



Dossier doctrinario

Autores de Chubut

Segunda 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 segunda parte, todos los trabajos doctrinarios realizados por la Dra. Mariela Alejandra González de Vicel, hasta el año 2021.

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 la autora.....	¡Error! Marcador no definido.
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 594 a 606	9
.....	9
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 607 a 610	83
.....	83
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 611 a 614	111
.....	111
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 615 a 618	130
.....	130
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 619 a 633	154
.....	154
Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 634 al 637	212
.....	212
Escucha del niño en sede judicial.....	232
Adolescencia: cuando los derechos y la salud se desencuentran.	242
El amor, la ilusión y el desamor o la inmediatez y el poder en sala de audiencias.....	252
Guarda de hecho y adopción.....	272
Jurisprudencia española. Protección de la vivienda eb el derecho familiar	317
Jurisprudencia española. Derechos de niñxs y adolescentes: problemáticas socio-jurídicas actuales	357
Entrega directa: otro caso de convalidación judicial.....	392
Jurisprudencia española. Adopción	415
Jurisprudencia española.....	446
Jurisprudencia española.....	462
Día Internacional de la Mujer. Mariela González de Vicel.....	480
Los alimentos en medio de la crisis económica.....	486

Reversión del sistema de cuidado: conflictos entre adultos que impactan en el principio de coparentalidad y lo desplazan	494
Chubut.....	512
Jurisprudencia española.....	541
Cuando la ley constituye un disvalor por la frágil interpretación judicial: otro caso en que el tiempo incide.....	561
Jurisprudencia española.....	589
“Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo”	614
Jurisprudencia española.....	625
Violencia de género: acceso a justicia de las mujeres.....	646
Compensación económica en las uniones convivenciales: caducidad y violencia de género	659
Jurisprudencia española: uniones convivenciales.....	698
Jurisprudencia española. Adultos mayores	719
Algunas incógnitas interpretativas de los arts. 627 a 637, Código Civil y Comercial.....	751
Retomando experiencias de la vida real: las socorristas y otras redes institucionales.....	761
Jurisprudencia española.....	784
Jurisprudencia española.....	822

Este ejemplar recopila todos los trabajos doctrinarios publicados por la Dra. Mariela Alejandra González de Vicel hasta el año 2021.

Curriculum de la autora disponible en Dossier Primera Parte.

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 594 a 606

por Mariela A. González de Vicel

Disponibles en: <https://bit.ly/36RqYpC>

Publicado en: Picasso, S., Herrera, M. y Caramelo, G. (dir.)

Código Civil y Comercial de la Nación comentado (T. II, arts. 401-723).

Buenos Aires: Infojus, 2015.

[Consultado el: 24/08/2021]

TÍTULO VI

Adopción.

CAPÍTULO 1

Disposiciones generales

ARTÍCULO 594.- Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

1. Introducción

El instituto de la adopción no formó parte de la codificación del derecho privado realizada por Vélez Sarsfield, y su regulación como fuente legal de filiación se introduce en el sistema jurídico argentino con una norma especial y complementaria en el año 1948 (ley 13.252), aunque es recién en el año 1997 que se lo incorpora al texto del Código Civil por la ley 24.779. Se trata de una cuestión que se enmarca dentro del orden público y guarda especial interés social, como lo demuestran los múltiples proyectos legislativos de modificación de las normas vigentes hasta 2014, las organizaciones de pretensos adoptantes que gestionaban esas variaciones, o incluso el mensaje del Poder Ejecutivo al inaugurar la Asamblea Legislativa en 2011.

El CCyC contempla esa realidad y sigue la postura que admite como algo positivo la formulación de un concepto determinado de esta fuente filial en función de dos datos relevantes:

1. la legislación regional comparada es proclive a definirla, tal es el caso de Paraguay, Chile, Colombia, Venezuela o Perú y también la contenían los proyectos legislativos que precedieron al texto vigente; y

2. casos jurisprudenciales complejos del derecho familiar que tuvieron como objeto una adopción(1), dando muestra de que se trata de un tema tan particular como sensible a las emociones, que impone que desde el punto de vista jurídico se delimite el objeto de la regulación legal para así reducir la discrecionalidad judicial. La sentencia judicial se mantiene como modo de emplazar jurídicamente en un estado filial y la adopción que ella declara constituye una de las fuentes de filiación consignadas en el art. 558 CCyC, generándose parentesco en función de lo dispuesto por los arts. 529, 535 y 631 CCyC, según veremos.

Cabe señalar, para aventar interpretaciones erróneas, que las especiales características de cada uno de los modos en que nacen las relaciones filiales (por naturaleza, por técnicas de reproducción humana o por adopción) obligan a una regulación dispar basada en las fuentes, ocupándose el legislador de señalar la igualdad en los efectos de todas ellas una vez producido el respectivo emplazamiento.

2. Interpretación

La estructura sistémica del CCyC debe ser especialmente considerada al momento del tratamiento de los supuestos involucrados en un proceso de adopción, conforme las pautas generales que el mismo compendio establece.

La ley debe interpretarse considerando en primer término su letra, la finalidad, las leyes análogas, las disposiciones de derechos humanos, los principios y valores jurídicos “*de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico*” (art. 2° CCyC), y a partir de decisiones jurisdiccionales que contengan fundamentos razonables (art. 3° CCyC).

Esto implica que la primera fuente será el texto legal ajustado a las normas constitucionales-internacionales mientras que los usos, prácticas y costumbres podrán ser meritados solo para situaciones no regladas, y admitidos siempre y cuando no sean contrarias a las palabras del legislador (art. 1° CCyC). Operan los principios de buena fe, prohibición de abuso del derecho, y consideración del orden público de conformidad con lo dispuesto en los arts. 9°, 10 y 12 CCyC.

Bajo esas pautas generales en el tema de la adopción emerge como relevante la finalidad de la norma pues constituye el centro gravitacional del instituto, el punto de partida e incluso el de llegada, para resolver las cuestiones vinculadas con la adopción de niños, niñas y adolescentes, y muy especialmente los conflictos que puedan derivarse respecto de la familia de origen.

2.1 Elementos de la definición

Una de las principales virtudes de que este instituto del derecho positivo sea conceptualizado radica en que permite superar antiguas e inadecuadas dicotomías —como la de la supuesta preferencia entre la adopción plena o la simple— para dar paso a la satisfacción a los derechos de los niños y niñas —verdaderos sujetos de protección jurídica— bajo reglas claras y respetuosas de las prerrogativas que tienen los adultos involucrados en el proceso, pero fundamentalmente respecto de ellos. Cada uno de los componentes de la definición respeta y se amolda a las reglas constitucionales-convencionales vigentes a la época de la sanción normativa, recogiendo paralelamente la jurisprudencia local y regional en la materia.

Esta primera norma 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”*. Este párrafo obedece a una profunda innovación que se introduce en el art. 621 CCyC 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. Significa que la sentencia que se dicte deberá indicar los alcances y efectos y entre ellos determinará el grado de parentesco que nace, se extingue o se mantiene respecto de la familia biológica —nuclear o ampliada— o la adoptiva.

2.1.1. La adopción como institución jurídica

El nuevo sistema adoptivo se formuló de modo tal de dar cabida a un emplazamiento —originario o sustituyente de uno anterior— que abarca a personas tanto menores como mayores de edad. Sin embargo, en virtud de la plena vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, la OC 17 de la Corte IDH el estatus preferente de protección del que gozan los niños, niñas y adolescentes hace que el acento se coloque en ellos.

La República Argentina ratificó varios instrumentos internacionales de derechos humanos, muchos de los cuales están mencionados en el art. 75, inc. 22, CN, comprometiéndose a garantizar el ejercicio de ellos a todos los habitantes del país. Dentro de los destinatarios de dichos instrumentos están las personas que no alcanzaron la mayoría de edad, cuyos derechos deben ser pasibles de ser satisfechos en su mayor plenitud, incluyendo los económicos, sociales y culturales, a la par que también debe prevenirse su vulneración.

En ese contexto, el sistema adoptivo constituye una ficción legal que crea un estado de familia, pero tiene su inserción desde un lugar equidistante del que gozaba hasta ahora. De aquel punto nodal asentado en la provisión de niños a matrimonios de adultos que carecían de descendencia, se corre el eje a este otro: de dotación de núcleo familiar idóneo para el desarrollo de la infancia y satisfacción plena de derechos.

El cambio de paradigma es sostenido en el CCyC a partir de la formulación de un ensamble entre el Sistema de Protección de Derechos y su consecuencia más extrema, el emplazamiento adoptivo en un grupo familiar distinto al de origen.

La adopción abandona el lugar de una figura legal más, para convertirse en un proceso regulado integralmente donde se consideran los derechos de todos los involucrados, aparece el niño no como persona "*en riesgo*", sino como sujeto con derechos vulnerados, se producen ajustes de orden procesal básicamente vinculados con los tiempos de toma de decisiones y se simplifican y estandarizan las reglas, especialmente las relativas a analizar la posibilidad de permanencia en la familia biológica.

La adopción de integración, por su parte, pasa a conformar un tercer tipo con rasgos propios y regulación especial, y queda expresamente excluida de la definición, 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 primero, satisfaciéndose los requerimientos afectivos y formativos, que luego darán lugar al reconocimiento legal. Esta visión constitucional del ejercicio del derecho a la convivencia familiar de los niños y niñas, plasmada en el texto que regula las relaciones privadas, convierte a la adopción en una institución jurídica de interés social a la que solo es posible recurrir si se transitó un camino previo de apoyo y fortalecimiento a la familia de origen, se descartó que el motivo del desprendimiento fuesen cuestiones superables de índole material o económico, o, para el especial supuesto de las adopciones de integración, que el derecho a la convivencia familiar se vea satisfecho en la nueva conformación de la familia.

Desde otro punto de vista, se atiende a la realidad y se regula —adoptando una postura ecléctica— lo atinente a las entregas directas, manteniendo la prohibición de las guardas administrativas o notariales con motivo de una futura adopción, lo que coadyuva a la idea de institución social y de interés público, regulada por normas de carácter indisponible para las partes involucradas.

2.1.2. El derecho a la vida familiar como finalidad

Ya desde el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño aparece el derecho del ser humano a vivir en y con una familia, en tanto núcleo primario de socialización, siendo reconocido también por los restantes instrumentos internacionales (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 16; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 17 y 19; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 inc. 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 y 24, inc. 1, por mencionar algunos).

La norma en comentario indica que la adopción procura que se efectivice el derecho de los niños a vivir y desarrollarse en una familia distinta a la de origen, aunque también señala que los cuidados

afectivos y materiales deberán ser procurados en primer término por el grupo originario, dotando de preferencia al mantenimiento de ese vínculo.

Pese a que usualmente nos referimos a la familia, en rigor de verdad los derechos son patrimonio de las personas, de modo que el niño, niña o adolescente titulariza un derecho humano fundamental, cual es el de crecer y desarrollarse en una familia que le procure cuidados, satisfaga sus necesidades y que le permita desplegar sus potencialidades en un espacio básicamente afectivo. De allí que si los progenitores biológicos no llenan de contenido de ese derecho por causas que no tengan fundamento en necesidades económicas o materiales, aquel sigue vigente y se explicita en la exigibilidad de que sean los miembros de la familia extensa u otro grupo familiar quienes lo satisfagan.

El niño tiene derecho a conocer y a vivir con sus progenitores biológicos, pero también a ser separado de ellos sí, detectadas causas que impiden un desarrollo adecuado en un contexto de afectividad, seguridad y estabilidad, el Estado —habiendo puesto a disposición programas aptos— no logró fortalecerlos en la crianza o remover las causas que motivaron la intervención estatal en procura de restituir los derechos vulnerados.

2.1.3. El cumplimiento de las responsabilidades de los adultos como motivo de desplazamiento y de emplazamiento

En la estructura convencional-constitucional-legal vigente, debe garantizarse a los niños la máxima satisfacción de los derechos que titularizan, estableciéndose un sistema de responsabilidades a cargo de la familia, la comunidad y el Estado (en ese orden) y bajo un doble prisma de injerencia estatal: un primer estadio administrativo y uno sucedáneo, el judicial.

Se produce entonces una distinción potente respecto del funcionamiento del sistema anterior, el del Patronato, caracterizado

por la consideración del niño como objeto sometido a los designios de los magistrados, que actuaban bajo consideraciones más personales que jurídicas, ya explicitado en la ley 26.061. Las responsabilidades de los adultos integrantes de la familia serán exigibles a ellos, comenzando por los progenitores y siguiendo por quienes componen el linaje ampliado. Los órganos administrativos deberán poner a disposición los medios adecuados para corregir las falencias o procurar la satisfacción de necesidades básicas que pudiesen estar coadyuvando a la vulneración de derechos detectada, haciendo participar a otros integrantes de la comunidad, a instituciones intermedias, u organismos oficiales con responsabilidad en que exista un acceso básico al ejercicio de derechos.

El Poder Judicial encuentra establecida su competencia en el control de las medidas adoptadas en sede administrativa, y debe procurar la posibilidad de revisión de las decisiones del Poder Ejecutivo, bajo las reglas del debido proceso que asegure efectiva intervención de los adultos y los niños y niñas, máxime cuando se trate de personas fragilizadas. En este esquema, las Reglas básicas sobre acceso a la justicia de las personas vulnerables(2) constituyen un instrumento de optimización de la actividad judicial para corregir desigualdades estructurales que en muchas ocasiones operan en contra de la tutela judicial efectiva, máxime cuando los organismos administrativos adoptan medidas de corte excepcional que impactan fuertemente en el derecho a la convivencia familiar con los progenitores.

Recuérdese que la Corte IDH tiene establecido como deber estatal el de favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del grupo familiar, y la separación del niño de su grupo de origen debe tener un fundamento suficiente y razonable, basado en el interés de este.(3) Como parte del derecho al desarrollo de los niños, cuando la familia de origen —reforzada con los apoyos apropiados— no logra brindar los cuidados necesarios, declina de la crianza o no logra recomponer las condiciones básicas para un crecimiento bajo condiciones afectivas y materiales aptas, el Estado actúa proveyendo

adultos sustitutos que conformarán una nueva familia donde se podrán desarrollar las potencialidades de la persona menor de edad, pues esa obligación emerge frente al derecho del niño a ser criado en una familia, y por imperio de los arts. 75, inc. 23, CN, 19 y 21 CDN y Regla de Beijing 1.4, y fue plasmada en el párr. 91 de la OC 17, en tanto enmarcan el deber de asumir una actividad pro activa a partir de acciones positivas para la restitución de derechos(4).

En ese sentido, cobra importancia el rol del magistrado actuante en punto a la eficacia de su actividad, muy especialmente en lo vinculado con la celeridad y la economía de los procesos en relación con el factor temporal, fundamental en las decisiones sobre el futuro de los niños y niñas con derechos en riesgo o agredidos.

La adopción, desde el primer artículo en que es tratada, se postula como una institución para proteger un derecho determinado: a la vida familiar. Producida la injerencia estatal administrativa o judicial lícita con el objeto de producir modificaciones necesarias en el entramado familiar, el deber de garantía(5) no estará ya ni en la familia ni en la comunidad, sino en los organismos intervinientes que tienen la obligación de adecuar su actuación a las reglas y plazos estipulados con el objeto de dotar al niño, niña o adolescente de una familia que le procure la satisfacción de sus derechos. Agotadas las instancias de trabajo con el grupo de origen, la declaración de situación de adoptabilidad da inicio a un proceso que comienza con el ensamble entre el/la/los pretensos/as adoptantes como cuidadores a cargo, a partir de una sentencia que confiere la guarda con fines de adopción. Si esa faz del proceso se desarrolla positivamente, el paso siguiente es el juicio de adopción, donde se creará el lazo jurídico.

2.1.4. La “preferencia” de la familia de origen

Las reglas jurídicas que administran la materia vinculada a la niñez en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos resultan de ineludible aplicación por los Estados signatarios. El art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos determina un ámbito

de protección especial a los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes y responsabiliza por su cumplimiento a la familia, la sociedad y el Estado. El derecho humano de los niños a conocer a sus padres y ser criados por ellos (arts. 7º, 8º y 9º CDN) 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.(6) El fundamento de esa separación serán las situaciones de extrema gravedad como violencia, abuso, negligencia y otras formas de maltrato que no fueron revertidas. A nivel local, el art. 7º de la ley 26.061 dispone acerca de la responsabilidad prioritaria de la familia de origen en el aseguramiento de los derechos de los niños y niñas.

Debe enfatizarse que el derecho a vivir en y con la familia de origen no reviste carácter absoluto, y bajo determinadas circunstancias puede ser válidamente desplazado. Se destaca que las razones que imposibiliten esa convivencia preferente nunca estarán limitadas a carencias de naturaleza económica de los progenitores, ni será suficiente aquella solución que no contemple las limitaciones estructurales reversibles que puedan detectarse en los familiares de sangre. Conforme los fundamentos de la unificación y codificación de 2014, el CCyC es un “*código de la igualdad*”, donde campea la idea de inclusión.

El art. 18.2 CDN dispone que a los efectos de garantizar y promover los derechos reconocidos en la Convención, los Estados Partes deberán prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño, lo que se ve reforzado en el art. 7º de la ley 26.061. Esto significa que las condiciones económicas o las limitaciones materiales que afecten a los adultos no pueden ser motivo de separación de los niños de ellos; del mismo modo que las limitaciones que puedan sufrir las mujeres que crían solas a sus hijos, o aquellas que viven en situaciones de pobreza, violencia y exclusión

no pueden dar lugar, sin más, a la posibilidad de que sus hijos sean declarados en situación de adoptabilidad.

En el sistema adoptivo, la garantía asentada en el art. 16 CN se visualiza con la exigibilidad al magistrado de un trabajo pro activo, conminado a tomar medidas de acción positiva y con asunción de conciencia acerca de la necesidad de operar sobre las asimetrías estructurales, para aproximarse a cierto estado deseable de igualdad efectiva de oportunidades.(7)

Bajo esas directrices, la verdadera igualdad en materia de adopción estará dada por la actuación de un Poder Judicial que, removiendo los obstáculos que pudieran afectar o condicionar el ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores — mediante la exigencia al poder administrador de la satisfacción de derechos prestacionales básicos— u obligando al recorrido de programas de atención específicos para el tratamiento de la violencia o las adicciones, gestione un esquema determinado de reconversión familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños se desarrollen. Eso será insuficiente si no se considera en profundidad una serie de medidas sociales (provisión de vivienda adecuada, horarios laborales acordes, servicios de atención a la salud, servicios públicos de cuidado y de calidad, realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social) y de políticas públicas (programas de educación parental o familiar, visitadores domiciliarios, oferta de apoyos a partir de modalidades que alienten relaciones positivas y sensibles que mejoren la comprensión de los derechos del niño) en las que el Poder Ejecutivo juega un rol fundamental.

ARTÍCULO 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 requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Remisiones: ver comentario al art. 621 CCyC.

1. Introducción

Los principios han sido conceptualizados como “*mandatos de optimización*”, “*derechos para el ejercicio de los derechos*”, “*directrices para resolver conflictos de derechos de igual reconocimiento*”, “*lineamientos para resolver problemas de interpretación ante lagunas normativas*”, etc. Varias legislaciones de América —como Ecuador o Panamá— contienen mandatos que organizan y optimizan el sistema adoptivo.

