)

La causal de nulidad se configura a partir de la omisión de la puesta a disposición del ejercicio por parte del sentenciante, y no como consecuencia de la negativa del niño, niña o adolescente de expresar su opinión. También podrá acaecer cuando se omite generar las condiciones adecuadas para que la persona exprese su opinión, pues es deber del Estado asegurar que existan mecanismos para recabar su opinión y tenerla debidamente en consideración por quien habrá de decidir acerca de sus derechos, partiendo del presupuesto de que tiene capacidad para formarse su propio juicio, y no a la inversa. Es ineludible para el cometido brindar a la persona menor de edad la información pertinente (que no equivale a exhaustiva) que le permita formar su juicio autónomo.

El Comité de los Derechos del Niño hizo hincapié en que el artículo 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho a expresar la opinión, y desaconsejó a los Estados Parte que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan (42).

El texto en comentario se alinea tras esas premisas, de modo tal que en ningún supuesto habrá de omitirse la puesta a disposición del ejercicio del derecho a ser oído, y será nula la sentencia que se dicte sin que se produzca esa escucha. Esta regla se independiza de la decisión judicial, en tanto el juzgador puede apartarse de la opinión

del niño, pero al hacerlo, y también bajo pena de nulidad, deberá justificarse razonadamente ese corrimiento (43).

Esta disposición exige el reconocimiento de formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal, el dibujo, las expresiones artísticas, con las cuales el ser humano puede demostrar la comprensión, preferencia y elección respecto de su filiación. Igualmente la consideración especial de la madurez, término ligado no necesariamente a la edad, sino más bien a condiciones de información, experiencia, entorno, factores sociales, expectativas, culturales, apoyos, etcétera, lo que implica el análisis particular de cada caso.

Esta norma se aplica también en el supuesto del artículo 598, cuando existen otros hijos biológicos o adoptivos. Es decir: es posible decretar la nulidad a solicitud de parte cuando se omite la consideración de la opinión de los otros niños interesados, debido a que por esa misma norma, se crea a su respecto un vínculo filial y su opinión ha de ser tenida en cuenta.

IV) Significado de la reforma

El Código regula en un articulado autónomo los supuestos de nulidad relativa de la adopción. Así, se separan las hipótesis de nulidad absoluta y relativa en dos articulados diferentes. Incorpora, en lo que hace a la segunda, un nuevo supuesto: el relativo a la sanción de invalidez ante la falta de escucha del adoptado.

Se modifica, para adecuarla a las pautas generales, la nulidad en función de la nueva edad mínima para ser adoptante. En ese sentido, si bien se reduce de 30 a 25 años para la adopción unipersonal, en el supuesto de la dual se requiere que al menos uno de los integrantes de la pareja cuente con ella, y se elimina la vinculación que la normativa anterior establecía entre la edad y la imposibilidad de procrear de los miembros de la pareja matrimonial.

Esta modificación respeta el derecho a la intimidad de la pareja, pero además se alinea con la inclusión del matrimonio igualitario a la legislación argentina, y la imposibilidad estructural de procreación biológica de ese tipo de familias deja de ser una pauta de análisis. ¿Cuál es el sentido? Nada menos que la consideración del instituto como una respuesta al derecho a la vida familiar para los niños privados de un entorno adecuado, con independencia de la inclinación sexual de los adultos.

Algunos de los lineamientos generales del Código relacionados con el ejercicio de los derechos por parte de los grupos vulnerables (ver art. 707), entre los que específicamente y en cada instituto se regularon los de los niños, niñas y adolescentes, se plasman en este apartado, al proponerse la nulidad de la adopción por violación al derecho a ser oído.

Este enfoque importa dejar en claro que resulta un derecho para el niño y un deber para el interlocutor, cualquiera sea su edad, el ejercicio del derecho a ser oído. En un siguiente nivel de progresividad de ejercicio de autonomía se encuentra la participación activa del menor de edad en el proceso o el derecho a revestir la calidad de parte —con las consecuencias procesales que ello implica—, que resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, evaluados con prudencia por quien deba resolver la contienda en la que se encuentre involucrado el niño(44).

Cuando se sanciona la omisión de facilitar el ejercicio del derecho a ser oído, el Código se coloca en el primer nivel, desde que el segundo resulta una consecuencia lógica de haber dado cumplimiento con la primera obligación legal, sumado a la circunstancia de que el niño cuente con la madurez suficiente para asumir su calidad de parte.

Ambas facetas se distinguen, finalmente, del consentimiento para la adopción, figura de la que especialmente nos ocupamos en el artículo anterior, dado la nulidad absoluta que importa su omisión.

Art. 636 Normas supletorias. En lo no reglado por este Capítulo, las nulidades se rigen por lo previsto en el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero.

I) Resumen

La nulidad de la adopción reconoce un régimen específico, pero no por ello cenado a la posibilidad de aplicación del régimen general. Por eso se afirma que la nulidad de la adopción reconoce un doble sistema: las reglas generales de la nulidad para los actos jurídicos que se establecen en los artículos 382 a 400, y las específicas de la adopción contenidas en esta sección.

II) Concordancias

Ineficacia de los actos jurídicos: categorías (art. 382); nulidad absoluta y relativa: criterio de distinción (art. 386); nulidad absoluta, consecuencias (art. 387); nulidad relativa, consecuencias (art. 388); nulidad total y parcial: principio, integración (art. 389); confirmación: requisitos (art. 393); forma (art. 394); efecto retroactivo (art. 395); adopción: nulidades absolutas (art. 634); nulidad relativa (art. 635).

III) Interpretación de la norma

III.1) Clasificaciones de las nulidades

La norma no prescinde de las nulidades generales, y de ese modo, por expresa disposición legal, en la adopción pueden surgir causales de ineficacia distintas de las absolutas y relativas plasmadas en los artículos anteriores.

Esta modalidad de remisión a las reglas generales fue mantenida en la ley 24.779, que incorporó por vez primera el régimen de la adopción al Código Civil. Antes de ello la filiación adoptiva permaneció regulada por leyes especiales, que remitían en este tema al sistema general de nulidades del Derecho Civil.

La nulidad de un acto jurídico es la sanción de invalidez prescripta por la ley que lo priva de sus efectos, y prospera cuando se presenta un vicio que consiste en la falta de algún requisito que debía estar presente (45).

La protección de la ley frente al interés comprometido, que puede ser de orden público o de carácter particular, consiste en la ineficacia del acto, la que se establece en el sistema como nulidad absoluta o de nulidad relativa (art. 386), al mismo tiempo que se admite la clasificación de los actos en total o parcialmente nulos (art. 389). Se dispuso la eliminación de la clasificación de actos nulos y anulables y, por tratarse de una defensa de fondo, sólo será invocable al contestar la demanda; no se resolverá como de previo y especial pronunciamiento sino en la sentencia, luego de producida la prueba ofrecida.