El establecimiento de principios coadyuva a que, en supuestos en que las circunstancias planteadas no se encuentren previstas en la letra de la ley o se trate de un caso donde dos derechos igualmente reconocidos se contraponen, la función creadora de la solución jurídica se aleje de la voluntad personal y se acerque a los valores que informan el ordenamiento jurídico.

Emergentes de las reglas convencionales internacionales, cuatro son los principios fundamentales en materia de niñez que se encuentran consagrados en el texto de la Convención sobre los

Derechos del Niño: el de no discriminación, el principio de participación, el del desarrollo y supervivencia y el principio del interés superior del niño.

2. Interpretación

El artículo —introdutorio a todo un sistema— contiene las directrices que guiarán la interpretación jurídica; su particular importancia reposa en que, como puede verse en la jurisprudencia en temas de adopción, da cuenta de casos que comienzan, se desarrollan y se cristalizan en verdaderas tragedias humanas.

Se trata de seis principios con un punto en común entre todos ellos: están diagramados desde el niño y hacia el entorno adulto, y ello en función del primero de ellos —“*a. el interés superior del niño...*”— que es la base del sistema jurídico que regula los derechos de la infancia, un principio general de derecho, y que implica priorizar los derechos titularizados por los niños y niñas ante cualquier confrontación con los de los adultos que pueda perjudicarlos. La directriz consignada en el inc. f —ser oído, tenida en cuenta la opinión y consentir la adopción— tiene base constitucional al contemplar la visualización de la persona menor de edad como sujeto con derechos ejercibles comprendida en el precepto “*acceso a justicia*” y según el desarrollo —edad y madurez—. Los cuatro contenidos en las letras b a d guardan estrecha relación, pues todos versan sobre aspectos de la identidad, sea estática o dinámica.

Algunos tienen fuente legal —como el interés superior del niño consignado tanto en la CDN como en la ley 26.061— y otra jurisprudencial —como el que dispone mantener los vínculos entre hermanos—; están emparentados con preceptos constitucionales como el derecho a la identidad o la tutela judicial efectiva —en el caso del deber de oír al niño y tener en cuenta su opinión—; y deben ser armonizados durante todo el recorrido adoptivo con los principios generales reglados en los arts. 705 a 711 CCyC.

Los principios que rigen la adopción no son excluyentes entre sí; su aplicación siempre será concomitante y dirigida a amalgamar la decisión judicial, y de ningún modo el recurrir a alguno de ellos anulará los restantes, pues su aplicación se vincula con la ponderación que alguno pueda tener respecto de otro. Si, por ejemplo, en ejercicio del derecho a ser oído un niño de ocho años se manifiesta no consintiendo su adopción, el magistrado no podría válidamente invocar que no llega a la pauta rígida de 10 años para desechar tan importante manifestación. Cabría entonces razonar en función del interés superior del niño y adoptar acciones para modificar la situación, sea revocando la guarda, sea profundizando el ensamble familiar para arribar a una adopción. El mismo razonamiento cabe para el niño menor de 10 años que consiente su adopción, pese a no contar con la edad legal prevista para ese acto, si el magistrado advierte que su madurez y desarrollo intelectual son soporte de esa expresión de voluntad, libremente mostrada y contando con la información suficiente.

2.1. Interés superior del niño

Se trata de un principio de derecho reglado en varias normas como la ley 26.061 (art. 3º) y las leyes provinciales de infancia, pero particularmente enfatizado en la CDN para el supuesto del derecho a vivir en familia en los arts. 20 y 21, cuando en referencia a la adopción como deber de garantizar los cuidados al niño, contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales, dispone que los Estados que admiten este sistema cuiden que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y no una consideración más a evaluar junto con otras.

Al juzgar sobre el interés superior del niño, niña y adolescente debe tenerse en cuenta lo sostenido por nuestro Máximo Tribunal nacional en cuanto a que *“no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso...”*(8)

¿Qué implica esto? En una situación concreta, se debe apreciar:

- a. La opinión del niño, niña y adolescente;
- b. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño y las exigencias del bien común;
- c. La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo, evaluando en conjunto la edad y la madurez conforme la circunstancia de que se trate;
- d. La indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños y los principios en los que están basados, de acuerdo a lo establecido por la CDN y los estándares internacionales;
- e. La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas(9)

La Corte Federal sostuvo: *“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”*.(10)

Este principio constituye el fundamento reiterado de las sentencias judiciales. Sin embargo, no siempre se extrae de los textos que lo invocan cómo se llena de contenido a la fórmula o concepto indeterminado, observándose que hechos similares son resueltos antagónicamente con invocación del interés superior del niño, lo que particularmente se ve en las pujas judiciales entre las familias de origen y los pretensos adoptantes. Incluso esa afirmación alcanza a un mismo

caso que transita por diversas instancias. De allí la importancia de que en el razonamiento jurídico se expliciten los motivos —fundados en los hechos del caso y las pruebas reunidas— que hacen que para determinado niño, en específicas circunstancias, su interés superior se puntualice conservando o restituyendo determinados derechos, debiendo justificarse el fundamento de la determinación, no fundarse en meras hipótesis, a la par que debe maximizarse la concreción de los derechos en juego.

2.2. El derecho a la identidad y el correlativo deber de respeto

Se trata de uno de los principales derechos humanos comprometidos en la órbita legal que regula la filiación, y se refleja en las directivas que reglan sus tres fuentes: por naturaleza, mediante las técnicas de reproducción y por adopción.

La identidad personal incide en todos los aspectos del desarrollo vital, se forja desde cada uno pero en consonancia con el entorno y los otros. Reviste una suerte de complemento entre la “*mismidad*” y la “*otredad*”, pues no se puede ser uno mismo sin un referente externo, el otro.

Fernández Sessarego, el autor más citado cuando de conceptualizar la identidad se trata sostuvo: *“La identidad del ser humano, en tanto este constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea esta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser ‘uno mismo’, el ser diferente a los ‘otros’”*.

En particular, interesa destacar los dos tramos que integran el concepto de identidad: el estático —conformado por algunos datos permanentes como el genoma, las huellas dactilares y los signos que integran la personalidad: nombre, datos de nacimiento, edad, imagen,

estado civil— y el dinámico —conformado a partir de los valores de la cultura, el ambiente y el despliegue de la condición humana— de gran incidencia en el tema de la adopción.

2.3. El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada

Este principio implica la puesta a disposición del grupo familiar donde desarrollan su vida familiar los niños, o eventualmente a los miembros de su familia ampliada o referentes afectivos (art. 7° del dto. 415/2009), de políticas públicas y programas que permitan el fortalecimiento familiar.

El art. 10 de la ley 26.061 reglamenta los derechos a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar, disponiendo que no pueden ser objeto 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. Entonces, toda restricción impuesta por el Estado deberá ser ajustada a las reglas del debido proceso y ser ejercitada en la porción más ínfima posible. Claro que esa última premisa cabe siempre y cuando no se hayan producido otras circunstancias como maltrato, abuso o violencia sistemática que impongan la cesación de la convivencia, destacándose la progresividad en la administración de tales disposiciones.

El Estado tiene la obligación de desarrollar recursos que produzcan cambios necesarios en la disfuncionalidad familiar, evitando la institucionalización de los niños y niñas de la familia. Las transacciones exigibles a los adultos responsables —como pueden ser realizar recorridos terapéuticos individuales o familiares, incluir o restituir a los niños en sistemas educativos formales o informales, etc. — serán llevadas a cabo sin interrumpir la convivencia de los niños con su familia, salvo que ella los coloque en situación de reiteración o agravamiento de los episodios que motivaron la intervención estatal.

Para ello resulta necesaria la colaboración de equipos interdisciplinarios que diagramen el plan de trabajo con la familia de origen, planeando los ajustes necesarios y con la menor duración temporal posible.

Incumbe al Estado acreditar que ha desplegado acciones suficientes para lograr el fortalecimiento, alentado las prácticas de crianza saludables entendidas como las que promueven las potencialidades del niño, que apunten a lo relacional y dinámico de los vínculos, a desestructurar prácticas que acometen contra los derechos de los integrantes del grupo, a empoderar a los miembros de la familia en función de sus competencias personales, a desplegar una gestión administrativa no fragmentada que contenga, por ejemplo, respuestas eficaces para colaborar con el cuidado de los más vulnerables dentro de las familias.

Contemplar y respetar a las familias como núcleo adecuado para el desarrollo de sus integrantes conlleva la necesidad de considerar componentes externos que la completen en las tareas de cuidado, evitando así la recarga que sufren particularmente las mujeres en ese sentido.

El Estado debe garantizar tanto la integralidad como la transversalidad de las políticas para facilitar un mínimo equilibrio entre la vida familiar y la vida laboral de los adultos, y en ese punto es donde se hace necesario profundizar en el deber estatal de proveer recursos para la organización del cuidado de niños y niñas, como modo de corrección de las dinámicas que sostienen y reproducen desequilibrios sociales entre los miembros de las familias.

En definitiva, reconocida la posibilidad de que una familia tenga dificultades de crianza que vulneren los derechos de sus hijos puede ocurrir que, por distintas circunstancias, deba abordarse al grupo y eventualmente producirse una separación transitoria con el consiguiente ingreso al régimen de cuidados alternativos. Dichos cuidados suelen procurarse o por miembros de la familia ampliada, o

familias ingresadas como cuidadoras o bien en instituciones estatales destinadas al efecto. Esas medidas serán de carácter temporal, y vencidos los plazos que se fijen para la reversión de las circunstancias que la motivaron, se dispondrá lo necesario para efectivizar el derecho a la convivencia familiar de manera estable y permanente, sea en la familia de origen que logró los cambios, sea en la ampliada o en una adoptiva.

2.4. La preservación de los vínculos fraternos

Esta directriz se enmarca dentro del concepto de *“identidad”*, en su doble vertiente pues contiene el deber de respeto por los vínculos construidos a partir de una realidad biológica determinada.

La disposición legal facilita la tarea jurisdiccional en cuanto consagra expresamente en una norma jurídica lo que antes podía resultar de la creación pretoriana con soporte en el respeto al derecho a la identidad, y alta dependencia de la discrecionalidad judicial.

Consagra el mantenimiento del vínculo jurídico y relacional a partir de que deberá procurarse la adopción conjunta de todos los hermanos por los mismos adoptantes, o una segunda opción consistente en preservar el lazo jurídico en los términos del art. 621 CCyC —a cuyo comentario remitimos— y el comunicacional, pensado fundamentalmente por los efectos que acarrea la adopción plena. También cuando se trata de grupos de hermanos, con distintas edades, o incluso diferentes deseos o intereses que derivan en que no siempre pueden ser adoptados por las mismas personas, o que algunos sean adoptados y otros permanezcan con la familia de origen.

Como todo derecho, la inseparabilidad de los hermanos no es una regla absoluta sino una directriz, y algunas circunstancias especiales —tales como violencia física o sexual donde el ofensor sea alguno de los hermanos o la existencia de tramas disfuncionales o no protectivas— podrán tornar conveniente un apartamiento del

principio. Es exigencia legal que se explicita razonablemente el fundamento para recurrir a la excepción.

Es decir: debe procurarse que los hermanos en situación de adoptabilidad sean adoptados por la misma familia; si ello no es posible se abre una doble posibilidad:

a. el mantenimiento del vínculo jurídico por la adopción simple o por la plena con preservación del parentesco en los términos del art. 621 CCyC; o

b. la extinción del vínculo jurídico pero con ciertos derechos, como el régimen comunicacional. Ello sin perjuicio de la extensión del derecho a conocer el origen que luego se analizará.

Este principio no puede ser librado a la posición que tengan los adultos, trátase de los pretensos adoptantes o los miembros de la familia biológica ya que se sustenta en un pilar de los derechos humanos que le son reconocidos a los niños: su consideración como sujeto. Resulta conveniente que se tenga en consideración en el contexto del ejercicio del derecho a ser oído y que la opinión del adoptado sea tenida en cuenta, por lo cual el juzgador deberá indagar acerca del deseo de mantener determinados vínculos o del régimen comunicacional, y disponer en función del mejor interés del principal sujeto de esta fuente de emplazamiento filial.

2.5. El conocimiento de los orígenes

En el marco de la implicancia que sobre el derecho a la identidad personal tiene el derecho a conocer los orígenes, aparece como una derivación y gozando de autonomía en el campo filiatorio en general, una acción autónoma para su ejercicio.

En el campo de la adopción, asentado en el derecho constitucional internacional a partir de lo establecido en los arts. 7º, 8º y 9º CDN se plasmó en la disposición legal que imponía a los

adoptantes hacer conocer a los hijos adoptivos la realidad biológica y la posibilidad de acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años, para ahora ser reconocido con mayor amplitud en una norma específica, el art. 596 CCyC.

Superada la idea del secreto sobre el origen —que violaba derechos personalísimos de los adoptivos— el acceso a la información acerca de la no descendencia biológica entre el niño y sus adoptantes también es insuficiente porque se reduce solo a un dato genético. La indagación sobre la identidad personal trasciende ese límite, siendo muchas veces necesario para el adoptado investigar otros aspectos de su biografía. Es posible que su madurez sea suficiente para indagar y permitirle conocer los antecedentes administrativos y judiciales que concluyeron con su inserción en una familia distinta a la de origen sin tener que esperar a la edad de 18 años para acceder al expediente de adopción, y a otra información relevante que conste en legajos administrativos o judiciales. A eso apunta la consagración de este principio, cuya función integradora y compensadora para los supuestos de lagunas legales o contradicciones entre derechos de igual envergadura emerge con fuerza.

El interés superior del niño y la autonomía progresiva como principios generales se engarzan y deben ser contemplados por el intérprete al analizar las pretensiones vinculadas con la construcción o reconstrucción de la identidad de la persona menor de edad.

2.6. Ser oído y que la opinión sea tenida en cuenta según la edad y grado de madurez

Se concreta aquí la regla contenida en el art. 12 CDN, también contemplada en la ley 26.061 (art. 3°) y en las distintas legislaciones provinciales, la que, junto con el derecho a la vida y el desarrollo, el de no discriminación, y el interés superior del niño, han sido señaladas por el Comité de los Derechos del Niño como los cuatro principios generales que informan la Convención.

El CCyC reconoce la progresividad de ejercicio de derechos hasta la completa autonomía personal, la que 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.

Se resalta que 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.

Esta directriz entraña varias aristas, comenzando porque requiere de una acción en la cual se involucra el interlocutor del niño, que desplegará una escucha activa sin limitarse a ella. El adulto que entrevista deberá “*mirar*”, saber preguntar, generar confianza, atender a los detalles que se deslizan en el ejercicio de la comunicación, tener presente que según sea el grado de autonomía del niño o niña y su desarrollo madurativo, será la forma en que pueda expresarse. También implica asegurarse que la manifestación sea propia, y no inducida por los adultos.

La obligación legal radica en que se ponga a disposición del niño el poder ejercer el derecho citándolo. En presencia del juez, debidamente informado del alcance del acto, el magistrado tomará en cuenta que pertenece el ámbito de la libertad del niño desplegar o no el ejercicio del derecho. En otras palabras, puede que el menor de edad no esté en condiciones de hablar y debe ser respetado; ese hecho también estaría comunicando algo, de modo que el juez podrá adoptar medidas eficaces para desentrañar el alcance de esa resistencia.

Desde otro punto de vista, conlleva analizar la opinión que brinde sobre los distintos aspectos vinculados con la adopción y sus efectos, para lo cual será suficientemente informado y de manera acorde a su comprensión.

También involucra a las acciones autónomas que se conceden para ser ejercidas con patrocinio propio: a conocer el origen y a acceder a la historia de la adopción, que en función del principio constitucional convencional de autonomía progresiva, se reconoce a la persona menor de edad una mayoría anticipada para su ejercicio, partiéndose de una presunción para hacerlo con patrocinio y sin representantes a partir de los 13 años (arts. 25 y 26 CC), pero también cuando su desarrollo madurativo sea suficiente, aun no habiendo arribado a esa edad.

El derecho a ser oído es una directriz que no se reduce a una entrevista entre el niño, niña y adolescente y un juez (participación), sino que abarca todas las audiencias necesarias durante la etapa previa de declaración de adoptabilidad, las que se fijan para que se expida sobre su adopción (consentimiento), la construcción de la identidad a partir de la elección del apellido y el mantenimiento o generación de vínculos, y también la posibilidad de requerir el conocimiento del origen, y acceder a la historia biográfica que concluyó en la adopción aún sin contar con la plena capacidad civil (legitimación activa propia).

2.7. El consentimiento del niño o niña para su adopción

Esta novedad legislativa es celebrada por gran parte de la doctrina, en especial por la finalidad preventiva respecto de las dificultades que pueden surgir en las inserciones adoptivas, sobre todo en supuestos de niños que superan la primera infancia. Sin embargo, algunas disonancias se explicitaron en cuanto a la edad escogida (10 años), estimándola escasa. Lo cierto es que la edad prevista importa un promedio razonable de la exigida en el derecho comparado, y además fue tenido en consideración el antecedente marcado por la ley 19.134, que se refería a la posibilidad de que el adoptado fuese oído si contaba con más de 10 años, con la limitación de que era una facultad judicial y se refería solo a la posibilidad de ser escuchado. La experiencia cotidiana demuestra que salvo excepciones, un niño o niña de esa edad o más tiene suficiente comprensión del significado y

alcance de una adopción y puede consentirla o no, expresando motivos.

La obligatoriedad de que consienta su propia adopción excede el ámbito de la mera participación, en razón de que lo que se procura es un emplazamiento filial distinto al originario y sobre un aspecto que impacta en la identidad personal del niño, por lo que no cabe más que requerir que exprese su voluntad libre e informada de la inserción familiar que se pretende. Si la negara, será una señal de alguna dificultad que puede ser superable o no, pero que debe ser evaluada y trabajada con colaboración interdisciplinaria.

ARTÍCULO 596.- Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

1. Introducción

La legislación derogada se refería al derecho del hijo a conocer la “*realidad biológica*”, motivo por el cual se formularon varias críticas, en especial, por lo reduccionista del concepto. Las personas menores de edad que son adoptadas no tienen únicamente realidad biológica, sino una biografía y acontecimientos históricos que conforman su historia, incluidos en el término ampliado de “*orígenes*”.

El tema forma parte del trabajo y la valoración previa de los pretensos adoptantes, y puede ocurrir que se manifiesten positivamente en cuanto a hacer conocer al hijo su origen no biológico, pero en el devenir de la relación parental incumplan con el derecho que titularizan los niños, niñas y adolescentes. Eso obliga a que la legislación dote a los niños de una herramienta suficiente para que no queden sometidos a la voluntariedad de los adultos o carezcan de acción personal para indagar acerca de su identidad. Herramienta que, por otra parte, no se atiene a pautas rígidas, sino que tomando en cuenta las múltiples expresiones en que la inquietud sobre el origen puede plasmarse en una persona adoptada y tiempos en que se manifiesta, se reconoce como derecho a ser ejercido con una fórmula amplia y abarcadora.