La clasificación en total o parcialmente nulo de los actos jurídicos no podría ser aplicada a la sentencia de adopción, pues es imposible establecer un estado "parcial" de filiación adoptiva, pero sí es procedente para los actos jurídicos previos a la sentencia, o respecto de algún efecto. Por ejemplo: sería nula la sentencia de adopción del hijo del cónyuge que decretara que la misma tiene efectos a partir de las nupcias, pero sólo respecto de ese efecto, puesto que el artículo 618 establece que emplazará adoptivamente a partir de la promoción de la acción, y ese error no puede incidir en lo fundamental: el nuevo estado que nace con la sentencia.

Resumiendo, las adopciones podrán ser nulas de nulidad absoluta o relativa, y cabe la posibilidad de ocurrencia de nulidades durante el proceso, sometidas a las reglas generales(46). Será nula e inconfirmable la adopción del pupilo por su tutor si no se aprobaron las cuentas de la tutela, o la conferida a un abuelo, respecto de su nieto; nula, pero confirmable, aquella en la que el adoptante tuviese disminuida su capacidad civil o que se dictase antes de fenecer el plazo del artículo 613; es totalmente nula la adopción que se dicte sin

obtener el consentimiento del adoptado mayor de diez años, y nula pero confirmable la que se dicta sin dar participación al Ministerio Público una vez decretado el estado de adoptabilidad, o la que omite requerir a los adoptantes el compromiso de hacer conocer la realidad biológica.

Las adopciones pueden, entonces, estar afectadas por vicios que provoquen su nulidad, y al mismo tiempo la sentencia dictada en contravención de las normas podría resultar un acto jurídico nulo. También cabe el supuesto en que el procedimiento contenga actos ineficaces, en cuyo caso la nulidad será subsanable y no podrá expandirse a todos los actos, como sería el caso de adopción sin citación a ser oídos de los hijos adoptivos o biológicos del adoptante (art. 598).

Con esta disposición queda comprendido todo vicio que se produzca durante el procedimiento que culmina con la declaración de estado de adoptabilidad, como ya lo sugiriera D'Antonio para la guarda preadoptiva (47), pero ahora por así disponerlo expresamente el nuevo Código (art. 634, inc. g).

III.2) Efectos de la sentencia

La acción de nulidad que prospera concluye con una sentencia declarativa, que desplaza del estado de familia logrado con la adopción, privándola entonces de los efectos nacidos a partir del emplazamiento. En el supuesto de adopción plena, el adoptado queda en situación de adoptabilidad o vigente su vínculo biológico, en el supuesto en que la nulidad afecte al procedimiento previo a la declaración. En el supuesto de la adopción simple, renace su filiación biológica en plenitud, al igual que en la adopción de integración.

IV) Significado de la reforma

Subsiste, expresamente, la aplicación supletoria del sistema de nulidades de la parte general, admitiéndose entonces otras nulidades distintas de las normadas como absolutas y relativas para el instituto.

Las variables siguen, en ese sentido, las acaecidas en lo pertinente respecto de los vicios del consentimiento y lo específicamente tratado respecto del instituto de la adopción.

Art. 637 Inscripción. La adopción, su revocación, conversión y nulidad, deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

I) Resumen

La sentencia que resuelve otorgar la adopción, la que dispone la revocación de la adopción simple o la revocación de la adopción plena, la conversión de la adopción simple en plena, o la que resuelve la nulidad, emplazan o desplazan en el estado de familia, y de allí la importancia de su registración. Con ella se garantiza la universalidad de tratamiento del derecho a la filiación adoptiva en igualdad de condiciones que las otras fuentes filiatorias.

II) Concordancias

Fuentes de la filiación, igualdad de efectos (art. 558); certificado de nacimiento (art. 559); adopción: concepto (art. 594); conversión (art. 622); revocación (arts. 629 y 633). Ley 26.413 (arts. 1º, 2º, 15, 47 y conchs.).

III) Interpretación de la norma

La adopción emplaza en-estado filial a partir de la sentencia que se dicta, y para producir efectos jurídicos requiere de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que a partir de recibir la comunicación correspondiente deberá expedir los certificados de nacimiento sin que en los mismos se mencione el origen del emplazamiento.

El artículo 1° de la ley 26.413 dispone que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el 25 remite al del asiento de origen, mientras que el artículo 47 se refiere específicamente a las adopciones simples, sus anulaciones y revocaciones, disponiendo que se inscribirán por nota de referencia con relación a inscripciones de nacimiento, transcribiéndose la parte dispositiva de la sentencia, lugar, fecha, juzgado interviniente y carátula del expediente. Finalmente, el artículo 50 establece los recaudos que deberá contener el testimonio de la sentencia para proceder a la inscripción en el Registro.

IV) Significado de la reforma

Esta norma permanece inalterada, a excepción de que se agrega la obligatoriedad de inscripción de la conversión (art. 622) y que también se extienden los casos de revocación a la adopción plena cuando involucra a una adopción de integración. En el caso de la conversión, como es una figura nueva, la previsión de su correspondiente inscripción es coherente con esta novedad y los efectos que se derivan de ella.

Referencias Bibliográficas

- (1) GALERA, Elsa, La guarda con fines de adopción y la declaración o comprobación del abandono en la adopción. El proceso de adopción: de la ley a la práctica. La experiencia en la Provincia de Mendoza, en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, Causa justa, t. 2, Fundación Derechos, Mendoza, 2003, ps. 16 y ss., sostiene que *"Cuando la Declaración de los Derechos del Niño en su Principio Sexto establece que 'el niño siempre que sea posible debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad moral y ambiental...' creemos que nos está señalando en realidad dos principios: Primer Principio: todo niño tiene derecho a ser criado por sus padres siempre que sea posible. Segundo Principio: y en todos los casos -es decir cuando es criado por sus padres biológicos o no- la sociedad les debe procurar un ambiente de afecto y seguridad".* Y agrega: *"Durante el proceso de inéditas tutelares respecto de niños víctimas o en riesgo de serlo, por parte de su propia familia, toda la garantías y esfuerzos del Estado deben estar dirigidos hacia la familia de origen a fin de que recupere la función parental a la que está signada por naturaleza. Concluida esta etapa, firme la sentencia que declare el estado de adaptabilidad, corresponde trocar idénticas garantías y esfuerzo hacia la nueva familia en la que se habrá de emplazar al niño en busca de sus nuevos lazos que respeten su desarrollo".*
- (2) LORENZETTI, Ricardo L., Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en L. L. del 23-4-2012.
- (3) LORENZETTI, Ricardo L., Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación, en L. L. Supl. Especial del 6-10-2014, p. 1, AR/DOC/356112014.
- (4) Cobra especial relevancia la jurisprudencia emanada de la CorteIDH contra nuestro país en el fallo *"Fomerón e Hija vs. Argentina"* (fondo, reparaciones y costas) del 27-4-2012, Serie C N° 242, que mereció análisis de autores como BARREIROS, Lucas E. Y UMAN, Nadia, Algunos apuntes sobre la adopción desde la perspectiva del Derecho Internacional de los derechos humanos, en RDF 58-17; OLIVA, Graciela A., Análisis del fallo *"F. L. CIDH"*. Un caso único y puntual, en elDial DC1B6B; JUNYENT DE DUTARI, Patricia, Derechos humanos y familia. Una respuesta a las adopciones

irregulares por la CIDH, en L. L. 2013-A-161; IBARLUCÍA, Emilio A., Guarda de niños confines de adopción. Lecciones del fallo "Fomerón" de la CIDH, en L. L. del 5-6-2014, entre muchos otros.

(5) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís, Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1982, p. 672, citados por KANESFCK, Mariana Y MEDINA, Graciela, en L. L. C. 2000-1301, comentando un fallo de la Cámara de Familia de la 1ª Nominación de Córdoba, del 9-12-99, "M. J. L. y J.", sostuvieron que *"La adopción es el acto jurídico de Derecho de Familia en cuya virtud se establece entre adoptante y adoptado, una relación jurídica semejante a la paterno-filial"*.

(6) Art. 259 del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

(7) CARINEIRO, José J., Régimen de las nulidades en la reforma del Código Civil, en Revista del Notariado, 702, del 1-1-68, p. 1406.

(8) En el mensaje de elevación, la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, designada por el decreto presidencial 191/2011 para elaborar el *"Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación"*, respecto de este tema señaló que *"solamente se regula la nulidad absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés predominantemente protegido, según sea general, dado por el orden público, la moral o las buenas costumbres, o particular, es decir en protección del interés de ciertas personas"*.

(9) CSJN, 26-9-2012, M.73.XLVII, Recurso de hecho, "M. D. S., R. y otra s/Ordinario s/Nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos".

(10) Dictamen de la Procuración General, en el fallo citado precedentemente, que además señala: *"...los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de éste se ven o se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño [arts. 4° y 42 y parág. 6 del art. 44], 2003, HRI/GEN/I/Rev. 7, parág. 12, p. 365). Aquella regla no atiende exclusivamente a los beneficios en el plano económico, social o moral, sino que impone ponderar las implicancias que la sentencia pueda tener sobre la personalidad en desarrollo..."*

(11) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Dignidad y autonomía progresiva de los niños, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2010-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 123. y ss.

(12) GIL DOMÍNGUES, Andrés; FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Buenos Aires, 2010, del cual se sugiere la lectura del Capítulo V, Adopción, guarda preadoptiva y otras formas de convivencia familiar, donde se citan fallos que admitieron la adopción conjunta de convivientes y también HERRERA, Marisa, La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del Derecho de Familia contemporáneo, en Derecho de Familia N° 66, número aniversario, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 75 y ss.

(13) CÁRDENAS, Eduardo J., La familia en el Proyecto de Código Civil, en L.L. del 15-8-2012 sostiene que el nuevo esquema es producto no tanto de la pérdida de prestigio social del matrimonio por reducción de sus virtudes morales, sino que la familia basada en él no es necesaria como organización social, entendida como única forma de proveimiento de “bien común” para sus componentes. Añade que la reforma concreta este aspecto en su punto justo, cercano a la desaparición del matrimonio, y eso genera lógicas reacciones.

(14) Para ampliar, se sugiere la lectura de Antecedentes parlamentarios, en L.L. 1997-A-901/908 y ss.

(15) Art. 138: Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro (artículo sustituido por art. 5° de la ley 24.410, B. O. del 2-1-95). Art. 139: se impondrá prisión de 2 a 6 años: 1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan. 2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare (artículo sustituido por art. 6° de la ley 24.410, B.O. del 2-1-95). Art. 139 bis: Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad. Incurrirán en las penas

establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo (artículo incorporado por art. 7º de la 1ey 24.410, B.O. del 2-1-95).

(16) CCom. de Santa Fe, sala III, 21-12-95, "*T, J. A. y otra*", L. L. 1997-F-145. Mereció comentario favorable del constitucionalista BIDART CAMPOS, Germán, La "ley" no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción), en L. L. 1997-F-145. Puede verse también FERRER, F., Derogación tácita de la prohibición de adoptar a los nietos, en J. A. 1996-1-36.

(17) LLOVERAS, Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779 p. 135.

(18) HERRERA, Marisa, en El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: Más sobre la trilogía: Blanc cit., señala que desde el punto de vista de la praxis judicial, la declaración en situación (o algunos dicen, estado) de adoptabilidad constituye una figura silenciada en la legislación actual pero es sabido que a pesar de ello está presente en la práctica.

(19) Así, Mendoza (1995, Ley 6354 de Protección Integral del Niño y del Adolescente), Chubut (1997, ley III N° 21, antes 4347 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia), Chaco (1997, ley 4369 sanciona el Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia), Río Negro (Ley 3097 de Protección y Promoción de los Derechos del Niño y del Adolescente), Buenos Aires (1998, Ley 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), Neuquén (1999, Ley 2302 de Protección Integral del Niño y del Adolescente), Salta (también 1999, Ley 7039 de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Adolescente), Tierra del Fuego (año 2000, Ley 521 de Protección Integral y Promoción de los Derechos del Niño y del Adolescente), Misiones (2001, Ley 3820 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), Jujuy (2001, Ley 5288 de Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia), San Juan (2002, Ley 7338 de Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescentes de San Juan), La Rioja (2003, Ley de Protección Integral del Niño/a y Adolescente, posteriormente vetada aunque adhirió a la ley 26.061), Buenos Aires

(2005, Ley 13.298 de Protección y Promoción Integral de los Derechos de los Niños de la Provincia), Chaco (2006, ley 5681, adhirió a la ley nacional 26.061), Córdoba (año 2007, ley 9396), Corrientes (2007, ley 5773, siguió con su adhesión a la ley nacional). Tucumán vetó en dos ocasiones su Ley provincial de Protección Integral para Niños, Niñas y Adolescentes.

(20) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción, en L. L. Supl. Const. 2011 (noviembre), p. 20; L. L. 2011-F-225 sostienen: *"La temática se conecta a numerosas cuestiones, entre otras: la pertinencia o no de la adopción; el rol de la familia biológica; las políticas públicas de fortalecimiento familiar; el derecho del niño a vivir en una familia que lo contenga, proteja y cuide; la intervención del Estado a través del poder administrador y del judicial; la necesidad de poner fin a una situación de 'indefinición' y 'provisoriedad' que la mayoría de las veces se mantiene en el tiempo, perjudicando al niño, principal sujeto de protección por manda constitucional-internacional"*.

(21) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, t. 1, p. 72.

(22) La Convención Derechos del Niño establece en su art. 8º que *"Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"*; en el artículo 9º que *"Los Estados Partes velarán por que los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria por el interés superior del niño..."* En sintonía, dispone 'el artículo 7º que los niños tienen no sólo el derecho de conocer a su padres sino también a ser criados por ellos.