La ley 24.779 introdujo en el art. 328 del Código derogado el derecho del adoptado a conocer su realidad biológica, limitado a acceder al expediente de adopción a partir de la edad de 18 años, y con ello estableció dos restricciones no menores:

1. dejó fuera las actuaciones administrativas o vinculadas con la situación previa al trámite de adopción —que es generalmente breve y carece de datos suficientes a diferencia de las actuaciones sobre medidas excepcionales que derivan en la adoptabilidad— o la misma guarda preadoptiva, que podía tramitar en legajo separado; y

2. no admitía la posibilidad de acceso a conocimiento de la historia personal sino hasta la mayoría de edad del adoptado, dejando

fuera a un importante universo de niños, niñas y adolescentes. Esa pauta rígida violaba la igualdad de trato y oportunidades, desconociendo el principio de autonomía progresiva del ser humano.

La norma actual hace referencia a la edad y grado de madurez del adoptado. Conforme lo establecido en el art. 26 CCyC, los adolescentes, es decir aquellas personas que cuentan con al menos 13 años tienen legitimación procesal para requerir el acceso a los antecedentes obrantes sobre la historia personal y el origen.

El acceso al conocimiento se conecta con el derecho a la verdad y la posibilidad de completar la biografía y conformar una identidad, conociendo datos relevantes que de otro modo quedaban encriptados.

Esta disposición se sustrae al límite etario anterior, pero también a la posibilidad de fijar una mayoría de edad anticipada como la prevista en otras normas, en función de que se trata de un derecho personalísimo cuyo ejercicio no puede sujetarse a una edad que se determina arbitrariamente, aunque sea ella razonable. Cada niño y su historia, su contexto, su desarrollo madurativo con los aportes de la familia adoptiva, son diferentes; rasar esa dinámica vital imponiendo una edad cuando tal vez la necesidad de acceder al conocimiento y toda la verdad sobre la biografía le sean necesarios antes, era una decisión más gravosa. En definitiva, la norma en comentario se ajusta por su amplitud a los principios *“pro hominis”* y *“pro minoris”* que informan el análisis de los derechos humanos.

La evaluación de la madurez para el acceso es el verdadero límite legal, el más razonable y el más respetuoso de la dignidad personal del hijo adoptivo.

2. Interpretación

La tarea consistirá en evaluar si el niño o adolescente, de conformidad con la edad que tenga pero valorada conjuntamente con

la madurez, la reflexión, la necesidad manifestada, y con intervención de profesionales aptos para acompañar la inquietud, está en condiciones de tomar conocimiento de los antecedentes biográficos que hacen a su identidad. El texto legal es claro: expresa “*cuando lo requiera*”, anudado a la consideración de la edad y grado de madurez al que se refiere previamente para acceder a los hechos que dieron motivo al desprendimiento, la existencia o inexistencia de personas afectivamente relevantes, de hermanos, etc.

El acceso a esa información sensible permite consultar registros administrativos que deben ser preservados por los organismos públicos —como los servicios de protección de derechos o los registros de pretensos adoptantes—, no solo por su especialidad en la temática sino porque algunos registros locales también pueden contar con datos de la familia de origen cuando se ha trabajado previamente con ellos. Del mismo modo, alcanza a las disposiciones judiciales vinculadas con las medidas excepcionales o los trámites donde se resolvieron guardas preadoptivas, ampliándose el campo antes acotado solo al expediente de adopción.

La regulación permitirá al hijo adoptivo conocer el contenido de historias clínicas, certificados, fotografías, legajos escolares, constancias de hogares de tránsito, incluso legajos penales si el emplazamiento adoptivo tuvo como antecedente algún delito por el que resultó víctima, antecedentes médicos relevantes, etc.” *Registro*” es un término mucho más abarcativo que el técnico legal “*expediente*”, y esto se concatena con los obligados a proveer la información requerida por el hijo adoptivo.

2.1. Organismos habilitados para efectivizarlo

La fórmula adoptada es de tal amplitud que frente al derecho reconocido hace nacer la obligación de garantizarlo a los organismos públicos vinculados con la historia de la adopción de que se trate. No se reduce al ámbito judicial, pues tanto los Registros de Pretensos Adoptantes —nacional o provinciales— por su organización y

capacitación en la materia, devienen aptos para esa tarea, por contar con profesionales de disciplinas conducentes a proveer la contención que pueda requerirse, tanto para el hijo adoptivo como para sus padres. El asesoramiento y el acompañamiento son contemplados expresamente en la norma, como modo de profundizar el deber —sin consecuencias legales específicas— de los padres adoptivos de revelar al hijo que es adoptado y demás información relativa a sus orígenes.

2.2. El compromiso de los adoptantes

Si bien en la actualidad está generalizada e instalada la idea de la importancia de relatar la verdad sobre el origen adoptivo del vínculo filial, lo cierto es que no existía ni existe norma alguna que sancione el incumplimiento de los adoptantes del compromiso de develar el soporte no biológico del vínculo.

El mantenimiento de la obligación de hacer conocer al hijo adoptivo su origen no biológico sin consecuencias jurídicas expresas para los adoptantes, está dado por la imposibilidad de controlar el cumplimiento del deber y lo inadecuado de establecer un tiempo específico para hacerlo. Pero también, porque importaría un voto de desconfianza presumir que el secreto será lo que primará, cuando la modalidad del emplazamiento filial adoptivo en nuestro país es judicial, y generalmente es acompañada por la sociabilización del hecho con parientes y amigos de la familia.

La identidad —en su faz dinámica— está atravesada por múltiples factores y cada familia adoptante deberá regular con madurez el cómo y el cuándo contar al hijo la verdad del emplazamiento, si es necesario, con soportes terapéuticos adecuados.

Es conveniente que este tema forme parte de la entrevista entre los pretensos adoptantes y el juzgador al momento de tomar conocimiento de quienes detentarán la guarda con fines de adopción —principio de intermediación— es decir, en la audiencia

correspondiente. Sin perjuicio de ello, durante el juicio de adopción se volverá a plantear el tema, dejando constancia en el acta respectiva y plasmando este compromiso también en la sentencia.

En este punto es mucho más saludable un trabajo preventivo y contextualizado durante la etapa evaluativa a cargo de los registros de pretensos adoptantes, que una sanción legal ante un posible incumplimiento, reducido en cuanto a posibilidad de que se produzca por el avance que la sociedad tuvo en cuanto al derecho a la verdad del origen de las filiaciones.

2.3. Acción autónoma para conocer los orígenes

Además de la información pertinente sobre la historia que precedió a la adopción, el CCyC incorpora otra novedosa posibilidad en el último párrafo de este artículo.

Con base en la identidad personal del principal protagonista de la adopción, admite que los hijos adoptivos que no contaron con emplazamiento filial biológico, o que, indagando acerca de su origen sospechan que el consignado es apócrifo, puedan iniciar una acción autónoma que no afecte el vínculo jurídico nacido con la adopción.

Así como bajo el régimen derogado era admisible la comprobación del vínculo con el objetivo de descartar que existieran impedimentos matrimoniales (art. 327 CC según ley 24.779), en la actualidad se amplía la posibilidad a otras razones, vinculadas con el acceso a la información fidedigna sobre el origen. Nuevamente el derecho a la verdad, a conocerla, es el que informa esta prerrogativa para el adoptado.

Se trata de una acción autónoma que se reconoce a los adoptivos con independencia del tipo de adopción conferida — simple, plena o de integración— y que a su vez se distingue de la que se reconoce en el art. 624 CCyC a quien es adoptado plenamente, que

persigue el emplazamiento sin afectar la adopción, con el objeto de posibilitar el ejercicio de derechos alimentarios y sucesorios.

2.3.1. Legitimados activos

Esta acción es titularizada por el niño o el adulto emplazado como hijo adoptivo.

En caso de tratarse de un menor de edad, la misma será ejercida por sus representantes legales aunque en el supuesto del adolescente (mayor de 13 años) la ley presume que cuenta con madurez suficiente para que accione por sí mismo, con patrocinio letrado. En definitiva todo niño con el solo recaudo de madurez acorde al tema, puede requerir en cualquier momento información sobre su origen, y acceder a todos los registros administrativos o judiciales; si es adolescente puede, sin necesidad de representación legal, instaurar la acción.

2.3.2. Legitimados pasivos

Esta acción puede dirigirse contra sus progenitores biológicos, ascendientes o hermanos sin consecuencia jurídica alguna para el vínculo filial adoptivo.

Quien fue adoptado contando solo con filiación materna podría sospechar quién es su padre biológico y demandarlo para obtener la determinación filial; la acreditación del origen o el reconocimiento del progenitor biológico no generan ningún tipo de consecuencia en el lazo jurídico adoptivo. Además del derecho a conocer el origen, el Código reconoce en el art. 624 al hijo adoptivo pleno, una acción de emplazamiento excepcional para la determinación filiatoria que lo autoriza a ejercer derechos alimentarios y sucesorios contra el progenitor de origen.

En definitiva, la acción de acceso al origen contempla:

a. un derecho a la información subdividido en:

1. deber de ser informado sobre el origen no biológico, a cargo de los adoptantes y sin más límite que la edad y madurez del niño o niña;

2. deber de ser informado sobre las circunstancias de la adopción o la existencia de parientes biológicos, esta obligación recae en los organismos estatales.

b. un derecho a la registración fidedigna que persigue integrar todos los aspectos de la identidad si no hubo reconocimiento de ambos progenitores, o si existen hermanos, o determinar los ascendientes biológicos para:

1. demostrar la existencia de impedimentos matrimoniales;

2. completar la historia vital;

3. reclamar derechos alimentarios o sucesorios, sin afectar los efectos de la adopción plena, en cuyo caso se aplica el art. 624 CCyC.

Esta acción autónoma se ejerce sin otro límite que la edad y madurez adecuada para el acto de que se trate, la que se presupone si el niño o niña requiere espontáneamente conocer algún aspecto de los señalados, y con una mayoría de edad anticipada para los mayores de 13 años que pueden actuar sin representación y con su propio patrocinio.

ARTÍCULO 597.- Personas que pueden ser adoptadas.

Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental. Excepcionalmente, puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando: a. se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar; b. hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.

1. Introducción

Aparece en esta norma una modificación terminológica que poco tiene de neutral y mucho de coherencia con lo que axiológicamente significa la adopción como sistema filial. Como se dijo al comentar el concepto contenido en el art. 594 CCyC, se explicita que este instituto se regula para garantizar el derecho a vivir en familia de aquellos niños, niñas y adolescentes que no tienen garantizado su desarrollo en condiciones favorables en su núcleo familiar de origen. Se abandona así desde la letra de la ley la arraigada concepción de que la adopción es un medio para proveer de hijos a personas o parejas que carecen de descendencia, y de ese modo se coloca en el centro de la escena a aquellos a quienes el derecho habrá de proteger en sus derechos.

La centralidad que importa para la nueva legislación la consideración del adoptivo, aparece ya en la denominación “*personas que pueden ser adoptadas*” o “*personas menores de edad*”, a más de la consideración de un artículo especial, y en primer lugar, sobre ellos como sujeto del instituto, y no los adultos adoptantes.

La norma realiza una distinción necesaria para la ley: la que diferencia entre quienes tienen la plena capacidad civil y quienes no porque no alcanzaron la mayoría de edad o no se emanciparon. Sin perjuicio de ello, los iguala en la consideración de que ambos son personas y de ese modo contribuye con un lenguaje más acorde a evitar la discriminación que en razón de la edad siempre ha perjudicado a los niños. Pero también suplanta el término “menores”, de tinte paternalista y consideración de inferioridad respecto del mundo adulto, por uno más técnico e igualitario en términos de derecho, ajustado a la definición de niño que brinda el art. 1° CDN.

2. Interpretación

2.1. Menores de edad

Conforme el art. 25 CCyC son personas menores de edad no emancipadas, los niños (entre 0 a 12 años) y los adolescentes (a partir de los 13 y hasta los 18 años), y son las comprendidas en este artículo.

2.2. Emancipados

La mayoría de edad se adquiere a los 18 años a partir de la ley 26.579, en coincidencia con la edad núbil estipulada en el art. 403, inc. f, CCyC, de modo que la emancipación a la que se refiere el artículo se reduce a la obtenida a partir del matrimonio de la persona menor de edad.

Matrimonio que será celebrado con autorización de los representantes legales si tiene 16 o 17 años, o con dispensa judicial por debajo de esa edad (art. 404 CCyC) provocando la emancipación irrevocable que torna improcedente la adopción (arts. 27 y 699, inc. d, CCyC).

2.3. ¿Cuándo se tiene por cumplida la condición de admisibilidad?

Tanto la minoría de edad como la no emancipación deben estar presentes al momento en que se dicta la sentencia que decreta la guarda con fines de adopción (arts. 614 y 618 CCyC), siendo conveniente que dicho acto coincida con la efectivización de la disposición y el inicio inmediato del ensamble adoptivo. Se indica que los efectos de la adopción se retrotraen a la sentencia que resuelve la guarda, por lo que es a esa fecha en que la persona debe ser aún menor de edad o no estar emancipada.

2.4. La situación de adoptabilidad

La persona menor de edad es declarada en situación de adoptabilidad cuando se llevaron a cabo todas las medidas posibles para garantizar su permanencia en la familia de origen —nuclear o extensa— sin resultado satisfactorio, de conformidad con lo dispone el art. 607 CCyC. Procede siempre que se encuentre comprobada la imposibilidad de que los cuidados y necesidades del niño sean provistos por su familia de origen (conf. art. 595 CCyC y art. 9º CDN).

Las situaciones que pueden provocar tal declaración son:

1. filiación no establecida;
2. orfandad y ausencia de familia extensa;
3. desprendimiento por consentimiento informado de los progenitores;
4. ineficacia y agotamiento de las medidas de protección de derechos excepcionales implementadas;
5. ausencia de miembros de la familia extensa en condiciones de asumir la crianza mediante la figura de la guarda o de la tutela.

Se trata de un proceso regulado ahora en el CCyC, con plazos fijos y directivas claras, que nació en la práctica forense, se mejoró a partir de la ley 26.061 y finalmente plasmado en la regulación del derecho privado para dotar de homogeneidad a la intervención estatal en las familias con dificultades de crianza.

El dictado de la sentencia que declara a un niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad equivale en sus consecuencias a la que priva de la responsabilidad parental (art. 700 CCyC), de conformidad con lo que dispone el art. 610 CCyC y siempre que se haya dictado respecto de los dos progenitores.

Debe tenerse presente que la equivalencia no importa dejar de lado la posibilidad de que sean los miembros de la familia ampliada

quienes, prioritariamente se puedan convertir en guardadores (art. 643 CCyC) o tutores de los niños (arts. 104, 106 y 107 CCyC) en el marco del desarrollo de las medidas de protección implementadas, y recién ulteriormente procurar la filiación adoptiva.

2.5. Las excepciones

Teniendo en cuenta el concepto de adopción que brinda la ley civil, lógico resulta que esta figura no sea admitida para quienes ya no se encuentran en estado de desarrollo que requiera el mantenimiento de los efectos de la responsabilidad parental (mayores de edad y emancipados por matrimonio). Sin embargo, la realidad demuestra que existen vínculos preexistentes que necesitan de reconocimiento a partir de un emplazamiento adoptivo, aunque no se configure el recaudo de atender a las necesidades. Se trata de dos supuestos bien nítidos y cotidianos:

1. la adopción de integración; y
2. la posesión de estado de hijo preexistente a la mayoría de edad o emancipación.

2.5.1. Adopción de integración

La posibilidad de solicitar y que se conceda la adopción del hijo mayor de edad de uno de los miembros de la pareja es tanto para las matrimoniales como para las no matrimoniales. Además del principio igualitario que pivotea en todo el ordenamiento, la equiparación de ambas formas familiares en un tema como la adopción tuvo un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial, con base en que lo importante era el vínculo creado entre el hijo adoptivo y el pretense adoptante, y no el tipo de relación de pareja (matrimonial o no) entre el progenitor del adoptivo y su cónyuge o conviviente.

Sin perjuicio de la adopción conjunta por parte de ambos miembros de una pareja en unión convivencial y los requisitos para su

procedencia que se profundizan en el comentario al art. 602 CCyC, es destacable que para la adopción del hijo —biológico o adoptivo— de uno de los miembros de la pareja conviviente no es exigible la constitución de la unión convivencial en los términos previstos en el art. 510 CCyC. Esto es así en función de que la adopción de integración reconoce una determinada conformación familiar ya desarrollada en la realidad, mientras que la adopción de una pareja conviviente importa un emplazamiento creado a partir de la intervención.

2.5.2. Posesión de estado de hijo durante la menor edad

En este supuesto la excepción a la prohibición de adopción de mayores de edad tiene como exigencia que se pueda comprobar que el trato filial se desarrolló durante la menor edad, es decir hasta antes de cumplir los 18 años. Deberá, como ocurre con todo adoptante mayor de 10 años, requerir su consentimiento.

La posesión de estado importa la apariencia de la titularidad de un estado civil, fundada en el ejercicio público y continuado de las facultades correspondientes al mismo.

Lo relevante es que el vínculo se haya originado, desarrollado y mantenido con la publicidad suficiente para permitir acreditar su desarrollo en similares condiciones a los otros tipos filiales, con lazos afectivos consolidados y por los cuales se brindó los cuidados necesarios para el desarrollo.

ARTÍCULO 598.- Pluralidad de adoptados. Pueden ser adoptadas varias personas, simultánea o sucesivamente. La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción. En este caso, deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez. Todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

1. Introducción

A diferencia de lo que se reguló en las primeras leyes sobre adopción, que limitaban la posibilidad a un niño de cada sexo por matrimonio, se establece específicamente que es posible que se emplace adoptivamente a varias personas sin acotar numéricamente la cantidad de hijos adoptivos, ni limitarla a su sexo.

Las adopciones pueden decretarse en un mismo acto y dentro de un solo proceso —como cuando se trata de un grupo de hermanos— o en distintos momentos —como en el caso que los adoptivos no compartan vínculo de origen o que sí lo hagan y su situación de adoptabilidad se compruebe en momentos distintos—. Simultáneo es, entonces, lo que se realiza en un mismo espacio temporal, mientras que sucesivo implica que a una situación le sigue otra, en un orden temporal consecutivo.

Esta disposición debe ser analizada y aplicada en consonancia con el principio establecido en el art. 595, inc. d, CCyC —la preservación de los vínculos fraternos— y 595, inc. f, CCyC —el derecho a ser oído—.

Sin perjuicio de ello, se destaca también la disposición en cuanto establece que los vínculos fraternos nacidos con la adopción se consideran en un mismo plano, ya que el CCyC consagra ahora una verdadera igualdad en las relaciones jurídicas, clausurando cualquier tipo de distinción entre los hijos de un mismo adoptante, sean ellos adoptivos o biológicos, coherente con el principio de igualdad de los vínculos filiales (art. 558 CCyC).

La última porción del artículo constituye una novedad en ese sentido, puesto que el sistema anterior contemplaba el parentesco filial solo entre hijos adoptivos por adopción simple (art. 329 CC). 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.