(23) La jurisprudencia había admitido la selección de los adoptantes por la progenitora, entre otros, con este argumento: *"a los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra*

fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias". CSJN, 16-9-2008, "G., M. G.", L. L. 2008-F-59, y también con nota de Silvia E. Fernández, AR/JUR/ 7453/2008, o CApel. de Santiago del Estero, 9-3-2010, "B., S. B. y otro", L. L. NOA 2010-669, AR/JUR/27353/2010. En igual sentido CApel. de Santiago del Estero, 19- 2-2010, "C., N. J. y B., C. H. s/Guarda con fines de adopción de la menor A., L. A.", L. L. Online, AR/JUR/18623/2010.

(24) HERRERA, El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: Más sobre la trilogía: Blanc cit.

(25) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, V)

Libro Segundo: Relaciones de familia, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 480.

(26) La doctrina del consentimiento informado ingresa en el campo del Derecho gracias al avance de la bioética, que nace para contrarrestar los efectos del "paternalismo" médico, y sin lugar a dudas, puede ser de absoluta aplicación en lo que atañe a la infancia y sus derechos (HERRERA, Marisa, La voz del niño en su proceso de adopción, en Supl. J. A. del 12-12-2007, J. A. 2007-IV-1095).

(27) HERRERA, en La voz del niño en su proceso de adopción cit., y sus citas. El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por una persona, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención que se le propone, y respecto de la cual emite una declaración voluntad de manera consiente, con conocimiento de las consecuencia que derivan su expresión, y en el marco de la mayor libertad posible.

(28) Observación General N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/12, 51° período de sesiones, ap. 16, análisis jurídico.

(29) Además de una garantía de observación por parte de los Estados que han firmado la Convención sobre los Derechos del Niño, que respetarán obligadamente la participación del niño, niña o adolescente en el proceso.

(30) Para profundizar sobre esta figura recomendamos compulsar entre otros, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, Una

sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina, en KIELMANOVICH, Jorge y BENAVIDES, Diego (comps.), Derecho Procesal de Familia, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008, ps. 179 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho constitucional del menor a ser oído, en Revista de Derecho Privado Y Comunitario, N° 7, Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 157 y ss.; PINTO, Gimol, La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y Mexico, en Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 3, Buenos Aires, 2001, ps. 127 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Del Puerto-Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, p. 82, y Los derechos del niño y la ley 26.061, en L. L. 2006-A-858; MORENO, Gustavo D., La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 35, LexisNexis, Buenos Aires, 2007; PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia, en Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 4, Buenos Aires, 2002, ps. 203 y ss.; KIELMANOVICH, Jorge, Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), en L. L. 2005-F-987, y GOZAÍNI, Osvaldo A., La representación procesal de los menores, en L. L. 2009-B-709.

(31) Art. 2635: Jurisdicción. En caso de niños con domicilio en la República, los únicos competentes para la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción son los jueces argentinos. Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado [Las autoridades administrativas o

jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero].

(32) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho del niño a su propio cuerpo, en BERGEL, Salvador Darío y MINYERSKY, Nelly (comp.) Bioética y Derecho, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 114, nos enseña que la autodeterminación se encuentra intrínsecamente vinculada a la noción de consentimiento informado, que requiere respeto por el derecho de toda persona a recibir la información necesaria para decidir autónomamente las cuestiones que la afectan. El principio requiere información, comprensión, libertad y competencia para la toma de decisión, y por eso implica la suficiencia de comprensión para asimilar la información brindada.

(33) FAMÁ y HERRERA, Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia... cit., señalan que: *"Algunos autores han delineado parámetros etéreos para delimitar el derecho del niño a ser oído. Por ejemplo, para Franoise Dolto 'a partir de los 8 años todo niño debería poder comunicarse con el juez tantas veces como quisiera' (ver Dolto, Françoise, Cuando los padres se separan, Paidós, Barcelona, 1989, p. 121). Según Matilde Risolía, la obligación comienza desde los 14 años de edad, momento a partir del cual la ley -mediante una presunción juris et de jure- atribuye al niño pleno discernimiento (conf. art. 921, Cód. Civ.). Sin perjuicio de ello, la autora sostiene que -aún antes de arribarse a tal edad- a medida que el niño crece y adquiere el pensamiento abstracto, su grado de discernimiento permite -dentro de lo posible- su participación gradual con la ayuda de profesionales capacitados para interpretar adecuadamente lo que el niño expresa (ver Risolía de Alcaro, María Matilde, La opinión del niño y la defensa de sus derechos, en Los derechos del niño en la familia ... cit., ps. 263 y ss.). Por su parte, María Victoria Pellegrini, con referencia a los anteriores arts. 1076 y 1114 del Código Civil -en cuanto establecían la responsabilidad por daños y perjuicios de los niños a partir de los 10 años-, afirmó que por lo menos desde tal edad deberían ser escuchados en los procesos que los afectan. Sin perjuicio de ello, la autora sostuvo que deberá apreciarse en cada caso en concreto si se cumple con el requisito básico de que el*

niño 'esté en condiciones de formarse un juicio propio' (ver Pellegrini, María Victoria, *Derecho constitucional del menor a ser oído*, en L. L. 1998-B-1336)".

(34) OC N° 12 (2009), 35, análisis del párrafo 2° del artículo 12.

(35) LORENZETTI, Aspectos valorativos... cit.

(36) KEMELMAJER DE CARLUCCI y HERRERA, Familia de origen vs. Familia adoptiva: difíciles disyuntivas que involucra la adopción cit., p. 20, sostuvieron: "*En países como el nuestro, donde la pobreza se ha transformado en un fenómeno estructural en importantes capas de nuestra sociedad, no hay que olvidar que la falta de recursos económicos viene acompañada de carencias educacionales, que también hacen a la posibilidad o no de asumir el rol de padre o madre de manera idónea y, por consiguiente, a la necesidad de un acompañamiento de parte del Estado para efectivizar este derecho*".

(37) En tal sentido, no puede desentenderse el intérprete, del párrafo 76 de la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica del Niño que expresa: "*La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención...*"; agregando en el párrafo 77: "*El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal*". De este modo, será sujeta a comprobación judicial la invocación de vicio en el consentimiento que pudieron haber prestado los progenitores, condicionados económicamente por circunstancias apremiantes, si fue ésa la única razón que los indujo al desprendimiento.

(38) El tema se desarrolla en GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y BERRERA, *Derecho Constitucional de Familia* cit., t. I, ps. 520 y ss.

(39) FAMA y BERRERA, *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en Argentina* cit., cuya lectura recomendamos por el cúmulo de antecedentes internacionales consignados en el texto.

(40) MIZRAHI, Mauricio L., *El niño: educación para una autonomía responsable*, en L. L. 1993-E-1269.