La nueva redacción admite también que un hijo adoptado en forma plena por uno de los adultos que luego constituye una familia ensamblada pueda ser adoptado plena o simplemente por el cónyuge o conviviente y se creen vínculos filiales con los descendientes biológicos o adoptivos del adoptante.

Es importante destacar que el art. 620 CCyC dispone que: *“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”*, estableciendo una regla y su excepción. La regla es que la adopción simple no genera vínculo de parentesco sino entre adoptante y adoptado, lo que es corroborado por el art. 535 CCyC cuando establece que: *“En la adopción plena, el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo del adoptante con todos los parientes de éste. La adopción simple sólo crea vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante”*.

Una de las excepciones es la que nos convoca: la adopción — simple o plena— genera parentesco entre los hijos adoptivos o biológicos o nacidos por técnicas de reproducción en función del principio de igualdad y no discriminación y por aplicación de lo dispuesto en los arts. 529, 534 y 558 CCyC, sumado a la importancia que la legislación confiere a los vínculos fraternos, sean de origen biológico o adoptivo.

Los efectos derivados del parentesco entre hermanos a partir de la adopción serán de orden alimentario (art. 537, inc. b, CCyC), sucesorio (según los arts. 2424, 2438, 2439 y 2440 CCyC adquieren vocación hereditaria) a la par que nacen determinadas restricciones como la que les impide conformar una unión convivencial (art. 510, inc. c, CCyC) o en el caso del impedimento matrimonial dirimente de parentesco (art. 403, inc. b, CCyC).

2. Interpretación

A diferencia de la regulación que contenía el art. 313 CC, que establecía que todas las adopciones serían del mismo tipo (simple o plena), la legislación vigente, de textura abierta y mucho más permeable para dotar de contenido al principio general del mejor interés del niño, independiza el tipo de adopción de la existencia de otros emplazamientos de igual fuente filial.

La novedosa regla introducida en el art. 621 CCyC cobra vigencia, y puede suceder que un niño sea emplazado como adoptivo con efecto pleno manteniendo vínculos jurídicos con miembros de la familia de origen, o lo sea en forma simple y con lazos jurídicos creados por la sentencia de adopción con parientes de la familia adoptiva. Esta posibilidad, cuyo soporte estará dado por la mayor satisfacción posible de derechos de la persona menor de edad, se traduce en que dentro de una familia de adopción pueden coexistir hermanos biológicos y adoptivos, o solo adoptivos y en este último caso, emplazados por adopción simple o plena, con la salvedad que entre los hijos el parentesco de segundo grado nace con la sentencia y con independencia del tipo adoptivo que corresponda.

Tratándose de la adopción de integración, que ahora tiene su regulación específica y será motivo de análisis en el art. 631 CCyC, es dable recordar que se deja de lado la disposición que establecía que siempre debía ser conferida con carácter simple, pudiendo serlo plenamente si eso hace al mejor interés del hijo adoptivo. Nuevamente se muestra aquí que la multiplicidad de adopciones no condiciona los efectos con que se conceden las ulteriores, sino que lo relevante será la determinación de vínculo jurídico entre todos los hijos de los padres adoptivos, con los alcances que correspondan según las circunstancias de cada uno.

2.1. El derecho a ser oído de los hijos del adoptante

La evolución social del instituto importó que la existencia de hijos de los adoptantes, que originariamente obstruía la adopción de niños y niñas (art. 5° de la ley 13.252) dejara de ser un impedimento. Sumado a eso, las leyes sucesivas confirieron a los descendientes la posibilidad de ser oídos, aunque ese derecho quedaba sujeto a la discrecionalidad del magistrado. La fuerza normativa que la constitucionalización de los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) importó para el derecho privado, tornó obligatoria la aplicación del art. 12 CDN aún sin disposición interna específica. Recordemos que el art. 12.1 CDN dispone: *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*. Lo que nació como una prerrogativa judicial se convirtió en garantía exigible.

En ese contexto, el Código Civil y Comercial respeta la consideración de la calidad de sujetos de derechos de todos los niños involucrados, asume que la adopción es un asunto que afecta a los descendientes de los pretensos adoptantes, y le confiere la participación para ejercer la garantía que lo asiste.

¿Cuál es el alcance de su intervención? Es citado, informado, y se recaba su opinión sobre la adopción que se pretende, adecuándose el interlocutor a la edad y el grado de madurez que en ejercicio de su autonomía progresiva haya desarrollado, con el alcance explicado al analizar el principio contenido en el art. 595, inc. f, CCyC.

La evaluación de la palabra del descendiente se hará en función del principio de autonomía progresiva que informa el sistema legal relativo a la infancia (art. 5° CDN, art. 3° de la ley 26.061 y arts. 24 y 26 CCyC). El magistrado tomará personalmente la entrevista con los hijos del o los adoptantes, sin perjuicio de que podrá recurrir al auxilio de los profesionales de otras disciplinas cuando se trata de

niños de muy escasa edad o con limitaciones intelectuales, o se le dificulte por alguna circunstancia la obtención de la opinión o el análisis del alcance de lo expresado. Rige la disposición procesal contenida en el art. 707 CCyC.

Especialmente se deberá tener en cuenta el desarrollo de los vínculos a partir de la convivencia entre el o los hijos y el pretense adoptivo, sin minimizar la opinión pues aún los niños más pequeños están en condiciones de expresar lo que consideran respecto de la incorporación de otros integrantes a la familia.

Aunque la norma lo circunscribe al espacio judicial al establecer la obligación para el juez, el ejercicio del derecho constitucional-convencional a ser oído y tener en cuenta la opinión de los hijos de los pretensos adoptantes debe ser implementado en la etapa de evaluación que llevan a cabo los registros de pretensos adoptantes.

En primer lugar porque este derecho se ejerce en todos los ámbitos en los que los niños desarrollan sus relaciones interpersonales, y no únicamente en los tribunales. Pero también en razón de que una vez decretada la situación de adoptabilidad, la inserción del niño que será adoptado en la familia del o los pretensos adoptantes debe tener allanado todo escollo para permitir un ensamble filial sustentable. Deberá garantizarse que la decisión de los adultos sea acompañada por una opinión favorable de los descendientes, pues eso reducirá los inconvenientes propios de la inserción de un tercero en un grupo familiar ya constituido y dotará de un soporte más cohesivo a la estructura familiar, pudiendo ser parte del trabajo de acompañamiento de los equipos que integran estos Registros con miras a una adopción segura.

ARTÍCULO 599.- Personas que pueden ser adoptantes.

El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente. En caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial recoge la evolución normativa y jurisprudencial que, con base constitucional y fundamento en los principios de igualdad y no discriminación, admitió la posibilidad de reconocimiento de derechos para las distintas conformaciones familiares.

La nueva redacción deja de lado toda consideración prejuiciosa acerca de que una u otra forma familiar es la más adecuada, pues lo prevalente es el derecho del niño a vivir en una familia (monoparental, biparental, ensamblada, matrimonial, extramatrimonial, la legislación no se inmiscuye en los tipos posibles) que le provea los cuidados que no le pudieron ser proporcionados por aquella donde nació.

2. Interpretación

Seguir sosteniendo que la adopción dual solo procede para uniones matrimoniales importaba dar preeminencia a un arquetipo de conformación respecto de otro, cuando la unión matrimonial no garantiza, por sí misma, la perpetuidad del vínculo y en poco se vincula con el desarrollo de las funciones parentales que importa la adopción. En primer lugar, entonces, 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.

Aunque huelga decirlo, son las condiciones personales de los pretensos adoptantes las que deben tomarse en cuenta según el interés concreto de un niño o niña determinado, quedando fuera de tal consideración la elección sexual de la persona (art. 16 CN). Esta pauta no tiene incidencia alguna para que sean admitidos como posibles padres o madres, ni la condición de pareja o matrimonio homo o heterosexual será un parámetro válido. Cabe recordar aquí lo dicho por la Corte Interamericana: *“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”*. (11)

Es de hacer notar que con la denominación *“personas que pueden ser adoptantes”*, solo se enumera la obligación de contar con la edad mínima de 16 años, siendo todos los restantes recaudos contemplados individualmente para las distintas formas familiares que pudieren presentarse.

2.1. Matrimonio

La preminencia que anteriormente se daba a las parejas unidas en matrimonio y que se volcaba en el art. 312 CC queda desarticulada por esta nueva redacción, que no establece preferencias de modelos familiares. Pero también porque la adopción de un niño por una pareja unida a partir del matrimonio, a la par que continúa siendo exigida conjuntamente — art. 602 CCyC—, es tratada con las excepciones a ella —arts. 603 y 604 CCyC— para dotar de tratamiento igualitario a las distintas formas familiares reconocidas constitucionalmente (arts. 14 bis y 75, inc. 22, CN) y regulando situaciones particulares de manera autónoma. El sistema es coherente: se trata de regular para que las diversas formas familiares estén

protegidas y puedan efectivizar el derecho del niño, niña o adolescente a vivir en familia.

Para proceder a la inscripción como pretensos adoptantes no se requiere comprobación de determinada cantidad de años de matrimonio, ni tampoco imposibilidad de procrear, sin perjuicio de los requisitos generales de edad mínima, diferencia de edad con el adoptivo, no tener grado de parentesco inhabilitante, residencia efectiva en el país e inscripción en el Registro de Pretensos Adoptantes (arts. 600 y 601 CCyC).

2.2. Uniones convivenciales

Haciéndose eco de algunas críticas que recibiera el Anteproyecto para la Unificación de los Códigos Civil y Comercial, la primigenia redacción que no exigía a los pretensos adoptantes llenar los requisitos estipulados para ser considerados uniones convivenciales fue modificada. Consecuencia de ello es que aquellas parejas que se inscriben como pretensos adoptantes, deberán reunir las condiciones estipuladas en el art. 510 CCyC, con excepción de la adopción de integración.

Se trata de una relación afectiva, estable, permanente, singular, pública y notoria compartiendo un proyecto de vida en común por un período mayor a los dos años. Este recaudo temporal se plasmó para reducir la discrecionalidad judicial que irrogaría la sola mención a la estabilidad, y como modo de legitimar socialmente a la convivencia de pareja que en el matrimonio se logra merced a la celebración del mismo, estableciendo una suerte de equiparación con una importante diferenciación.

Las voces críticas que se alzaron por la incorporación de las uniones convivenciales como formas familiares con posibilidad de adoptar, esgrimieron dogmáticamente un presunto interés del niño, y un pseudo sobrevalor del matrimonio respecto de las uniones convivenciales, sin profundizar en argumentos válidos en un Estado

constitucional y convencional de Derecho ni desestimar el contenido de los arts. 16 y 19 CN. No consideraron 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, brindarle pautas de cuidado y educación donde prime el respeto entre los miembros del grupo familiar, lo que por cierto no está garantizado ni siquiera con el matrimonio. Por otra parte, omiten considerar un argumento simple pero efectivo: la regulación de las uniones convivenciales con similares derechos a las matrimoniales en aspectos relativos al ejercicio de la vida familiar no importa sino un mayor pluralismo social, sin dotar de preferencia a una u otra forma.

2.3. Monoparentalidad

Siguiendo con la tradición jurídica que naciera con la primera ley de adopción, se mantiene la posibilidad de que una sola persona sea emplazada jurídicamente como padre o madre adoptivo/a. El art. 4° de la ley 13.252 primero, el art. 2° de la ley 19.134 luego y finalmente el art. 312 CC explicitaban que nadie podía ser adoptado (simultáneamente agregó la ley 24.779) por más de una persona, salvo que los adoptantes fueran cónyuges.

A ello se suma que es constitucionalmente disvaliosa realizar preferencia alguna basada en el sexo del progenitor, es decir, priorizar a la mujer por sobre el varón. Resaltó la Corte IDH en el caso *“Formerón e hija”* que involucra a nuestro país la necesidad de dotar de trato igualitario a las distintas conformaciones familiares en los siguientes términos: *“Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma (...) Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”*.(12)

2.4. Diferencia de edad entre adoptante y adoptado

Nuevamente enfocado en la realidad, el CCyC modifica —descendiendo— de 18 a 16 años la diferencia en años que tendrá que existir entre el o los pretensos adoptantes y el niño, niña o adolescente.

Es que la filiación adoptiva debe guardar cuantas similitudes sean posibles con la biológica, y en ese plano, no son pocos los que se convierten en progenitores antes de alcanzar la mayoría de edad. Pero además, la idea que campea en esta norma es la madurez emocional para desempeñarse como padre o madre adoptivo, y los 16 años es un límite etario plasmado en el CCyC para el ejercicio de derechos personalísimos (art. 26 CCyC), asumiéndose que la capacidad progresiva va llegando a su apogeo, de modo que la reducción de la diferencia no es desajustada.

Al mencionar que *“todo adoptante”* deberá interpretarse que si se trata de una pareja matrimonial o en unión convivencial, serán ambos miembros quienes deben cumplir con tal requisito.

2.5. La excepción en la adopción de integración

La legislación derogada (art. 312 CC) admitía las adopciones sin que existiera la diferencia de edad —que estipulaba en 18 años— para un solo supuesto: que uno de los cónyuges procurara la adopción del hijo adoptivo del cónyuge pre fallecido.

Esta disposición dejaba fuera varias situaciones que se presentaban, tales como familias ensambladas donde uno de los integrantes tenían hijos adolescentes, procreaban hijos en común, y la diferencia de edad respecto de los primeros no alcanzaba los 18 años exigidos, impidiéndose así emplazamiento en un estado filial que se daba en la práctica. Tal norma devenía a todas luces irrazonable y atentatoria del mejor interés de los niños y del grupo familiar involucrado.

El Código Civil y Comercial amplía las fronteras y no exige diferencia de edad entre adoptantes y adoptados en el supuesto de la filiación adoptiva de integración, con independencia si son hijos biológicos, adoptivos o nacidos por técnicas de fecundación. El fundamento es que al legislador le interesa el reconocimiento y la protección de los lazos preexistentes, que hacen al aspecto dinámico de la identidad personal.

2.6. Nueva adopción de la persona menor de edad

Ante el supuesto del fallecimiento del adoptante unipersonal o adoptantes duales, el Código Civil y Comercial establece la procedencia de una nueva adopción. Pero también contiene una previsión más amplia que la del art. 312 CC que la limitaba a ese solo supuesto, al hacerla extensiva a otras circunstancias que motiven la extinción de la adopción.

Esas otras causas que darían lugar a que se gestione una nueva adopción —además del fallecimiento de uno o ambos adoptantes— serían la privación de la responsabilidad parental al o los adoptantes (art. 700 CCyC), la sentencia declarando la revocación de la adopción simple por supuesto de indignidad siendo el adoptado aún menor de edad (art. 629, inc. a, CCyC), la revocación de la adopción de integración concedida en forma plena (art. 633 CCyC), la nulidad de la adopción (arts. 634 y 635 CCyC).

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

- a. resida permanentemente en el país por un periodo mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país;
- b. se encuentre inscrita en el registro de adoptantes.

1. Introducción

Aquí se establecen dos requisitos formales que deben cumplimentarse para acceder a ser padre o madre adoptivo/a: la residencia permanente y la inscripción registral.

2. Interpretación

2.1. Residencia permanente

Esta exigencia estaba presente en el art. 315 CC. La novedad radica en que ahora se excepciona de su cumplimiento a los argentinos nacidos o naturalizados.

Los fundamentos de esta restricción para los adoptantes de origen extranjero deben buscarse en las dificultades que plantean los pretensos adoptantes nacionales de acceder a este instituto —tema que no se reduce a que no existen niños en situación de ser adoptados, sino más bien a que los que se encuentran en condiciones son generalmente de más edad que las aceptadas por los adultos inscriptos, o con historias de vida sumamente difíciles— sumado a la postura que sostuvo que los ciudadanos argentinos no estaban incluidos en la prohibición de las adopciones internacionales no admitidas por nuestro país conforme la reserva efectuada al art. 21, incs. b, c y d CDN (según art. 2° de la ley 23.849).

La aplicación literal del art. 315 CC incluía a argentinos que, por diversas razones (laborales, profesionales, educativas, de salud, etc.), tuvieran que residir en otro país y, al regresar se veían impedidos de adoptar por carecer de una residencia ininterrumpida.

El art. 9° del decreto 383/2005 reglamentario de la ley 25.854 de Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, flexibilizó este requisito en estos términos: *“A efectos del cómputo del plazo de residencia exigido por el artículo 5° de la Ley N° 25.854, podrán sumarse distintos períodos en los que los aspirantes hayan residido efectivamente en*

el país. Cuando los aspirantes sean miembros del servicio exterior de la Nación, a los fines del cómputo del plazo de la residencia se tendrá en cuenta el tiempo de prestación de servicios para la Nación en el extranjero”. Pero el decreto 1022/2005 derogó el art. 9° y las reglamentaciones que le sucedieron —decretos 995/2006 y 1328/2009— no lo retomaron, por lo que el art. 5° de la ley 25.854, similar a la disposición del art. 315 CC estuvo vigente hasta la sanción de la nueva legislación.

En la actualidad, entonces, se mantiene la obligación para el adoptante extranjero, y se exceptúa a los argentinos nacidos o naturalizados, residan o no en el país.

2.2. Inscripción en el Registro de adoptantes

La ley 25.854 crea el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con el objetivo de conformar una red de registros de aspirantes a guarda con fines adoptivos integrada por los diferentes registros provinciales (art. 1° del decreto 1328/2009). A su vez, se invita a las provincias a adherir a ese Registro Nacional con la idea de que se constituya una red con todos los registros locales para obtener un listado a nivel nacional con todos los pretensos adoptantes aptos o habilitados para adoptar según los requisitos de idoneidad que fije la regulación de cada ámbito local y teniéndose en cuenta los distintos supuestos fácticos: niños mayorcitos, grupos de hermanos, niños con alguna discapacidad, etc.

Con excepción de las adopciones de integración (el art. 632, inc. b, CCyC 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 pretenso adoptante previa inscripción realizada 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.

La mera inscripción es insuficiente al momento de discernir la guarda para adopción, de modo que es importante que a la

registración o inscripción le siga la evaluación por los profesionales designados para ese cometido, que se completen todos los recaudos administrativos, adjuntando la documentación que se requiera, y finalmente se cuente con la aprobación del organismo.

Este requisito es ineludible, y ello en razón de la gran responsabilidad que implica escoger los mejores adultos para desempeñarse como progenitores adoptivos de las personas menores de edad que vieron dañado su derecho a la vida familiar en su grupo de origen. El Código Civil y Comercial resalta la importancia de la registración a partir de varias normas, pero se visualiza más nítida con la sanción prevista —nulidad absoluta de la adopción otorgada en violación a la inscripción y aprobación del registro de adoptante— en el art. 634, inc. h, CCyC.

ARTÍCULO 601.- Restricciones. No puede adoptar:

- a. quien no haya cumplido veinticinco años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito;
- b. el ascendiente a su descendiente;
- c. un hermano a su hermano o a su hermano unilateral.

Remisiones: ver comentario al art. 634, incs. e y f, y 635 CCyC.

1. Introducción

Con una notable mejora de la técnica legislativa, se establecen los recaudos positivos en los arts. 599 y 600 CCyC, mientras que aquellos que obstan a la consideración de la aptitud adoptiva se condensan en esta norma. Se abandona definitivamente la concepción de que la imposibilidad de lograr la descendencia por medios naturales sea un recaudo necesario para constituirse en adoptante, en razón del

objeto que motoriza este instituto: el derecho a la vida familiar del niño.

Como aconteció con las leyes de adopción precedentes, se produce una nueva reducción en la edad mínima que se exige a la persona que se inscribe como adoptante, aunque si se trata de una adopción bilateral (matrimonial o en unión convivencial) basta con que uno solo de los que adoptan conjuntamente cumpla con ese requisito.

Si bien no se expresa en esta disposición, tampoco se exige la edad legal mínima para los supuestos de adopción de integración del hijo biológico o adoptivo del cónyuge o conviviente, conforme se explica en el comentario al art. 630 CCyC.

Se mantiene la prohibición de emplazamiento adoptivo entre aquellos que tienen vínculo filial biológico cercano, pues para ese fin subsiste la figura de la tutela, que se condice también con el derecho a la permanencia en la familia de origen.

2. Interpretación

2.1. Edad mínima para ser adoptante

La primera ley en materia de adopción la fijaba en 40 años (conf. art. 5° de la ley 13.252), la siguiente en 35 años (art. 5° de la ley 19.134) y la ley 24.779 la redujo a 30 años (art. 315 CC). La determinación legislativa se vincula con la dinámica ínsita en las relaciones interpersonales familiares y los cambios sociales.

La reducción a 25 años cumplidos como edad mínima para acceder a la adopción aparece razonable en punto a los recaudos de madurez y estabilidad necesarios para afrontar la crianza de un niño.

2.1.1. Flexibilización del requisito en la adopción conjunta

Siendo que el fundamento de la reducción de la edad mínima legal reposa en la madurez para la crianza presumida por la sociedad y la cultura de estos tiempos para quienes alcanzaron los 25 años, es suficiente con que uno de los integrantes de la pareja o matrimonio cuente con ella. Esta postura legislativa es coherente con la admisión de la adopción unipersonal, y entonces, si una persona sola puede adoptar, basta con que uno solo de los miembros de la pareja conviviente o matrimonial reúna la edad exigida.

Se deja de lado la anterior regulación (art. 315 CC) que permitía excepcionar la edad mínima bajo dos condiciones: que se tratara de un matrimonio de más de tres años —con fundamento en la estabilidad— y que acreditaran la imposibilidad de procrear. También los años de matrimonio exigidos para que prospere la excepción a la exigencia de una edad mínima se redujeron de ocho a cinco años y finalmente a tres, desapareciendo como recaudo en el actual ordenamiento.

La finalidad que motoriza la regulación legal de la filiación adoptiva no es dotar de hijos a adultos que no procrean y el desarrollo de la aptitud de crianza puede independizarse de la relación vincular de pareja, pues se produce entre el niño y quien cumpla el rol paterno o materno. De tal suerte que la mentada estabilidad que se tenía en consideración a partir de exigir el transcurso de determinada cantidad de años de matrimonio dejó paso a la estabilidad que debe conseguirse en el vínculo adultos/niño.

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 en función del vínculo que nace y se desarrolla con el hijo adoptivo, que será el que deba forjarse en condiciones de estabilidad y perdurabilidad.

Esto motiva que la ley actual abandone los recaudos de tiempo de convivencia o infertilidad, ambos ajenos a la relación padres-hijos, y considere imperativo que al menos uno de los miembros de la pareja (matrimonial o convivencial) cuente con la edad mínima exigida.

2.2. Las uniones convivenciales

A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, que se constituye a partir de un acto formal, las uniones convivenciales que ahora son reguladas y contempladas en el Código Civil y Comercial (arts. 509 a 528 CCyC) carecen de la exigencia de una determinada modalidad inaugural que marque su comienzo.

Se establecen recaudos para su reconocimiento jurídico como la mayoría de edad de sus miembros, la inexistencia de impedimentos de parentesco, ligamen, subsistencia o simultaneidad de otra unión convivencial, y el mantenimiento de la convivencia por el plazo mínimo de dos (2) años. Sin embargo, los preceptos que reglamentan esta forma familiar no exigen la registración obligatoria, sino que ella constituye un medio de prueba de la existencia de la unión (art. 511 CCyC).

Los adoptantes que convivan en unión convivencial deberán cumplir con los recaudos previstos en el art. 510 CCyC, alguno de ellos como mínimo deberá contar con 25 años de edad, y les será requerida la comprobación del plazo de convivencia contemplado en el inc. e de esa norma, no como recaudo de estabilidad —que, como se vio, dejó de exigirse a las parejas matrimoniales— sino como condición de existencia de este tipo familiar.

2.3. La edad mínima en la adopción de integración. Excepción no contemplada legalmente

La norma que analizamos establece la edad de 25 años del adoptante sin excepcionar del cumplimiento de ese requisito general al cónyuge o conviviente en una adopción de integración, como lo hace para la adopción conjunta.

Los artículos que regulan las nulidades de la adopción establecen también genéricamente que será nula de nulidad relativa la sentencia de adopción que se dicte incumpliendo el requisito de la edad mínima (art. 635, inc. a, CCyC).

Una primera lectura de la norma que comentamos indicaría que, promovida la adopción de integración por el cónyuge o conviviente del o la progenitora del niño, niña o adolescente —adoptivo, biológico o producto de técnicas de reproducción— el pretenso adoptante debería contar con la edad legal mínima (25 años).

Otra interpretación posible es que se considere que el artículo excepciona al adoptante que no alcanza esa edad, pero cuyo cónyuge o conviviente cumpla el requisito de edad mínima. Pero aparece una cuestión, y es que la ley se refiere al supuesto de adopción conjunta. La adopción de integración es la que crea vínculo filial con el hijo o hija de la pareja —conyugal o convivencial—, por lo cual la adopción de integración es necesariamente unipersonal.

Otra interpretación posible es que se considere que el artículo excepciona al adoptante que no alcanza esa edad, pero cuyo cónyuge o conviviente cumpla el requisito de edad mínima. La ley se estaría refiriendo al supuesto de adopción conjunta. Por el contrario, cuando se trata del supuesto especial de adopción unipersonal como lo es la adopción de integración en la que se crea vínculo filial con el hijo o hija de la pareja —conyugal o convivencial— no se aplicaría la exigencia de la edad legal mínima al cónyuge o conviviente adoptante, ya que ello significaría demorar la filiación adoptiva del hijo de su

pareja —que puede o no tener esa edad mínima— y retardar el reconocimiento de la identidad dinámica del adoptivo.

Esta solución interpretativa se inspira en los principios generales en materia de adopción (art. 595, incs. a y b, CCyC). Esta misma línea interpretativa acontecería en el caso de que un cónyuge o conviviente menor de 25 años solicite la adopción del hijo de su pareja convivencial o matrimonial por imperio de lo que disponen los arts. 16 y 19 CN, ya que el supuesto fáctico no difiere de la excepción conferida a la adopción bipersonal que se aplica cuando solo uno de los adoptantes alcanza esa edad, máxime si en el ejercicio del derecho a ser oído, el propio niño requiere su filiación adoptiva de integración.

2.4. Impedimento en razón del parentesco

Se mantienen las dos restricciones que estaban previstas en la legislación derogada:

- a. el ascendiente a su descendiente; y
- b. los hermanos unilaterales o bilaterales.

El fundamento es que existen otras figuras legales protectorias, como la tutela, aplicada para el supuesto de estos parientes que, de ser el caso, aparecerán como miembros de la familia de origen con derechos prioritarios respecto de pretensos adoptantes.

De otra parte, en el supuesto de los hermanos, además de que la relación filial es horizontal, sería bastante difícil que se cumplan los requisitos de edad mínima o diferencia de edad, desvirtuándose la pretendida madurez para el ejercicio de los roles parentales.

Las correcciones respecto del texto anterior son mínimas y solo aclaratorias: se abandona el plural en el primer caso, que podía mover a la confusión de considerar solo prohibida la adopción conjunta de los ascendientes (ambos abuelos o bisabuelos, por ejemplo) y la referencia a los hermanos es corregida y especificada,

reemplazando la fórmula “*un hermano a sus hermanos o medio hermanos*” por la actual “*un hermano a su hermano o a su hermano bilateral*”.

2.5. Consecuencia de la violación de las restricciones

Se mantiene la sanción de nulidad absoluta de la adopción conferida existiendo impedimentos de parentesco que regulaba la legislación anterior, conforme ahora se dispone en el art. 634, incs. e y f, CCyC, a cuyos comentarios remitimos.

Respecto de la adopción obtenida sin que el adoptante reúna el requisito de edad mínima de 25 años, la regla contenida en el art. 635, inc. a, CCyC indica que es pasible de nulidad relativa, remitiéndonos al comentario respectivo.

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

1. Introducción

Siguiendo la modalidad de equiparación de varios de los efectos de las uniones matrimoniales a las convivenciales y, a tono con la postura ideológica de codificar para la inclusión con el reconocimiento de la mayor cantidad posible de derechos, en el supuesto de la adopción se equipara el tratamiento de sendas formas familiares en un principio general: ambos integrantes de la pareja deben adoptar conjuntamente.

Este recaudo tiene su soporte en el interés superior del niño en ser deseado como hijo por aquellos con los que convivirá, y no rechazado por alguno de ellos. A ello se suma la modificación en la dinámica familiar y de pareja que se produce con la llegada de un hijo, lo que lógicamente debería ser consensuado por quienes la integran y formar parte de un proyecto familiar compartido. En función del

principal sujeto de interés jurídico en el tema de la filiación adoptiva —el niño, niña o adolescente— no es un dato menor que si existe un proyecto de pareja con determinadas características y objetivos comunes, y la filiación adoptiva forme parte del mismo, sea correspondido por ambos.

Las excepciones o flexibilización de este principio de adopción dual se normativizan en disposiciones jurídicas separadas, realizando de este modo la igualdad de tratamiento con independencia de que se trate de matrimonio o uniones, pues si algo establece una identidad en las dos formas familiares es el proyecto de vida en común de los miembros de la pareja. Y se hace en una doble vertiente:

a. admitiendo la adopción unipersonal de persona casada o en unión convivencial (art. 603 CCyC); o

b. admitiendo la adopción dual o conjunta de personas divorciadas o cuya convivencia cesó (art. 604 CCyC). 2. Interpretación

2.1. Adopción conjunta de personas casadas

En un primer estadio adoptivo 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 preminencia de la adopción unipersonal sobre la dual.

El CCyC establece claramente cuál es la regla general: la adopción pretendida por una persona casada no podrá ser unipersonal, sino que deberá promoverla conjuntamente con su cónyuge.

La excepción a tal principio se encuentra en el supuesto previsto en el art. 603 CCyC —personas con capacidad restringida o separación de hecho— en cuyo caso se flexibiliza la directiva y la adopción unipersonal es posible aun estando vigente el matrimonio.

De manera similar, pero en sentido inverso, la adopción conjunta también será viable cesado el vínculo conyugal (o la unión convivencial) si los cónyuges (o convivientes) desarrollaron los roles parentales durante su vida en común y esa ruptura no causa perjuicio a la persona menor de edad, afectando su interés superior.

2.2. Adopción conjunta de personas en unión convivencial

Como se explicó, al regularse dentro del sistema de derecho privado las uniones convivenciales, y establecer un catálogo de derechos similares a los reconocidos a los matrimonios, con las salvedades necesarias para su diferenciación, se incluyó la posibilidad de acceso a la filiación adoptiva para sendas formas familiares en igualdad de condiciones.

De este modo el miembro de la pareja unida conforme una relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente, que convive compartiendo un proyecto de vida común (art. 509 CCyC) podrá adoptar solo si lo hace conjuntamente con su conviviente, y reuniendo los requisitos previstos en el art. 510 CCyC.

2.3. Adopción unipersonal o dual ante la ausencia con presunción de fallecimiento

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, CCyC esta previsión no se encuentra contemplada en la actualidad.

Lo que ocurre es que por aplicación del art. 435, inc. b, CCyC 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 CCyC.

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

a. el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto. En este caso debe oírse al Ministerio Público y al curador o apoyo y, si es el pretense adoptante, se debe designar un curador o apoyo ad litem;

b. los cónyuges están separados de hecho.

1. Introducción

El principio general contenido en el art. 602 CCyC relativo a la adopción dual o conjunta cede cuando uno de los miembros de la pareja o matrimonio se encuentra imposibilitado de expresar su voluntad adoptiva, no pudiendo ser suplida. Resultaría injusto que el restante se vea impedido de desarrollar la crianza de una persona menor de edad por la imposibilidad física o psíquica de su cónyuge o pareja conviviente de expresarse sobre la adopción.

2. Interpretación

2.1. Incapacidad o capacidad restringida del cónyuge o conviviente

Varias reglas de corte constitucional-convencional son las que conforman el soporte jurídico de la regulación de las restricciones a la capacidad jurídica de las personas. Entre ellas puede mencionarse la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (especialmente el art. 12), la regla 75, inc. 23, CN que obliga al

Congreso a adoptar medidas de acción positiva en resguardo de una categoría vulnerable como lo son las personas con discapacidad, la Ley 26.657 sobre Salud Mental, que en su art. 3° refiere: *“En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”*.

El Código Civil y Comercial reglamenta el ejercicio de la capacidad de los ciudadanos (arts. 31 a 50 CCyC), 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 solo excepcionalmente y en su propio beneficio pueden imponerse restricciones a esa capacidad de ejercicio; 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. Para ese acto se deberá contar con dictamen interdisciplinario, y ante la duda, siempre será de aplicación el principio general de la capacidad de ejercicio.

Si, en cambio, en la sentencia que declara la incapacidad o restringe de forma parcial o gradual el ejercicio de algunos derechos, se expide el magistrado determinando que el causante no se encuentra en condiciones de desarrollar autónomamente las tareas de cuidado y protección de un niño, el cónyuge o conviviente queda habilitado para adoptar individualmente.

La determinación de la capacidad o no para ser adoptante puede ser peticionada por el cónyuge o conviviente con plena capacidad en su carácter de curador (art. 139 CCyC), en cuyo caso se designa un tutor ad litem a quien tiene restringida su capacidad y se confiere intervención al Ministerio Pupilar (art. 103 CCyC) pues aparecerían intereses contrapuestos. Realizada la evaluación interdisciplinaria que permita determinar el grado de comprensión del acto, o comprobado que la capacidad del cónyuge o conviviente debe declararse o mantenerse restringida para consentir una adopción dual, porque no alcanza a comprender los alcances del acto, no se encuentra en condiciones físicas o intelectuales de proveer los cuidados necesarios al niño, u otro motivo, la adopción se decretará a favor del otro cónyuge o conviviente y será unipersonal. Eso no es obstáculo para que, si la persona con capacidad restringida recupera el pleno ejercicio de ella, interponga la adopción de ese mismo niño, niña o adolescente. Los efectos de ella se juzgarán de conformidad con las reglas de la adopción de integración y el art. 621 CCyC.

2.2. La separación de hecho

Esta excepción a la adopción dual exigida para personas casadas o en unión convivencial juega únicamente para el primer supuesto, es decir, para los cónyuges.

El cese de la vida en común de la pareja matrimonial importa un soporte fáctico que no disuelve el vínculo, a diferencia de lo que ocurre con la unión convivencial, que por disposición legal (art. 523, inc. g, CCyC) cesa con la interrupción voluntaria de la convivencia. De modo que el o la adoptante cuya unión convivencial es interrumpida gozará de estado civil soltero, divorciado (si antes de la unión había contraído nupcias) o viudo (si antes de la unión estuvo casado y su cónyuge había fallecido), correspondiendo una adopción unipersonal reglada por las normas genéricas. La excepción es clara: se refiere únicamente a los cónyuges separados de hecho.

ARTÍCULO 604.- Adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial. Las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión. El juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño.

1. Introducción

Esta otra posibilidad legal es la contrapartida de la adopción unipersonal para personas casadas o en unión convivencial, ya que posibilita el resultado inverso: la adopción conjunta de quienes desarticularon el proyecto de pareja a partir del divorcio o el cese de la unión convivencial.

2. Interpretación

2.1. Adopción dual, proyecto de vida común e interés superior del niño.

Los adoptantes que durante su matrimonio o la vigencia de la unión convivencial asumieron la guarda con fines de adopción de un niño, niña o adolescente podrán obtener el emplazamiento adoptivo que pretendían con independencia de la disolución del vínculo de pareja o la desaparición del proyecto convivencial que compartían. Nuevamente aquí se pone de relieve la importancia que se confiere a la relación vincular entre las personas adoptantes y el hijo adoptivo, relegando la relación de la pareja que pudo no resultar como tal, sin impactar negativamente en el proceso de emplazamiento filial.

Se contempla entonces la adopción conjunta en función de evaluar que el interés superior del niño se verá resguardado aun cuando los adoptantes ya no cumplan con la regla de estar casados o unidos convivencialmente, pues puede suceder que mantengan

intactas sus aptitudes parentales respecto de la persona menor de edad.

Desde otro punto de vista, pero estrechamente vinculado, la construcción identitaria del niño se conforma con las vivencias que desarrolla a partir de que la guarda para adopción es discernida a favor de los antes cónyuges o miembros de una unión convivencial, y el cambio de la circunstancia de la pareja le es, en principio, ajeno y no debe afectarlo. Una solución en contrario haría prevalecer el interés abstracto y formal de la adopción individual por alguno de los miembros de la ex pareja, por sobre el concreto y tangible del niño, que tiene derecho a la coparentalidad que venía desplegando.

Más claro aún puede resultar el caso concreto de la adopción de integración que promueva el conviviente del progenitor del niño o niña, no sujeto a los plazos estrechos de guarda para adopción. En las familias ensambladas generalmente transcurren períodos de tiempo prolongados hasta que se decide la promoción de la acción de filiación adoptiva. Si ese fuera el caso, y durante el proceso la unión convivencial de los adultos finalizara, apelando a este dispositivo excepcional se emplazaría al hijo o hija de la ex pareja en el estado filial que se condice con el desarrollo de su identidad.

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;
2. el interés superior del niño; y
3. de qué forma incide la ruptura de la unión de los pretendos.

Como en todo proceso adoptivo, resulta dirimente la valoración por el magistrado interviniente del ensamble producido entre el niño y los adultos que pretenden la adopción, cómo se satisface el derecho a la vida familiar, si se despliegan los roles adultos con miras a la protección integral y el correcto desarrollo,

reemplazando los vacíos provocados por las omisiones de la familia de origen en lo que a satisfacción de intereses y necesidades concierne. Puede suceder que la ruptura de la convivencia de la pareja que motivará el divorcio o el cese de la unión incida en ese vínculo y puede que no lo haga. En uno u otro caso integrará la valoración judicial al momento de resolver si la adopción es procedente, y si lo será unipersonal, conjunta, simple, plena, flexibilizada o no. Inclusive, es posible el rechazo de la demanda si la crisis de la pareja afectó la dinámica vincular filial en construcción.