(41). Conf. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, elaboradas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Regla 2. Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Y también Sección 2º, Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad [...] Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

(42) OC N° 12 (2009), análisis literal del artículo 12.i.

(43) PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes, Informe presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, Los derechos humanos en la familia. Hacia una armonización de las legislaciones en el Mercosur, 24 y 25-8-2006. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires sostuvo: [la opinión del niño] *"debe ser tomada en cuenta, considerada, e integrar ineludiblemente la motivación de la decisión, sin perjuicio de que puede o no seguirse. Debe acreditarse del punto de vista argumental y de la prueba rendida en la causa, que la opinión o posición del niño resulta dañosa para sus derechos. La sentencia no motivada en este sentido deviene un acto de autoridad del mundo adulto. La evolución de las facultades a partir del crecimiento y la posibilidad o aptitud de formarse un juicio propio, constituye el criterio de ponderación a la hora de decisión"*.

(44) La Opinión Consultiva N° 17 (2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la Condición Jurídica del Niño, párrafo 102 indica: *"el aplicador del Derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su*

interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso".

(45) LLOVERAS, Nora, con cita de LLOVERAS DE RESK, M. E., en Nuevo régimen de adopción: ley 24.779, Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 314 y ss., debe ser tenida en cuenta, considerada, e integrar ineludiblemente la motivación de la decisión, sin perjuicio de que puede o no seguirse. Debe acreditarse del punto de vista argumental y de la prueba rendida en la causa, que la opinión o posición del niño resulta dañosa para sus derechos. La sentencia no motivada en este sentido deviene un acto de autoridad del mundo adulto. La evolución de las facultades a partir del crecimiento y la posibilidad o aptitud de formarse un juicio propio, constituye el criterio de ponderación a la hora de decisión.

(46) Conforme los fundamentos de elevación del Proyecto, *"El acto es nulo si el vicio es patente, ostensible o manifiesto y anulable si es larvado u oculto y requiere una investigación de hecho; b) apuntando más a la consistencia que a la visibilidad; en el nulo la falla es rígida, determinada, invariable e idéntica en los casos de la misma especie y anulable si se presenta fluido, indefinido, susceptible de grados, variable en los actos de la misma especie, siendo por lo tanto, intrínsecamente dependiente de la investigación judicial; e) desde el criterio de la visibilidad, se sostiene que ella no es la que se presenta ab initio, sino que se evidencia al juez al momento de dictar sentencia, sea de la lectura del instrumento o de éste y de una prueba extrínseca a él; d) lo manifiesto del acto nulo no alude a la ostensibilidad visual del vicio' sino a la posibilidad de susurrarlo en una hipótesis normativa sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para determinarlo; c) el acto es nulo cuando el vicio se halla manifiesto, patente en el acto mismo, siendo el papel del juez el de limitarse a constatar la existencia de una invalidez declarada de puro derecho en la ley, es preciso, rígido e insusceptible de estimación y apreciación por el juez; en el anulable, en cambio, es necesaria una labor de investigación que depende de circunstancias de hecho siendo la falla flexible variable y de valoración judicial (este enfoque parece englobar en la caracterización tanto la 'visibilidad' del vicio como su 'rigidez')".*

(47) D'ANTONIO, Régimen legal de la adopción. Ley 24.779 cit., p. 127

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Art. 712 a 715

por Mariela González de Vicel

Publicado en: Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado*. (T. IV, arts. 594-723). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
[Consultado 20/09/2021]

TÍTULO VIII

Procesos de familia

CAPÍTULO 2

Acciones de estado de familia

Art. 712 Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad. Las acciones de estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles, sin perjuicio de su extinción en la forma y en los casos que la ley establezca. Los derechos patrimoniales que son consecuencia del estado de familia están sujetos a prescripción.

I) Resumen

La posición que una persona ocupa dentro de una familia determina su estado, el que se adquiere mediante actos voluntarios o acciones de estado (1). La estrecha vinculación que las acciones de estado tienen con el derecho a la identidad y a la dignidad del ser humano, ambos protegidos por las normas constitucionales y de aplicación inmediata, sirven de sustento suficiente para la

comprensión de las características de este tipo de acciones: no pueden ser renunciadas ni son prescriptibles. Las cuestiones patrimoniales derivadas del posicionamiento familiar, en cambio, pueden perder sus efectos por el transcurso del tiempo, de conformidad con la ley.

II) Concordancias

Objeto de los actos jurídicos (art. 279); condiciones prohibidas (art. 344); ineficacia de los actos jurídicos: categorías de ineficacia (art. 382); articulación (art. 383); conversión (art. 384); acto indirecto (art. 385); nulidad absoluta y relativa: criterio de distinción (art. 486); nulidad absoluta, consecuencias (art. 387); nulidad relativa, consecuencias (art. 388); nulidad total y parcial: principio, integración (art. 389); efectos de la nulidad: restitución (art. 390); hechos simples (art. 391); efectos respecto de terceros en cosas registrables (art. 392); nulidad relativa del matrimonio (art. 425); nulidad de la renuncia a pedir el divorcio (art. 436); fijación judicial de la compensación económica, caducidad (art. 442); acciones de filiación, caracteres (art. 576); reglas generales (art. 582); impugnación de la maternidad (art. 588); impugnación de la filiación presumida por ley (art. 590); cómputo del plazo de dos años para las nulidades relativas (art. 2563); renuncia a la caducidad (art. 2671).

III) Interpretación de la norma

III.1) Distinciones y concepto de estado

El estado de una persona respecto de su familia puede tener relación con el vínculo matrimonial (casada, soltera, divorciada, y respecto de su validez: de buena o mala fe), con el vínculo filial (hija, padre, madre, padre o madre adoptivos, afín, de integración, etc.), con el parentesco (consanguíneo: padre, madre, abuela, tíos, sobrinos, etc.; afines: suegros, yernos, cuñados, etc.). En ese contexto, Zannoni define al estado como: *"el conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que corresponden a las personas en virtud de su emplazamiento familiar, los que, por estar a ellas atribuidos, procuran la tutela de su individualidad familiar (como*

persona) ante el orden jurídico” (2). Es uno de los atributos de la personalidad, y abarca siempre al individuo y a otros respecto de quien se establece. Como lógica derivación de ello, emerge la correlación entre el estado y las relaciones jurídicas familiares con los derechos y deberes subjetivos familiares que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela.

III.2) Acciones de estado. Concepto

El mismo autor enseña que son aquellas que tienden a declarar la existencia de los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado, o a constituir, modificar o extinguir un emplazamiento, y no necesariamente implican una controversia, como la acción de divorcio vincular del artículo 438 (que modifica de casada a divorciada a la persona, con independencia del desacuerdo con el contenido del convenio) o de adopción (que constituye en estado de padres e hijos, conforme lo dice expresamente el artículo 594, 2º párrafo)(3).

Para D'Antonio, quien cita a Alsina, son acciones de estado los derechos subjetivos a través de los cuales se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica dirigida a que se declare, constituya, modifique o extinga un estado de familia (4).

El objeto de las acciones de estado está siempre referido a un título, sea para constituirlo, modificarlo o aniquilarlo, desde que con él se emplaza a la persona en determinado estado, generando las relaciones familiares, distinguiéndose de las acciones que implican ejercicio de los derechos de ellas derivados, como podrían ser las de alimentos, oposición a la celebración del matrimonio, régimen de comunicación, etcétera.

III.3) Clasificación

Las acciones de estado son: a) constitutivas: tendientes a perseguir el estado del que se carece (ej.: filiación extramatrimonial o adoptiva); b) modificativas: con el objeto de transformar el emplazamiento (ej.: divorcio o revocación de la adopción) y c) extintivas: suprimen el emplazamiento derivado del título de estado (ej.: nulidad del matrimonio o de la adopción).

III.4) Irrenunciabilidad

No pueden ser objeto de cesión ni tampoco de renuncia, aunque como todo derecho subjetivo, puede o no ser ejercido por su titular. Por ejemplo, lo que dispone el artículo 436 del Código respecto de la nulidad de la renuncia a solicitar el divorcio vincular. Se encuentran fuera del alcance de la autonomía de la voluntad, reguladas por normas de orden público debido a su estrecha vinculación con la personalidad del ser humano, en tanto han nacido para reconocerle, negarle o modificar uno de sus atributos: el estado.

III.5) Imprescriptibilidad

Así como el estado no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, tampoco lo harán las acciones tendientes a su protección. Esta afirmación, sin embargo, debe ser leída junto con la existencia de reglas orientadas a dotar de estabilidad a las relaciones jurídicas familiares, como las que fijan plazos de caducidad del derecho.

Mientras que la prescripción afecta al ejercicio del derecho, y en el caso de las acciones de estado el principio es que no las comprende, en algunos supuestos la determinación legislativa es que ante circunstancias puntuales, caduca el derecho y se consolida el estado de familia de que se trata. El Código establece en el artículo 2566 que "*la caducidad extingue el derecho no ejercido*".

Es importante considerar que la estabilidad o permanencia como característica del estado no importa su inmutabilidad, que puede verse afectada por el acaecimiento de ciertos hechos jurídicos, la celebración de ciertos actos, o el ejercicio de determinadas acciones, que admitidas, tienen ese efecto. Ejemplo: el estado de hijo matrimonial puede ser reclamado por el propio hijo a ambos cónyuges, o por los herederos ante el fallecimiento de éste (art. 582). Si el hijo fallece antes de transcurrido un año desde que adquirió la mayoría de edad, la plena capacidad (si la tenía restringida), o de que conoció las pruebas para fundar la demanda, la acción les corresponde a los herederos por el tiempo que reste para completar ese plazo. Transcurrido dicho término, se produce la caducidad de la acción para los descendientes. También se establece el plazo de caducidad de un año para impugnar la maternidad, computable desde la inscripción del nacimiento, que se conoció la sustitución o la incertidumbre sobre la identidad del hijo (art. 588), o para impugnar la filiación presumida por ley (art. 589), o el reconocimiento, que para el hijo es imprescriptible y para los demás interesados caduca al año de haber conocido el acto de reconocimiento, o desde que se tuvo conocimiento de que no podía ser el hijo (art. 593). En lo que hace al matrimonio, se establece plazo anual que se computa diferente para cada cónyuge en caso de impedimento de salud, o de tres meses los parientes que pudieron formular oposición (art. 425), etcétera.

IV) Significado de la reforma

Tal como se ha destacado, se sigue la línea legislativa del Proyecto de reforma de 1998, que regula en un Título especial cuestiones relativas a las acciones de estado de familia, extendiendo las reglas no sólo a este tema, como lo hacía su antecedente, sino también a los procesos de familia en general (Título VIII, Procesos de familia).

Respecto de los procesos, se enumeran los principios generales, surgidos a la luz del Derecho Procesal Constitucional de la familia, conforme pautas que fueron dictando tanto los tribunales provinciales como la propia Corte Suprema, y en armonía con lo

dispuesto en el Título preliminar, con el objeto de contar con patrones de interpretación sustentadas en los principios constitucionales internacionales de Derechos Humanos.

En cuanto a las acciones, la novedad consiste en que se receptan las nociones de irrenunciabilidad, imprescriptibilidad —que no excluye la caducidad— e inherencia personal, sin perjuicio del tratamiento de cada instituto en particular y las reglas específicas que se dispusieron respecto del estado de que se trate, como del ejercicio de la acción que corresponda.

Debe ponerse de resalto, en tanto superadora, la decisión de unificar la legitimación y los plazos de caducidad para todas las acciones (5), pues no respondía a razones justificadas constitucionalmente (proporcionales y razonables) las distinciones anteriores, aunque los presupuestos de cada una de las acciones fuesen sustancialmente distintos.

En todas las acciones se otorga legitimación al hijo, al o a la cónyuge, a la madre, y a todo tercero que invoque un interés legítimo (con la sola excepción del artículo 573, que se le niega, en el caso del reconocimiento, al reconociente)(6). Respecto de los plazos de caducidad, quedan unificados en el de un año, sin perjuicio de las diferencias respecto del inicio del cómputo de dicho plazo para cada acción o legitimado.

Aunque no directamente relacionado con la norma en comentario, es de destacar que la técnica legislativa mejora el orden impuesto a las acciones de impugnación de filiación (es decir: a] impugnación de la maternidad; b] impugnación de la filiación presumida por la ley; c] negación de la filiación presumida por la ley; (11 impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley, y e] impugnación del reconocimiento), y concentra a cada una en un artículo con su propio título. Con una excepción: la impugnación de la filiación presumida por la ley, que se desarrolla en dos normas por su complejidad. Así, se procuró seguir el mismo orden en materia de

acciones de estado que el adoptado para la determinación de la filiación, cara y contracara del mismo tema.

La nomenclatura de las acciones tendientes a desvirtuar la paternidad matrimonial fue adaptada denominándolas "*impugnación y negación de la filiación presumida por ley*", guardándose coherencia con la extensión de la presunción de filiación entre los cónyuges del mismo sexo.

Art. 713 Inherencia personal. Las acciones de estado de familia son de inherencia personal y no pueden ser ejercidas por vía de subrogación. Sólo se transmiten por causa de muerte en los casos en que la ley lo establece.

I) Resumen

El Código reconoce como otra característica de las acciones de estado que no pueden ser objeto de disposición por su titular. Son intransmisibles, lo que impide su enajenación por acto jurídico alguno, y en caso de trasgresión, se estaría frente a una nulidad absoluta.