La evaluación de todas las aristas que involucra un proceso adoptivo al momento de decidir acerca del emplazamiento y su alcance se realiza a partir de informes interdisciplinarios estrictos en supuestos donde las condiciones primigenias variaron con intensidad.

La construcción de los vínculos es un proceso dinámico, y a los adoptantes se les exigen requisitos que no son necesarios en las restantes fuentes filiales, que pueden estar cumplidos en determinado momento histórico y desaparecer en otro. Todo ello será objeto de análisis, con la mirada especializada y bajo el prisma integrador del mejor interés del niño.

2.2. Adopción dual de divorciados o no convivientes: la nulidad de la adopción

La sanción de nulidad absoluta de la adopción simultánea conferida a personas no estando casadas o en unión convivencial prevista en el art. 634, inc. d, CCyC no resulta aplicable para el supuesto que analizamos.

Ello porque la sentencia de adopción tiene efectos retroactivos a la fecha de la resolución judicial que dispone la guarda o la de la interposición de la demanda en el caso de una adopción de integración (art. 618 CCyC), momentos en los que los adoptantes estaban casados o en unión convivencial.

El hecho nuevo subsiguiente a esos actos —disolución de la pareja— si no afecta al vínculo generado con el niño o niña, no podrá ser alegado como argumento para denegar la adopción simultánea a ambos adoptantes ni invocada la nulidad de la sentencia que así lo disponga. No se trata de una excepción a la excepción, pues el art. 634 CCyC, en su inc. d subsume otros supuestos de hecho no contemplados expresamente, como sería la adopción dual de una persona menor de edad por cónyuges divorciados que no detentaban la posesión de estado ni mantenían convivencia.

Por otro lado, esta fórmula importa una nueva y porosa posibilidad para no encorsetar la tarea del juzgador ni tener que disponer invocando el interés superior del niño, no siempre suficientemente explicado.

En el caso de la adopción simultánea, conjunta o dual de los excónyuges o exconvivientes la posesión de estado filial debidamente acreditada, con su contenido de trato y demostración pública, y el impacto en el vínculo entre cada adoptante individualmente considerado y el niño que pudo tener la disolución de la pareja conyugal o convivencial, el modo en que ella se deterioró y finalizó serán especialmente considerados y evaluados. Es importante recordar que la palabra del niño, su escucha atenta y cuidadosa, la opinión que brinde sobre la separación de sus pretendidos padres adoptivos y el consentimiento o no de una adopción en tales condiciones, serán parámetros especialmente considerados por el juez.

ARTÍCULO 605.- Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores. Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el periodo legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el

derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido.

1. Introducción

Cuando se produce algunos de los supuestos fácticos descriptos en el art. 607 CCyC (orfandad, desprendimiento, fracaso de medidas de protección y destinadas a la reversión de conductas reprochables) y se dicta una sentencia teniendo por agotadas las medidas respecto de la familia de origen y declarando la situación de adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

El paso legal subsiguiente es el dictado de la sentencia de guarda con fines de adopción y el discernimiento a favor del o los adoptantes (arts. 613 y 614 CCyC). A partir de ese momento se inicia entre la díada niño-pretensos un proceso individual y familiar de inserción atravesado por múltiples factores y no pocos problemas, dependiendo de las historias vitales de los involucrados. Este proceso también inaugura la construcción de una nueva porción en la identidad del niño o niña, especialmente en su aspecto dinámico.

2. Interpretación

En el transcurso del proceso puede suceder que se produzca el fallecimiento de alguno de los guardadores-pretensos adoptantes que pretendían la adopción conjunta. Este supuesto fue contemplado con distintos matices en las leyes de adopción precedentes al CCyC, en general para considerar que el hijo adoptivo lo era del matrimonio, aun cuando uno de los miembros de la pareja hubiese fallecido. En la legislación actual esta tesitura se mantiene, extendiéndola a los miembros de la pareja convivencial.

El fallecimiento de uno de los miembros del matrimonio está contemplado como causal de su disolución (art. 435, inc. a, CCyC) y también como motivo del cese de la unión convivencial (art. 523, inc. a, CCyC), de modo que producido ese hecho, en principio, afectaría a

la adopción pretendida originariamente pues solo 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.

Es importante destacar que la norma en comentario establece una potestad y no un deber para el juzgador, utilizando el verbo “*puede*”. Si bien es cierto que la solución jurídica está plasmada en una norma que contempla una excepción fundada en la faz dinámica de la identidad, no siempre hacer extensiva la filiación adoptiva al cónyuge o conviviente fallecido importa un real y efectivo resguardo del interés superior del niño.

Y es que puede suceder que no haya habido tiempo suficiente para que la faz dinámica de la identidad se haya desplegado; o que el cónyuge o conviviente supérstite solicite expresamente el no reconocimiento del vínculo; que la guarda no haya sido conferida a ambos integrantes de la pareja (por ejemplo, por darse uno de los supuestos previstos en el art. 603 CCyC), etc. Esos casos serán decididos como potestad judicial, en función de los principios generales, del efecto retroactivo de la sentencia de adopción —art. 618 CCyC— y puntualmente del mejor interés del principal involucrado: el niño, niña o adolescente.

Ante la posible existencia de otros hijos de la pareja guardadora, su opinión será recabada conforme las pautas generales, y respecto del tipo adoptivo también rigen las reglas específicas acorde la situación de hecho.

2.1. El apellido del hijo adoptivo del matrimonio o la pareja

Siendo excepcional el caso que contempla la norma, también lo es la solución brindada respecto del apellido. Se escoge como principio —es de hacer notar que no se trata de una fórmula cerrada— la imposición en primer término del apellido del adoptante supérstite, lo cual tiene su razón de ser en el futuro, en la identidad a desarrollar y que el período convivido con el prefallecido generalmente será breve en función de los nuevos plazos de guarda (arts. 613 CCyC y ss.).

Se faculta a petionar —y conceder— que sea antepuesto o agregado el de origen o el del padre o madre prefallecido.

La importancia que la designación individual y familiar tiene en el plano de la identidad impone la consideración de la palabra del adoptivo en la cuestión, por lo que será citado a efectos de expresarse, cobrando relevancia la capacidad evolutiva y el deber de acompañar su deseo, si ello no es contrario a ninguna norma de orden público.

2.2. Adopción unilateral post mortem

La Corte Nacional tuvo ocasión de juzgar un caso a partir de una presentación realizada por el Ministerio Pupilar a instancias de la hermana de una guardadora que falleció sin instar la correspondiente acción de adopción del niño. Con independencia de las aristas del caso, en que los progenitores biológicos de la fallecida litigaron para obtener la declaratoria de herederos desplazando al niño, la Máxima Instancia nacional reconoció la filiación adoptiva plena de ese niño expresando: *“si el niño hubiera estado bajo la guarda preadoptiva de un matrimonio y uno de ellos falleciere, el art. 324 del Código Civil autorizaría que sea adoptado por el cónyuge sobreviviente y como hijo del matrimonio, pero tratándose de una guardadora individual que fallece, dicha opción no existiría pese a verificarse la total integración del niño a la familia extensa de ella”*. Acogió el

recurso extraordinario y de ese modo, teniendo como principal fundamento la identidad del niño, lo emplazó en forma plena, confiriendo la tutela a la tía.(13)

El caso revela una posibilidad que no por extraordinaria resulta solo académica, de modo que deberá considerarse que un supuesto como el referido bien puede ser resuelto aplicando la normativa que estamos analizando, y con expresa apelación a los principios generales contenidos en el art. 595 CCyC, cuya función integradora es justamente de aplicación en supuestos como el referido.

Así como se plantea este supuesto, también es factible el caso en que el fallecido fuera el hijo adoptivo durante el transcurso de la guarda para adopción. Por similares argumentos el juez podrá apelar a la facultad que le confiere esta norma y emplazar jurídicamente a los padres adoptivos, recordando que el vínculo filial es doble y erga omnes.

La aplicación de los principios generales contenidos en el art. 595 CCyC, sumado al análisis del supuesto fáctico vigente a la fecha de interposición de la demanda de adopción, o en su defecto a la situación de hecho imperante a la fecha de la sentencia de guarda con fines de adopción y la legitimación del o los guardadores preadoptivos, siempre que no se configuren los supuestos de nulidad absoluta, resultan ser argumentos de enorme peso específico para resolver favorablemente las adopciones post mortem unilaterales no contempladas expresamente en esta norma.

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

1. Introducción

En supuestos determinados en que las personas menores de edad no se encuentran bajo la responsabilidad parental, emerge la tutela como una institución alternativa de la protección que necesitan niños, niñas y adolescentes respecto de su persona y bienes, hasta tanto alcancen la mayoría de edad. Este instituto se rige por las disposiciones específicas y por las establecidas en el Libro Segundo, Título VII, relativas a la responsabilidad parental, en especial los principios generales contenidos en el art. 639 CCyC (interés superior del niño, principio de autonomía progresiva y derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta conforme su edad y madurez).

Se encuentra regulada en este Código a partir del art. 104 CCyC, y en lo que aquí interesa, para el supuesto que una persona que se desempeña como tutora de un menor de edad formule la petición de adopción, deberá previamente tener aprobadas las cuentas derivadas de su función.

2. Interpretación

Una importante novedad en este punto es que, a diferencia de lo que se regulaba anteriormente, la tutela dejó de ser un cargo de desempeño unipersonal para poder ser titularizada y ejercida en una modalidad compartida (art. 105 CCyC), si eso resulta más beneficioso para el niño, niña o adolescente. En relación con la adopción, entonces, dará lugar a una adopción unipersonal o dual, según las reglas generales y las excepciones que se contemplan en este Título.

La designación del o los tutores se realiza por los propios padres por testamento o escritura pública y la legislación impone una serie de recaudos para la preservación de los bienes del pupilo, pues se trata de un instituto pensado en la protección eminentemente patrimonial, prohibiéndose expresamente que se libere al tutor de la obligación de rendir cuentas (art. 106 CCyC). También se designa tutor por la autoridad judicial (tutela dativa) previa determinación

fundada de quien o quienes resultarán más idóneos para el desempeño del cargo (art. 107 y 110 CCyC), con específicas limitaciones o prohibiciones respecto de quienes no pueden ser nombrados para el ejercicio de ese cargo (art. 108 CCyC). Existe un tercer tipo de tutela regulada en el art. 109 CCyC como tutela especial, que emerge ante los conflictos de intereses del niño, niña o adolescente con sus progenitores o representantes legales y para supuestos determinados a lo largo de siete incisos.

Los tutores son los representantes legales de las personas menores de edad, responsables de la educación y alimentos conforme la cuantía de sus bienes. Los actos de disposición podrán ser llevados a cabo con autorización judicial y siempre que sea en beneficio del interés del niño o adolescente, que siempre tendrá garantizada su actuación personal según su edad, madurez y derechos concedidos por este Código (conf. arts. 26, 117, 119 y 121 CCyC). Su actuación se desarrolla con el control del Estado, en la figura del Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto en el art. 103 CCyC.

Las cuentas de la tutela, vinculadas todas con la administración y conservación de los bienes del tutelado, son llevadas por el tutor documentadamente y sujetas a control judicial. El seguimiento de las mismas es temporal y el Código dispone que se realice anualmente, cuando el juez lo ordene de oficio o a pedido del Ministerio Público —organismo de control— y al concluir la tutela. Sin embargo, adopta una fórmula rígida que se impone al tutor en el primer año, pudiendo flexibilizarse el período de rendición de cuentas para los años sucesivos (art. 130 CCyC).

La rendición final vinculada con las cuentas de la tutela se regula en el art. 131 CCyC y no puede eximirse a los tutores ni por los padres, ni por el tutelado, ni siquiera por el juez. Solo teniendo por aprobada esa liquidación final, podrá promoverse la adopción del niño, niña o adolescente por su o sus tutores.

2.1. La adopción del tutor y su relación con la guarda para adopción

Al disponerse en este artículo la posibilidad genérica de adoptar con el solo recaudo de que se encuentren extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela, el panorama de esta posibilidad adoptiva se muestra distinto a las otras posibilidades legales.

Es dable suponer que el tutor, sea designado por los progenitores o por el juez, o tenía o desarrollará una relación personal con el tutelado, que excede lo estrictamente patrimonial debido al rol que la ley le tiene reservado, similar al que corresponde a quienes ejercen la responsabilidad parental, según vimos. De ese modo, al discernir la tutela, el juez deberá tener en cuenta una serie de recaudos en el tutor semejantes a los exigidos para los guardadores con fines de adopción.

En la nueva redacción desaparece la guarda como proceso, y en ese sentido en el supuesto de que el o los tutores interpongan acción tendiente a obtener la adopción del tutelado, además de reunir los requisitos generales deberán tener acreditada la extinción de las obligaciones patrimoniales emergentes de la tutela, mientras que las personales y derivadas de su deber de cuidado serán el soporte de su pretensión adoptiva.

Referencias Bibliográficas

(1)CORTE IDH, "*Caso Fornerón e hija vs. Argentina*" (Fondo, reparaciones y costas), 27/04/2012, Serie C N° 242, donde se le atribuyó responsabilidad internacional a nuestro país por las violaciones a los derechos humanos del progenitor y su hija en un proceso que culminó en la adopción de la niña.

(2)Ver [en línea] <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/103>, para acceder a contenido y antecedentes de las 100 Reglas de Brasilia

sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en marzo de 2007 en Brasil.

(3) Corte IDH, OC 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 18/08/2002, especialmente párrs. 62-77, visible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

(4) Señaló la Corte IDH en la OC 17, párr. 87: *“Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares”*.

(5) Emanada de las reglas fijadas en la CADH, arts. 1º y 2º y CDN arts. 2º.1 y 3º.2.

(6) Corte IDH, OC 17, párrs. 71-77 y 88.

(7) CAMELO, Gustavo, *“Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”*, siguiendo a Saba, Roberto, *“(Des) igualdad estructural”*, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, AAVV, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), Bs. As., Lexis Nexis, 2007, pp. 163/197, disponible [en línea] www.infojus.com.ar

(8) CSJN, *“A., F. s/ protección de persona”*, 13/03/2007, voto del ministro Maqueda, consid. 3

(9) CSJN, *“G., M. G. ”*, 16/09/2008, JA 2009-I-15, voto de la Dra. Argibay, donde claramente expresa: *“La regla del art. 3.1, Convención sobre los Derechos del Niño, 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 interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos”*.

(10) CSJN, *“S., C.”*, 02/08/2005, LL, 2006- B, 348, LL, 2005-D, 873 y Fallos: 328:2870, 331:2047, causa 157.XLVI *“NN o U., V. s/ protección de persona”*, 12/06/2012

(11) Corte IDH, “*Atala Rizzo y niñas vs. Chile*”, 24/02/2012, párr. 118, disponible en

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

(12) CORTE IDH, “*Caso Fornerón e hija vs. Argentina*” (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012, párr. 98.

(13) CSJN, “*M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos*”, 26/09/2012, en LL, 16/10/2012.

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 607 a 610

por Mariela A. González de Vicel

Disponibles en: <https://bit.ly/36RqYpC>

Publicado en: Picasso, S., Herrera, M. y Caramelo, G. (dir.)

Código Civil y Comercial de la Nación comentado (T. II, arts. 401-723).

Buenos Aires: Infojus, 2015.

[Consultado el: 24/08/2021]

ARTÍCULO 607.- Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

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

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

c. las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente

sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.

Remisiones: ver comentario al art. 610 CCyC.

1. Introducción

La fértil 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 (Título VI, Capítulo 2, arts. 607 a 610 CCyC).

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 preminencia que tiene la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno (arts. 7º, 8º, 9º, 20 CDN; arts. 14 y 75, inc. 22, CN).

La doctrina y la jurisprudencia le impusieron distintas denominaciones: *“estado de adoptabilidad”*, *“situación de adoptabilidad”*, indistintamente, o también bajo la figura de *“declaración de abandono”*. Entre las denominaciones posibles no se optó por la de *“estado”* de adoptabilidad, preadoptabilidad, u otra similar, pues el estado se vincula con el lugar que cada uno ocupa dentro de la familia respecto de los otros integrantes.

2. Interpretación

2.1. Adoptabilidad: concepto y alcance

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.

Estado de familia *“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”*.⁽¹⁾

Lo que lo que en definitiva se plasma en la decisión judicial que analiza la permanencia o no en la familia de origen son hechos y circunstancias que colocan a un menor de edad en situación de que su familia originaria sea remplazada, y no un estado de familia.

Involucra la evaluación del rol que despliega la familia de origen en sus funciones de amparo y responsabilidad en el desarrollo de los niños, la implementación de políticas públicas destinadas al fortalecimiento familiar, el derecho del niño a vivir en una familia que le provea la satisfacción de sus necesidades en la mayor medida posible, la intervención del Estado como garante a través del poder público (administrativo y judicial); la necesidad de adoptar decisiones para producir los cambios en tiempo oportuno y ante su fracaso, evaluar la pertinencia de una filiación adoptiva.

Es importante poner de resalto el impacto que el tiempo tiene en la implementación de las acciones de inserción familiar, pues la práctica demuestra que pasada la situación de emergencia que se resuelve generalmente con la institucionalización del niño, se produce una invisibilización de su condición de sujeto de derechos, razón por la cual se consignan plazos específicos en el Código.

2.2. Sistema de Protección Integral y adopción: puntos de contacto

A partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño al sistema jurídico argentino y la responsabilidad asumida en garantizar a las personas menores de edad la plenitud de ejercicio de sus derechos en la mayor medida de lo posible, conforme su condición de individuo en especial estado de desarrollo, cambió el paradigma de la infancia. Se giró el eje desde la situación irregular —donde el niño era considerado un objeto que era de pertenencia y dominación del mundo adulto— al de la protección integral —que indica que deberá brindársele trato de sujeto con autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos que titulariza—.

Como derivación del ajuste de las normas jurídicas y las prácticas sociales a los postulados de la CDN —y con diferentes grados de cumplimiento— se dictaron algunas leyes provinciales y la ley nacional 26.061, organizando el Sistema de Protección Integral. Sucintamente se puede afirmar que consiste en un conjunto de garantías y procedimientos destinados al ejercicio de la mayor cantidad de derechos posibles por parte de los niños, niñas y adolescentes, en todos los ámbitos en que se desarrollen, que deben serles garantizados por la familia, la comunidad y el Estado, en ese orden.

Las decisiones sobre si un niño se encuentra en condiciones de permanecer en su familia de origen, debe ser incluido transitoriamente en otro grupo familiar —ampliado o comunitario— o se lo inserta definitivamente a través de la adopción en una familia alternativa, se adoptan a partir del accionar del Estado. En primer término por vía administrativa —medidas de protección de derechos— o judicial —medidas excepcionales— todas las cuales estarán orientadas a la reorganización y el fortalecimiento familiar; eventualmente concluyendo en una declaración de adoptabilidad y

discernimiento de guarda para adopción. Esta intervención se desarrolla en un único proceso.

Con posterioridad, se inicia el restante proceso judicial, consistente en la adopción propiamente dicha. Integrandolo aún más el Sistema, el CCyC dispone que el juez con competencia en el control de legalidad de las medidas excepcionales será el que dicte la sentencia que se pronuncie sobre la situación de adoptabilidad, y también el de la adopción (arts. 609, inc. a, y 615 CCyC).