II) Concordancias

Matrimonio: requisitos de existencia (art. 406); legitimados para oponerse al matrimonio (art. 411); legitimados para demandar nulidad (arts. 424 y 425); divorcio, legitimación (art. 437); voluntad procreacional (art. 562); determinación de la maternidad (art. 565); determinación de la filiación matrimonial (art. 569); acciones de reclamación de filiación, reglas generales (art. 582); reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad (art. 583); impugnación de la maternidad (art. 588); impugnación de la filiación presumida por la ley (art. 589); legitimación y caducidad (art. 590); acción de negación de filiación presumida por la ley (art. 591); impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley (art. 592); impugnación del reconocimiento (art. 593); adopción (arts. 597, 599, 602, 603, 604, 605, 608, 616, 631, 633, 635).

III) Interpretación de la norma

Siguiendo las características que corresponden a la noción de estado en cuanto a su indivisibilidad (ya que el atributo no puede escindirse y así, por ejemplo, no se puede ser soltero para unos y casado para otros), las acciones de estado sólo son ejercidas por sus titulares. No se transmiten por causa de muerte, no pueden ser cedidas y en los supuestos en que la ley legitima a ciertos sucesores, lo hace a título propio u originario de ese tercero, aunque pueda parecer que se trata de una sucesión de legitimados.

El texto concluye con las diferencias doctrinadas acerca de este punto, ya que se sostenía que era necesario que el titular originario no hubiese perdido su derecho a su fallecimiento, en una suerte de transmisión mortis causa, disidencia que queda ahora zanjada. Un ejemplo sería la acción que se reconoce a los herederos del hijo que reclama su filiación a ambos progenitores, con independencia de continuar la entablada por el principal interesado, si así se hubiese planteado (art. 582, cuarto párrafo, que reza: *"Si el hijo fallece antes de transcurrir un [1] año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos"*).

Recordemos que el artículo 582 regula en forma conjunta la acción de reclamación de filiación matrimonial y la extramatrimonial, y la única variante que se introdujo se refiere al plazo de caducidad de la acción interpuesta por los herederos, que se ha reducido de dos a un año.

IV) Significado de la reforma

El reordenamiento legislativo que trajo consigo el Código implicó también incorporar otra de las características de las acciones de estado como principio general, que sirve de orientación para la interpretación del caso. El tratamiento disímil entre el hijo y sus

herederos responde a una justificación objetiva y razonable: el interés prioritario del hijo en el emplazamiento filial, elemento constitutivo de su derecho a la identidad.

Art. 714 Caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges. La acción de nulidad del matrimonio no puede ser intentada después de muerte de uno de los cónyuges, excepto que:

a) sea deducida por un cónyuge contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del matrimonio del cónyuge demandante, se debe resolver previamente esta oposición;

b) sea deducida por el cónyuge supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen y se haya celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior;

c) sea necesaria para determinar el derecho del demandante y la nulidad absoluta sea invocada por descendientes o ascendientes. La acción de nulidad de matrimonio deducida por el Ministerio Público sólo puede ser promovida en vida de ambos esposos.

I) Resumen

El principio general es que el matrimonio viciado se consolida por el fallecimiento de alguno de sus integrantes, con las excepciones que el texto legal establece: el cónyuge supérstite del primer matrimonio invocando impedimento de ligamen del segundo; el cónyuge supérstite del segundo matrimonio invocando ignorancia de la subsistencia del primero y el consiguiente impedimento de ligamen, y finalmente, admitiendo a terceros ajenos a los cónyuges (descendientes y ascendientes) por violación del impedimento de parentesco (por consanguinidad, afinidad o adopción).

II) Concordancias

Actuación del Ministerio Público (art. 103); impedimentos matrimoniales (art. 403); vicios del consentimiento (art. 409); legitimados para la oposición al matrimonio (art. 411); denuncia de impedimentos (art. 412); nulidad del matrimonio (Cap. 6, Tít. I, Libro II).

III) Interpretación de la norma

III.1) Consideraciones generales

Del texto, que conserva en líneas generales la redacción anterior, emerge que la regla es la extinción del derecho a solicitar la nulidad del matrimonio ocurrido el fallecimiento de uno de los cónyuges, convalidándose así el acto. Las excepciones sólo serán la violación al impedimento de ligamen, parentesco o crimen, aunque uno o ambos hayan fallecido, y se fundan, básicamente, en la conexidad de la nulidad con otras acciones de las que son titulares el cónyuge o los parientes exceptuados, en virtud de un interés legítimo y propio.

III.2) Legitimados

Se mantiene la habilitación del cónyuge del primer matrimonio del bigamo, y también el del cónyuge de las segundas nupcias para reconvenir atacando el primer vínculo, con independencia de la buena o mala fe del reconviviente. También se legitima a ascendientes y descendientes de cualquiera de los cónyuges, cuando con el ejercicio de la acción pretendan la satisfacción de un interés que les es propio, como puede ser alguno vinculado con la herencia. Se excluyen, entonces, los parientes colaterales, la nuera o yerno viudo y los herederos instituidos.

A pesar de la legitimación con que cuenta para oponerse a la celebración del matrimonio, expresamente le es vedado al Ministerio Público ejercer la acción de nulidad al fallecimiento de los esposos.

III.3) Continuidad de la acción

No se ha resuelto expresamente la posibilidad de continuidad de la acción por los herederos de los legitimados, si se produce el fallecimiento de ellos. Se ha sostenido mayoritariamente que la acción de nulidad del matrimonio, tanto en los casos de nulidad absoluta como en los .de relativa, iniciada en vida de los cónyuges, puede ser continuada después del fallecimiento de alguno de ellos, por quien invoque un interés legítimo (se incluiría a los herederos legítimos y a los instituidos)(7).

IV) Significado de la reforma

En lo sustancial, este artículo no ha sufrido grandes modificaciones, con excepción de su desdoblamiento respecto del tratamiento de lo imperioso de la nulidad del matrimonio por sentencia judicial, que es tratado en el artículo siguiente.

Art. 715 Sentencia de nulidad. Ningún matrimonio puede ser tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo.

1) Resumen

La acción de nulidad de matrimonio es declarativa y de desplazamiento, y en razón de que el matrimonio emplaza en determinado estado, sólo una declaración judicial que culmine como consecuencia de un proceso con amplitud de debate y prueba, puede negarle efectos jurídicos. En consecuencia, no hay matrimonio nulo de pleno derecho(8), y su invalidez debe, indefectiblemente, ser declarada por sentencia judicial.

II) Concordancias

Actuación del Ministerio Público (art. 103); requisitos del matrimonio, impedimentos matrimoniales (art. 403); oposición a la celebración del matrimonio: legitimados (art. 411); nulidad del matrimonio: legitimados (arts. 424 y 425); acciones de estado de familia: inherencia personal (art. 713); caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges (art. 714); procesos de divorcio y nulidad de matrimonio (art. 717); jurisdicción (art. 2621); Derecho aplicable (art. 2622).