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 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

Existe un supuesto más, contemplado en el art. 611 CCyC 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.

Esa posibilidad fáctica será analizada bajo el prisma del interés superior del niño y según los antecedentes, realidad familiar, vínculos, intensidad de las relaciones interpersonales, cumplimiento de requisitos y posibilidades concretas, no necesariamente desembocará en una adopción, sino que puede ser más apropiado recurrir a la figura de la tutela.

2.3. La guarda en la declaración de situación de adoptabilidad

La guarda desaparece como proceso autónomo y previo a la adopción, al ser remplazada 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 ser definitivo y sin implicar la totalidad de los deberes y responsabilidades derivadas de la responsabilidad parental.

2.4. Causas fuente de la adopción: los supuestos legales

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.

2.4.1. Niños sin filiación acreditada o huérfanos

Si bien se trata de situaciones no demasiado usuales, este inciso contempla la falta de emplazamiento filial y la extinción de la responsabilidad parental por fallecimiento de uno o ambos progenitores.

Puede darse el caso de recién nacidos cuyos progenitores — generalmente solo la madre— falseando su identidad, negándose a brindar datos, o nacidos en partos no asistidos médicamente, son abandonados en lugares públicos, privados o en la vía pública. También podría ocurrir que se trate de una filiación unipersonal y el o la progenitora fallezca, quedando el niño en situación de orfandad. O tratarse de un niño nacido en una zona rural, sin acceso a posibilidad de identificación y cuya progenitora se desprende de la crianza de manera inmediata al parto.

La directiva señala que en tales casos deberá procurarse que los miembros de la familia ampliada sean buscados y en lo posible hallados, y recién cuando se encuentre agotada la posibilidad de permanencia en el grupo biológico, podrá declararse que el niño se encuentra en situación de adoptabilidad.

El plazo fijado —30 días— se computa en días hábiles y puede suceder que resulte exiguo según las circunstancias del caso, de modo que la propia norma autoriza a extenderlo por otro igual, dando motivos suficientes para ello. De esta forma el CCyC vuelve a adoptar reglas de texturas permeables a la realidad, que usualmente no admite respuestas lineales.

2.4.2. Decisión de los progenitores: consentimiento informado

Se establece el supuesto de desprendimiento de la crianza por parte de los progenitores con recaudos específicos e ineludibles: que la decisión adoptada por quienes titularizan la responsabilidad parental sea libre e informada.

Esto significa, siguiendo el análisis que los especialistas en bioética realizan sobre el consentimiento informado, entender la decisión como un proceso que no se reduce a un solo momento, sino que comienza cuando aparece la idea o posibilidad del desprendimiento —en la mujer cuando cursa el embarazo o luego del

parto, o en la pareja progenitora, o sugerida por quienes integran el sistema de salud o el de protección—.

Se encarrila por vías de acceso a toda la información posible sobre las posibilidades concretas de retener la crianza, el análisis de las opciones, y finaliza con la decisión realizada sin condicionamientos o reducidos a su expresión mínima.

2.4.2.1. Condiciones para que el consentimiento se considere hábil

Una decisión es libre si se está en conocimiento de sus alcances o efectos jurídicos, pero también si se está informado sobre la posibilidad de ejercer derechos. Especialmente hacer cumplir deberes prestacionales a cargo del Estado, como sería el caso de que la manifestación del desprendimiento se vincule con limitaciones de naturaleza económica. No siempre los condicionamientos son de ese tipo, y es deber del juez indagar sobre las razones que motivan que determinado niño no ejercerá su derecho a la convivencia familiar en su grupo de origen.

En muchas ocasiones están presentes otras limitantes, como la edad, la monoparentalidad, la multiparentalidad, las capacidades restringidas o menguadas, y solo un trabajo serio que contemple todas las aristas logrará sino prevenir, al menos reducir los arrepentimientos en las decisiones que se dicen realizadas libremente.

Para garantizar la libertad de la decisión, es necesario que se cuente con el correspondiente patrocinio jurídico como modo de acceso a la exigibilidad de los derechos prestacionales si ellos fueran el motivo de la decisión (condicionamientos económicos, de vivienda, de multiparentalidad y limitación de acceso al cuidado con colaboración estatal, entre otras) que sean parte de políticas públicas exigibles.

Deberá asegurarse la implementación de políticas públicas de fortalecimiento familiar y su fracaso como estadio ineludible y anterior a la filiación adoptiva, fundamentalmente para la prevención de arrepentimientos paternos o maternos.

El juez debe garantizar tanto al niño o niña como a su futura familia adoptiva un vínculo jurídico seguro, que tendrá la extensión que la situación demande. Conocerá si la progenitora o ambos padres cuentan con otros hijos, su opinión sobre el futuro vínculo entre los hermanos, exigir que los datos filiales se consignen exactamente, verificar que no existan miembros de la familia ampliada sin ser entrevistados, entre otros datos ineludibles y relacionados con el respeto a la identidad del niño.

2.4.2.2. Plazo para que el consentimiento prestado se considere válido

En función del aporte de otras ciencias, la ley toma en consideración un período temporal —que fija en 45 días— para que la manifestación de voluntad sea considerada como prestada libremente.

Este recaudo se vincula con los desajustes emocionales que provoca el embarazo y el parto, principalmente en la mujer, conocido como puerperio. Si bien no todas lo padecen, lo cierto es que la regla legal tiene un sentido preventivo.

Suele suceder que la manifestación de entrega se produce antes de transcurridos 45 días del nacimiento —incluso antes del alumbramiento o inmediatamente después del parto—, cuestión que habilita a adoptar medidas de protección de derechos destinadas al fortalecimiento familiar, paralelamente a respetar la voluntad materna explicitada.

El consentimiento solo será válido cuando se requiera su confirmación o su expresión luego de transcurridos, como mínimo, los 45 días.

El deber de agotar las medidas tendientes a la permanencia en la familia de origen frente a un desprendimiento materno expresado antes del parto o concomitante con él, es una cuestión delicada. Si bien corresponde indagar en la posibilidad de acogimiento de la familia ampliada o extensa, los operadores jurídicos llevarán a cabo esa tarea cuidando de no incurrir en injerencias indebidas en ámbitos privativos de la libertad de la parturienta. Del mismo modo, si de los antecedentes respecto de la gestación y el trabajo previo —si lo hubo— surge que la voluntad materna tiene soporte en la decisión libre de quien la emite, y no aparecen referentes afectivos viables, no corresponde fijar los plazos más extensos previstos para hacer operativo el inc. b.

Esto se explica porque las tres causas-fuente consignadas pueden presentarse autónoma o complementariamente, no se excluyen entre sí y pretenden abarcar con fórmulas amplias la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse.

La vida no cabe en una norma jurídica, ni la tarea del intérprete es tal que baste con acotarla al supuesto legal, que —por definición— debe ser de tal amplitud que admita los matices de cada caso.

2.4.3. Supuesto de medidas de protección con plazo de vigencia agotado

Como se explicó al referirnos a los puntos de contacto entre la adopción y el Sistema de Protección diagramado por la ley 26.061 y las provinciales, las medidas administrativas con control judicial y las excepcionales dispuestas para el fortalecimiento familiar que se desplieguen para efectivizar —si es posible— el derecho a la

convivencia con la familia de origen pueden derivar, si fracasan, en la adopción.

¿Cuándo se produce ese fracaso? Cuando las adoptadas 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.

El primer paso que dará la injerencia estatal —lícita— será poner a disposición de la familia una serie de elementos que procuren rehabilitarla en su función de crianza, fortalecerla a partir de políticas públicas integrales o con programas adecuados conforme a la vulneración de derechos de que se trate.

Se propenderá a que se produzca el cambio manteniendo la convivencia del niño en su grupo de origen, pero si ello vulnerara la integridad física o psicológica de la persona menor de edad, sin su permanencia en el hábitat familiar biológico. En este caso, durarán el menor tiempo posible, se reajustarán cuando fuese necesario, y se adoptarán en simultaneidad con el trabajo fuerte, sostenido y sobre todo claro, con los involucrados.

Las transacciones exigibles a los adultos que desplegaron las conductas omisivas, negligentes o directamente violatorias de derechos, serán claramente transmitidas para obtener resultados eficaces, para lo que es necesario contar con profesionales de otras disciplinas y con una mirada de respeto por la identidad cultural.

Las medidas en general no se toman aisladamente, sino que requieren de acuerdos interinstitucionales, parentales, de los progenitores con la Administración, o incluso con miembros de la familia ampliada o la comunidad.

Deben dictarse bajo ciertas directrices:

- a. derecho a ser oído;
- b. preferencia por los familiares o referentes afectivos;
- c. preservación de vínculos familiares positivos;
- d. evitar el desarraigo;
- e. transitoriedad;
- f. garantía de revisión judicial y acceso a la justicia.

El cuidado alternativo podrá ser familiar (parientes por consanguinidad o afinidad o referente afectivo) o institucional y en este último caso, como medida excepcionalísima y en lugares que tengan garantizada la calidad institucional.

En esta causa fuente el CCyC reorganiza el procedimiento bajo reglas constitucionales convencionales, tomando en cuenta las directivas emanadas de los organismos internacionales (como los Comité de seguimiento de la aplicación de los tratados, o la jurisprudencia de la Corte IDH) y nacionales vinculados a la garantía del debido proceso (art. 18 CN).

Se destaca la incorporación de plazos determinados para decidir, acotando el de desarrollo de las medidas adoptadas a 90 días prorrogables por única vez por otro lapso igual.

Puede ocurrir que el juez competente evalúe que las estrategias desplegadas por el órgano administrativo son insuficientes, no están convenientemente garantizados la integralidad de los derechos, son necesarios ajustes o refuerzos, etc. Esto lo faculta a ordenar medidas eficaces y positivas en procura del objetivo de restitución del derecho a la convivencia familiar, y serán advertidas y dispuestas como máximo al vencimiento del plazo de los primeros 90 días. Es decir, se cuenta con un total de 180 días como plazo máximo para el trabajo de restitución de derechos del niño separado de su familia; sin haberse logrado revertir la situación, procede dar por

agotada la intervención a ese fin, dictaminando el órgano administrativo sobre la adoptabilidad.

Dentro de esa tarea, y en función de lo que establece el art. 607, parte final, CCyC en cuanto a la aparición de algún pariente o referente afectivo dispuesto a asumir la tutela o la guarda que inhabilitaría la adoptabilidad, también deberá procurar que los interesados se acerquen al proceso en marcha en dicho lapso, notificándolos a ese efecto. Este sería uno de los motivos de prórroga justificada (otros 90 días), y se evitará una extensión ilegítima de los plazos legales que solo perjudicaría al niño en el derecho a la convivencia familiar en el grupo humano que mejor le garantice el desarrollo.

El solo hecho de que algún familiar se interese por asumir el cuidado del niño es insuficiente para paralizar el proceso, pues lo relevante es analizar si constituye o no un recurso hábil, o el interés superior del niño hace que no se admita como tal, sin perjuicio de la flexibilización de los tipos adoptivos que corresponda en función de la regla contenida en el art. 621 CCyC.

3. Plazos

Es dable recordar que los términos que incorpora el CCyC en este instituto son perentorios, pudiendo ser reducidos pero no ampliados. De modo que si existen posibilidades jurídicas no exploradas, no puede esperarse a que se venzan los 180 días (90 días desde la medida y otro plazo igual de prórroga), pues ellos serán la culminación de una prórroga basada en los ajustes que formule el magistrado, sin perjuicio de los que requiera la Administración, también fundadamente.

Para los supuestos contemplados en el art. 607, incs. a y b, CCyC rige el término de 90 días según el último párrafo de este artículo, sin posibilidad de prórroga. Ellos contemplan desprendimientos de la crianza más intensos (orfandad, abandono,

falta de reconocimiento o consentimiento para la adopción) que no hacen necesario una extensión temporal que perjudicaría al niño.

El organismo interviniente (Servicios locales, Servicios de protección de derechos o con otra denominación, pero con idéntica competencia) cuenta con un plazo de 24 hs. para expedirse. Ese plazo nace para el organismo el día que vence el fijado por el juez (90 o 180 días en su caso).

El dictamen que emita es el que da lugar al procedimiento que se contempla en este artículo.

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

- a. con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;
- b. con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes;
- c. del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;
- d. del Ministerio Público.

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

1. Introducción

Se plasma aquí con claridad que, por las causas previstas en el artículo anterior, se inicia un procedimiento cuyo resultado final será una sentencia restituyendo al niño el derecho a la vida familiar en dos variables:

- a. permanecer en su familia de origen —nuclear o ampliada—;
- o
- b. declarando agotada esa posibilidad y disponiendo que lo ejerza en una alternativa.

Conforme las reglas procesales generales, deben respetarse los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente (art. 706 CCyC).

No se exige el tránsito de este procedimiento ni para la adopción de integración, ni para la adopción del tutor, ni para los mayores de edad, en los casos excepcionales en que procede.

Se distancia del derogado proceso de guarda para adopción, estableciéndose uno particular y novedoso que se inicia ante la orfandad, la falta de filiación, la manifestación de voluntad del o los progenitores de desprenderse de la crianza, o el fracaso de las medidas de protección de derechos, abreviando incluso la multiplicidad de trámites que se motivaban en esas situaciones. En este procedimiento el niño, niña o adolescente, y sus padres o representantes legales asumen calidad de parte procesal —sujeto principal— mientras que el organismo administrativo y el Ministerio Público tienen intervención necesaria y obligatoria —sujetos accesorios—.

2. Interpretación

2.1. El niño, niña o adolescente como parte procesal

Ser oído es un derecho de raigambre constitucional-convencional (art. 12 CDN) que es particularmente cuidado en este Código.

Importa, como se dijo al tratar los principios de la adopción (art. 595 CCyC) una actividad de ambos interlocutores: del niño que

comunica y del adulto que escucha, no limitándose a las expresiones orales.

Su ejercicio es personal y directo con el juez y se pone a disposición del sujeto —la persona menor de edad— para ser ejercido sin importar la edad cronológica.

En otro nivel que complejiza e incluye al anterior, involucra el participar, ser informado, requerida la opinión y tenerla en cuenta — para atenderla o denegarla fundadamente — y en función de su edad, madurez y el grado de desarrollo de su autonomía. Este derecho se ejerce con independencia o aun al margen de la representación legal (arts. 26, 639, inc. c, CCyC, etc.).

Un nivel superior está dado por el ejercicio de sus derechos en forma personal, confiriéndole la calidad de parte sin que sea obligatorio el patrocinio letrado —como en el caso del consentimiento para la propia adopción— o con la asistencia letrada si la edad y su desarrollo madurativo (ambas pautas evaluadas por el juez) resultan suficientes para que instruya a un letrado acerca de sus pretensiones procesales.

En definitiva, en lo que al proceso de adopción se refiere — entendiéndolo por tal el que se inicia a partir de las causas fuentes mencionadas en el art. 607 CCyC— puede establecerse la siguiente progresividad:

- a. el niño de 0 a 18 años siempre deberá ser entrevistado por el juez;
- b. si cuenta con edad y madurez suficiente deberá además ser requerida y atendida su opinión acerca del derecho a la convivencia familiar y podrá ser parte por sí con patrocinio letrado;
- c. si alcanzó los 10 años se solicitará su consentimiento; y
- d. si tiene más de 13 años su madurez se presume para comparecer con su propio patrocinio.

¿Qué implica para el niño ser parte? Nada menos la posibilidad de plantear de manera autónoma sus pretensiones jurídicas que pueden o no concordar con las de sus progenitores. De este modo se reconoce a los niños el derecho de ejercer su defensa técnica —además del derecho a ser oído— y contando con edad y madurez suficiente designar un letrado —preferentemente especializado en temas de infancia, conf. art. 27 de la ley 26.061— que ejerza su patrocinio jurídico.

Conforme lo autoriza el art. 26 CCyC, en aquellos supuestos de medidas administrativas sujetas a control judicial también se podría dotar a una persona menor de edad pero con madurez suficiente como para instruir a un letrado acerca de sus pretensiones, del patrocinio jurídico que le permita ejercer sus derechos. Es suficiente para ello que exista un conflicto de intereses del niño con sus representantes legales y que cuente con las dos pautas interconectadas de edad y madurez. Esta actuación se orientaría en principio respecto de los actos administrativos, pero ingresada la medida a la órbita judicial, continuará por el principio de no regresividad.

Advertidos intereses contrapuestos entre el niño y sus representantes legales se designa tutor especial (art. 109 CCyC) siempre y cuando la edad y madurez de la persona menor de edad sea evaluada como insuficiente para su actuación personal.

2.2. Los padres —mayores de edad o adolescentes— y otros representantes legales

La falta de intervención de los progenitores en los procesos donde se dirimía la guarda preadoptiva de las personas menores de edad —avalada desde la legislación, conf. art. 11 de la ley 19.134— fue modificándose a partir de las críticas doctrinarias y resoluciones judiciales que ponían en el tapete la afectación al principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. A ello se sumaba que, en los casos en que se producía la extinción de la responsabilidad parental, los progenitores tenían esa calidad procesal, siendo que los efectos de

ambos procesos eran similares, como ahora es reconocido expresamente en el art. 610 CCyC.

Tanto el niño como sus progenitores son los principales protagonistas de la doble vía procedimental —la declaración de adoptabilidad y la adopción— que involucra el cuestionamiento del ejercicio de la responsabilidad parental de origen y el derecho a la vida familiar, y por ese motivo el Código los coloca en primer lugar, dotándolos del carácter de parte.

Esto significa que pueden ejercer todos los derechos que se derivan de esa condición, como cuestionar las medidas administrativas o excepcionales, ofrecer prueba, oponerse a los planteos de la otra parte, apelar la decisión que decreta la adoptabilidad, y les asiste el derecho —y el deber al juez, conf. art. 609, inc. b, CCyC— de mantener entrevista personal con ellos.

Los progenitores que no alcanzaron los 18 años de edad, pero que sí pueden incluirse en la categoría adolescentes que emana del art. 25 CCyC —es decir, con 13 años o más— también tienen calidad de parte. Ello surge de interpretar armónicamente los arts. 26 y el 644 CCyC, en especial cuando la segunda norma se refiere al consentimiento del adolescente para cualquier acto trascendente para su vida.

Tienen también legitimación los tutores al estar incluidos dentro de la norma cuando menciona los “otros representantes legales”. Su actuación puede darse tratándose de personas menores de edad que no se encuentran en condiciones de edad y madurez para contar con su propio patrocinio y tienen intereses contrapuestos con sus progenitores, o en supuestos de niños cuyos progenitores fueron privados del ejercicio de la responsabilidad parental y, agotada la posibilidad de permanencia en la familia de origen, se les designa tutor para asumir la calidad de parte en el proceso de adopción.

2.3. El organismo administrativo: participación

El Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes que diagrama la ley 26.061 y las leyes provinciales equivalentes dispone que, dentro de los órganos que lo integran, se encuentran los organismos de protección de derechos, oficinas de derechos, defensorías zonales de niños y adolescentes, servicios locales de protección integral, o denominaciones similares.