III) Interpretación de la norma

III.1) Competencia

De acuerdo a las reglas procesales establecidas en el artículo 717, será competente el juez de familia del último domicilio conyugal (al igual que para el divorcio y las cuestiones conexas), o el del demandado, estando en cabeza de la parte actora la elección entre ambos domicilios.

III 2) Legitimación

Conteste con lo afirmado respecto de la inherencia personal de las acciones de estado (art. 713), se confiere calidad de parte a los cónyuges y a quienes pudieron oponerse a la celebración del matrimonio. En ese caso, conforme lo dispone el artículo 411, están legitimados para plantear la nulidad del matrimonio: el cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio; los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los esposos, cualquiera sea el origen del vínculo, y eventualmente el Ministerio Público, si la nulidad hubiese ameritado la oposición a la celebración de matrimonio cuya nulidad se persigue, y los cónyuges no han fallecido (art. 714, última parte).

En el proceso de nulidad, en razón de estar comprometido el interés social, deberá tomar intervención el Ministerio Público en calidad de parte.

Se remite al comentario del artículo 403 en lo que hace al impedimento de falta de edad legal. No obstante se señala que si a la fecha de promoción de la demanda de nulidad los cónyuges hubiesen alcanzado la edad legal, la petición es inadmisibile y corresponde el rechazo liminar (art. 425.a, 2° párr.). En el supuesto del cónyuge con padecimiento mental que recupera la salud y continuó cohabitando, sólo podrá plantear la demanda antes del año de restablecido, operando luego de ese plazo la caducidad. Sus parientes con legitimación para oponerse serán alcanzados por el plazo de caducidad establecido en el artículo 425, si no interponen la demanda dentro de los tres meses de celebradas las nupcias. Obviamente, el cónyuge que ha sufrido un vicio en el consentimiento (art. 409) también se encuentra habilitado para interponer la acción, en los plazos previstos por el artículo 425, inciso c (treinta días posteriores a conocer el error del consentimiento o haber cesado la violencia si continuaron la cohabitación y un año del cese de la cohabitación).

III.3) Acumulación de acciones

Si bien presentan diferencias (9), es usual que la acción de nulidad se plantee concomitante con la de divorcio vincular y ambas coinciden en el efecto de la recuperación de la aptitud nupcial, aunque los motivos que sirven de base a una u otra nacen en tiempos disímiles: los de la nulidad, a la celebración del matrimonio; los del divorcio, durante el transcurso de aquél.

IV) Significado de la reforma

Se subraya la trascendencia del ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio, al punto de disociarse como artículo único el párrafo que antiguamente constituía la parte final de la norma que regulaba la acción de nulidad matrimonial. Se admiten así algunas

voces jurisprudenciales que sostenían que es insuficiente un simple cotejo de partidas de estado civil para anular un matrimonio, pues con ese acto se emplaza en un estado civil determinado, y sólo un proceso con amplitud de debate y prueba puede desplazarlo. Incluso la propia Corte federal denegó validez a las decisiones de organismos administrativos que negaban el carácter de viuda desconociendo un matrimonio cuya nulidad no había sido decretada judicialmente(10).

No se cambia el doble régimen de nulidad absoluta y relativa del matrimonio, pero se introducen algunas modificaciones a la segunda. Para la causal de falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto matrimonial se establece que cualquiera de los cónyuges que desconocía el impedimento puede petitionar la nulidad, excepto que hayan continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud el que sufre el impedimento, o luego de conocido el impedimento por parte del cónyuge sano. Se fija el plazo de un año para el ejercicio de esa acción, pues el estado de familia no puede quedar en la incertidumbre de manera indefinida. Vencido ese término, sólo queda habilitada la vía del divorcio. El juez debe oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto. Se suprime la posibilidad de solicitar la nulidad por impotencia por diversas razones: atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de cuestiones en un proceso judicial cuya prueba es invasiva de la intimidad; las causas de la impotencia podían ser diversas, de índole objetiva y subjetiva, es decir, con determinada persona y no con otras, todo lo cual dificultaba la prueba.

El Código define, además, qué se entiende por buena fe (art. 427). Para el supuesto de buena fe de ambos contrayentes, a los fines de compatibilizar con las modificaciones que se introducen en otros títulos, se dispone que la sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio y además, que si la nulidad produce un desequilibrio económico en uno de ellos en relación al otro, se aplican las normas relativas a la institución de las prestaciones compensatorias.

Referencias Bibliográficas

- (1) GROSMAN, Cecilia, en BUERES, Alberto (dir.) y HIGHTON, Elena (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia', 1ª. ed., 4ª. reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, comentando el artículo 251 las conceptualiza como: "*aquellas cuyo objeto es lograr un pronunciamiento judicial que determine el emplazamiento de una persona en cierto estado de familia o su desplazamiento del estado en que se encuentra*".
- (2) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 4a. ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 1, p. 72.
- (3) ZANNONI, ob. cit.s. 90 y ss
- (4) D'ANTONIO, Daniel H., Derechos subjetivos familiares. Estado de familia. Acciones de estado. Acto jurídico familiar, en MÉNDEZ COSTA, María J.; FERRER, Francisco A. y D'ANTONIO, Daniel H., Derecho de Familia, 1a. ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, t. I.
- (5) Se han seguido los lineamientos, dentro del Derecho Comparado, de los Códigos Civiles de Francia, Quebec, Alemania, y el Código de Familia cubano, entre otros.
- (6) En cuanto a la nulidad del acto de reconocimiento, dicha acción se rige por los principios generales inherentes a todos los actos jurídicos por lo que ha de remitirse a dichas normas.
- (7) SPÓTA, BORDA, BELLUSCIO, PERRINO, LAGOMARSINO, HERNÁNDEZ, conforme cita expresamente MÉNDEZ COSTA, María J., en Inexistencia y nulidad de matrimonio, en Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, t. I, p. 491. 611
- (8) MÉNDEZ COSTA, Inexistencia y nulidad de matrimonio cit., p. 460.
- (9) En el divorcio, algunos efectos subsisten de acuerdo a la buena o mala fe de los contrayentes, mientras que no ocurre lo mismo con la invalidez. Sobre el tema, recomiendo los antecedentes brindados por la autora citada en el apartado anterior (ob. cit., p. 455), con las adaptaciones propias de la nueva legislación.
- (10) CSIN, 16-8-2005, XXXVIII, "*Zapata, Lucrecia Isolina c/ ANSeS s/Pensiones*", donde se dijo que "7) [...1 Tampoco el derecho a obtener la pensión pudo serle desconocido en la esfera administrativa aduciéndose la nulidad

del matrimonio por mediar impedimento de ligamen, pues la acción dirigida a ese fin es admitida en el Derecho interno argentino con ciertas limitaciones. El último párrafo del art. 239 del Código Civil (según texto ley 23.515) ha incorporado el principio de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales, lo cual significa que la nulidad no puede ser declarada de oficio sino que debe entablarse la acción pertinente por los legitimados expresamente por la ley, entre los que no se encuentra el organismo previsional".