En el desarrollo de sus múltiples competencias, siempre vinculadas con la restitución de los derechos vulnerados o amenazados y la reparación de las consecuencias, la labor desplegada en relación a la conflictiva que motiva la injerencia estatal, el desarrollo de estrategias de intervención, el conocimiento de la familia, de los recursos comunitarios, de los programas aplicados para el fortalecimiento familiar, etc., no pueden ser desconocidos.

De allí que esta disposición legal revaloriza a esta parte esencial del Sistema confiriéndole intervención ante cualquiera de las causas-fuente que motivan la declaración de adoptabilidad.

A diferencia de lo que acontece con el niño y los progenitores, los organismos estatales a los que nos referimos no tienen conferida la calidad procesal de *“parte”*, de tal suerte que su intervención será mucho más acotada. Podrán promover las medidas excepcionales, someter las administrativas al control judicial, implementar las que se dispongan judicialmente, realizar los seguimientos de la eficacia, proponer alternativas y ajustes, y también expedirse al vencimiento del plazo fijado dictaminando sobre si están dadas las condiciones para la reinstalación del niño en la familia o, al contrario, para declarar la adoptabilidad. Carecen de la posibilidad de ofrecer pruebas —salvo coadyuvando a sostener la postura de una de las partes—, apelar las decisiones —excepto cuando afecten su propio interés—, confrontar las pretensiones del niño o sus progenitores o representantes, cargar con las costas o requerir regulación de honorarios por su participación.

La intervención procesal de los organismos administrativos estará garantizada por la asistencia a las audiencias a las que serán convocados previa constitución de domicilio procesal a esos efectos, o eventualmente por las vistas que se les conferirán al momento de resolver cuestiones controvertidas entre las partes que fueron sustanciadas.

2.4. El Ministerio Público

Este organismo estatal, cuya actuación es fijada en el art. 103 CCyC, tiene reconocido un desempeño principal y otro complementario. En el segundo caso actuará en *“procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida”* bajo pena de nulidad.

El procedimiento que puede conducir a la declaración de adoptabilidad se realiza, sin dudas, por hallarse comprometidos intereses de menores de edad, de modo que su actuación o intervención es complementaria y no principal. Su función será la establecida en las leyes orgánicas que regulan la actuación de la Defensa Pública de la cual dependen, acomodadas al art. 103 CCyC y básicamente consistirá en el resguardo de las garantías del debido proceso, la intervención en las audiencias y la evacuación de vistas cuando les sean conferidas, careciendo de la posibilidad de realizar pretensiones autónomas a las de las partes, ofrecer pruebas, o apelar la sentencia pues desapareció la intervención promiscua que disponía el antiguo art. 59 CC.

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

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

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

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

Remisiones: ver comentario al art. 615 CCyC.

1. Introducción

Si bien son diversas las situaciones que pueden dar inicio a un proceso donde se concluya en una declaración de adoptabilidad (art. 607 CCyC y ley 26.061 y homónimas provinciales) cualquiera que ella sea debe tramitarse conforme las reglas específicas e igualitarias para garantizar el debido proceso. Se incluye en el catálogo de situaciones la reglada en el art. 611 CCyC relativa a la prohibición de guarda de hecho, pues el juez indagará acerca de la entrega directa y la existencia o no de vínculo de parentesco entre el niño, niña y adolescente y su guardador, confirmará o revertirá esa situación y eventualmente dispondrá la no permanencia del niño en esa situación irregular mediante una declaración de adoptabilidad.

La única excepción a esta afirmación la constituye la adopción de integración, que por sus particularidades y diferencias mereció una regulación autónoma.

Queda fuera también la privación de la responsabilidad parental pese a la equiparación de las consecuencias de las sentencias a la que se refiere el art. 610 CCyC. Estas reglas generales para cualquier tipo de causa fuente que se origine en un proceso judicial que pueda dar como resultado la adopción de un niño serán cumplidas bajo pena de disponerse la ineficacia como lo indica el art. 634, inc g, CCyC que sanciona con la nulidad absoluta a toda adopción en la que no se cumplió con *“la declaración judicial de la situación de adoptabilidad”*.

2. Interpretación

El procedimiento que da lugar a la declaración de adoptabilidad está organizado de modo tal de garantizar la efectivización del derecho constitucional a la convivencia familiar que titulariza el niño, niña o adolescente desde dos ejes perfectamente diferenciables:

a. la evaluación de la posibilidad de la continuidad en el ámbito de la familia biológica (arts. 607 a 614 CCyC); y

b. subsidiariamente la inserción en otro grupo familiar (arts. 615 a 618 CCyC). Ambos se enmarcan en procedimientos que estatuyen plazos para el cumplimiento de una garantía también constitucional: que el derecho sea dirimido en plazos razonables. Esta estructura legal surge de la interpretación armónica de los arts. 607, 609, 613 y 614 CCyC y a partir de la introducción de reglas procesales mínimas.

2.1. Juez competente

La fijación de reglas de competencia claras en un tema tan sensible para los sujetos involucrados, y en virtud de la extensión temporal que insumían los conflictos de esa naturaleza —impactando en el derecho a la convivencia familiar— determinaron la decisión legislativa en el sentido de establecer en el Código qué juez debía intervenir.

El órgano judicial que adoptó las decisiones jurídicas vinculadas con la etapa previa, ejerciendo el control de las medidas administrativas o disponiendo aquellas excepcionales, es el escogido para juzgar acerca de la adoptabilidad. Ello en función del principio de inmediatez y la denominada “*perpetuatio jurisdictionis*”, en el cual continúa la intervención el juez previniente en causas conexas.

La determinación del juez competente lo es sin perjuicio de las reglas que fija cada estado provincial distribuyendo el ejercicio de la jurisdicción en razón de la materia y del territorio, ya que en algunas provincias —como por ejemplo Córdoba— se atribuyen a los juzgados de Niñez, Juventud y Violencia familiar el control de legalidad, por lo que no serán los juzgados de Familia —como en muchas provincias— los que resuelvan sobre la adoptabilidad.

Esta regla cede ante un supuesto específico, que es el relacionado con el “*centro de vida*”, mencionado en el art. 716 CCyC dentro del título que regula los “*Procesos de Familia*” y dispone: “*En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida*”.

Se ha previsto una concatenación en la atribución de competencia para el proceso siguiente —adopción propiamente dicha— la que es consignada en el art. 615 CCyC, que atribuye competencia al juez que dispuso la guarda para futura adopción, y a cuyo comentario remitimos.

2.2. Entrevista personal con los involucrados: niños y progenitores

Esta regla se vincula con la tutela judicial efectiva, y si bien respecto de las personas menores de edad tuvo su reconocimiento en

la legislación derogada, aparece como innovación la obligación judicial de escucha a los progenitores, si existen.

2.2.1. Niños y adolescentes

La edad del niño es uno de los parámetros a considerar al momento de la entrevista. Pero en la evaluación de la madurez —la otra pauta valorativa— 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 participación interdisciplinaria en forma previa a celebrar la audiencia donde el niño ejercerá el derecho a ser oído o eventualmente manifestará su consentimiento (si cuenta con diez años o más). En esa circunstancia 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 con el fin de disminuir sus ansiedades. A la vez que recaban 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 alternativas para que esa audiencia concluya exitosamente.

2.2.2. Progenitores

En la legislación derogada se producía una desigualdad de trato entre los protagonistas de este tipo de procesos, principalmente porque los progenitores tenían asignado un lugar periférico. No estaba previsto que la falta de entrevista o contacto directo con ellos produjera la nulidad, como ocurría respecto del niño o de los guardadores pretensos adoptantes (art. 317, inc. d, CC). Actualmente se subsana colocando en un plano de igualdad a todas las partes.

Si los progenitores son citados a estar a proceso y no se presentan ni esbozan sus posturas jurídicas con patrocinio letrado, el

juez los citará a una entrevista personal, bajo pena de nulidad (art. 634 CCyC).

Lo relevante es, primero, la citación para la intervención al proceso en calidad de parte —con traslado de la demanda— extremando los recaudos legales que garanticen que los progenitores toman conocimiento de que se encuentra cuestionada su responsabilidad parental, y que se les convoque a comparecer con asistencia letrada a ejercer sus derechos. Pueden o no revestir la calidad de parte, dependiendo si se presentan o no con patrocinio jurídico a ejercer pretensiones.

Suponiendo que en el proceso de adoptabilidad cuenten con un representante legal —lo que acontece generalmente a través de la figura del “*mandato*”— a la citación que se prevé en este artículo deben asistir en forma personal. Y es que no es lo mismo, en punto a las implicancias de la adopción y sus consecuencias, la representación por un tercero que la presencia personal, y eso vale tanto para los niños como para los adultos. El juez de encontraría facultado, incluso, para disponer la concurrencia con el uso de la fuerza pública, salvo razones extraordinarias que impidieran la entrevista.

La excepción a este apartado está dada por el supuesto de inexistencia de progenitores, sea que se trate de un niño huérfano o sin alguno de los vínculos filiales, como sería el caso de que cuente con solo el emplazamiento materno.

2.3. Registro de pretensos adoptantes

Integrando varias de las leyes vigentes, la codificación unificada conserva, organiza y reestructura normas y organismos dotando de coherencia al sistema, al mismo tiempo que respeta el sistema federal que rige en nuestro país.

Se contempla que la mencionada ley 25.854 creó el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos, que las

provincias cuentan a su vez con un sistema registral de pretensos adoptantes, y que los decretos reglamentarios de la ley nacional — decreto 383/2005, decreto 1022/2005 y decreto 1328/2009 (único vigente) — fueron sucesivamente puliendo las deficiencias que surgieron a partir de la implementación de la ley. En la actualidad, la gran mayoría de las provincias han adherido a la ley 25.854, y por lo tanto, los registros locales se hallan conectados al nacional, que funciona concentrando datos de pretensos adoptantes, y al que es posible recurrir ante circunstancias determinadas evitando la práctica de inscribirse en cada provincia.

En la misma sentencia donde se resuelve la adoptabilidad del niño, el juez requiere al Registro la remisión de uno o más legajos.

2.3.1. Preselección de los legajos

Al solicitar el o los legajos para su análisis y selección de los adoptantes, el juez fijará un plazo que nunca podrá superar los diez días. Esa directiva implica que, según el caso, podrá abreviarlo pero nunca excederse.

La norma establece que los legajos serán seleccionados —es decir, elegidos— por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, y recién ahí remitidos al juez.

Esta preceptiva tiene en mira el respeto por el orden registral que se lleva, de gran importancia para los pretensos adoptantes pues los coloca más cerca del acceso a la posibilidad de concretar la adopción pretendida. La introducción del “*organismo administrativo que corresponda*” implica considerar a quienes serán adoptados, pues admite que aquellos que participaron en el proceso previo con el niño y/o su familia y se encuentran en mejores condiciones de evaluar cuáles son las necesidades concretas de “ese” niño, colaboren para la mejor opción adoptiva.

En función de lo que dispone el art. 613 CCyC, que se refiere a que el juez seleccionará a los pretensos adoptantes de una nómina, al requerir los legajos el magistrado deberá establecer un número determinado de ellos —generalmente de tres a cinco— en lugar de requerir solo el primero de la lista, que puede no resultar suficiente en función de la historia personal del adoptivo y su familia.

La remisión de los legajos es un acto administrativo complejo pues la nómina estará basada en la cronología de la inscripción, pero también hay que considerar las preferencias de los pretensos adoptantes y la realidad familiar del niño, su edad, sus vínculos y su historia. Por eso, al solicitar los legajos, se brindarán los datos necesarios para una selección adecuada, y hasta puede disponer el juez que los servicios locales o zonales, conjuntamente con un trabajador social del juzgado y profesionales del Registro preseleccionen de los legajos la nómina que remitirán al magistrado.

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

Interpretación

Con esta disposición se unifican dos situaciones que conducen al mismo resultado: la inserción del niño, niña o adolescente, de manera definitiva, en otro grupo familiar. En ambas se dirime un mismo objeto: la habilidad de los progenitores para el desarrollo competente de las funciones derivadas de la responsabilidad parental, que no son otra que las conceptualizadas en el art. 638 CCyC (protección, desarrollo y formación integral).

No se requiere una sentencia que prive a la responsabilidad parental en los términos en que lo dispone el art. 700 CCyC (condena por comisión de delito doloso en perjuicio del hijo, desprotección, puesta en peligro, adoptabilidad) para decretar la adoptabilidad,

ocupándose la legislación de dejar clara la equivalencia de efectos a partir no solo de lo que se dispone en el artículo en comentario, sino por lo dispuesto en los arts. 700, inc. d, y 703 CCyC.

Referencias Bibliográficas:

(1) Zannoni, Eduardo a., Derecho Civil. Derecho de Familia, 4^a ed., t.1, Bs. As., Astrea, p. 72.

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 611 a 614

por Mariela A. González de Vicel

Disponibles en: <https://bit.ly/36RqYpC>

Publicado en: Picasso, S., Herrera, M. y Caramelo, G. (dir.)

Código Civil y Comercial de la Nación comentado (T. II, arts. 401-723).

Buenos Aires: Infojus, 2015.

[Consultado el: 24/08/2021]

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

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

1. Introducción

La guarda de hecho es la que se produce a partir de que los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, quedando el niño a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención judicial.

Nace con la entrega del niño, acto que puede tener como antecedente algún grado de parentesco o afectividad entre los adultos; o no tenerlo en absoluto y estar sustentado en necesidades de esos adultos y de des-subjetivización del niño, que es puesto en un lugar de objeto.

Aparece en situaciones muy disímiles como puede ser la entrega directa y la inscripción como propio de un hijo ajeno, el desprendimiento de la crianza y consolidación de vínculo en situaciones de desequilibrio socioestructural entre la familia que entrega y la que recibe —vulnerabilidad social—, o puede ser también una elección materna o paterna fundada en el conocimiento o vínculo previo, sea este de confianza o de parentesco. En esos supuestos el contacto entre las familias y la convivencia del niño en la que no es la de origen, da comienzo por fuera del sistema judicial.

2. Interpretación

La necesidad de regular desde el derecho aparece cuando esa situación 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 que se va consolidando con el tiempo. En estos casos, se procede a declarar la situación de adoptabilidad a partir de una transgresión de un adulto ya que la guarda de hecho está prohibida, pero dado el fuerte vínculo afectivo que se gesta entre el guardado o guardadores con el niño, se prosigue con el proceso de adopción.

En ese tipo de casos se colocan en tensión varios principios, como la autonomía de voluntad de los adultos —generalmente la progenitora—, el interés superior del niño y la judicialidad de la filiación adoptiva, siendo el principio de realidad que informa toda la codificación el motor de la toma de posición sobre el tema.

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 donde a partir de verdaderas redes organizadas los pretendientes adoptantes contactaban a mujeres con dificultades de diversa índole que se desprendían —sin ningún tipo de asesoramiento ni contención— de la crianza de los hijos. Esa modalidad implicaba la violación de varios derechos, pero fundamentalmente incidía en la dignidad, la identidad, la preeminencia de la familia biológica o la coparentalidad no solo respecto del niño, sino también de sus padres biológicos o incluso sus hermanos u otros familiares.

Como refuerzo, y a partir de la ley 25.854 y sus sucesivas reglamentaciones, el registro único de pretendientes adoptantes se erige en un organismo destinado a llevar una lista de centralizada de aspirantes que, solo de ser admitidos, podrán ser seleccionados por los magistrados para convertirse en padres y madres adoptivos. No obstante, su función es la de constituirse en un registro de segundo orden, pues tanto la inscripción como la evaluación de los requisitos y capacidades exigidas estará a cargo de los respectivos registros provinciales, que serán guiados y tendrán la colaboración del Registro único. De allí que el decreto 1328/2009 alude al Registro Nacional como una verdadera red de registros, con el loable objetivo de evitar la dispersión de esfuerzos, la superposición de intervenciones y los continuos desplazamientos.

2.1. Posturas a favor de su reconocimiento

Los argumentos de quienes avalaron doctrinariamente esta modalidad reposaban en la falta de prohibición expresa de la legislación (que se refería únicamente a las entregas plasmadas en escrituras o actos administrativos), el respeto por la voluntad familiar, la subsidiariedad de la intervención estatal, la posibilidad jurídica de que los padres designen tutores a sus hijos y la analogía con la figura de la tutela, siendo que aquí se faculta a los padres a elegir libremente el tutor de sus hijos por testamento. Esto ha sido cuestionado al entenderse que la admisión del contacto directo podía esconder situaciones de vulnerabilidad de los progenitores, captación de voluntad por parte de los guardadores, incluso situaciones de ilicitud como aquellos casos en los que existe pago o contraprestación alguna por parte de los guardadores —pretensos adoptivos—, a favor de la familia de origen.

La jurisprudencia, por su parte, en general se vio constreñida por los lazos ya forjados (identidad en su faz dinámica) y la afectación al interés superior del niño que el desarraigo afectivo le provocaría. En ocasiones, incluso, se valoró que los guardadores estaban inscriptos en el Registro pertinente o la selección realizada por la progenitora se fundaba en motivos valederos, basados en el conocimiento de la persona que recibía a su hijo, y en procura de un verdadero interés en su protección.

2.2. Fundamentos de su rechazo

En la vereda opuesta, se esbozaron también fuertes razones: la tésis del sistema adoptivo, o que más allá de la forma en que el convenio fuera plasmado (escritura o acto administrativo) la legislación pretendía desterrar la consideración del “*niño objeto*” del contractualismo de los adultos. A eso se sumó el argumento de que la entrega directa implicaba una abdicación del ejercicio de la responsabilidad parental, desplazando la tutela de los derechos del niño al sistema de justicia, el único autorizado para decidir sobre ellos.

La realidad siguió imponiéndose y no cesaron los conflictos jurídicos motivados en entregas que salteaban el sistema legal vigente y eran consolidadas por el transcurso del tiempo y la creación de lazos. Lamentablemente, la práctica judicial da cuenta de las situaciones de entrega directa a pesar de la prohibición legal, cuestión altamente compleja cuando el vínculo afectivo se consolida por el transcurso del tiempo. Esto es lo que se pretende evitar de manera reforzada de conformidad con lo previsto en el art. 611 CCyC. No siempre estaba en juego la falta de inscripción previa de pretensos adoptantes; en ocasiones se trataba incluso de guardas legales desarrolladas al amparo de un sistema desidioso que no resolvía en definitiva situaciones de vulneración de derechos donde las medidas de alojamiento alternativo excepcional, se convertían en fuertes vínculos afectivos.

2.3. La suloción legal

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.”*

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. Objetivamente, ese acto coloca al hijo en situación de vulneración o violación de derechos que dejan de serles provistos por sus principales responsables —los padres y otros miembros de la familia de origen— dando lugar a la intervención estatal.(1)

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 CDN y concs.).

¿Puede un progenitor que abdica de ejercer la responsabilidad parental conservar el derecho de determinar con quién crecerá y se desarrollará su hijo siendo ese uno de los derechos a los que renuncia? El mecanismo legal establecido en el Código no deja fuera totalmente la autonomía personal de la progenitora, 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, si se mantiene el recorte de la voluntad al prohibir las guardas de hecho.

La solución legislativa pretende reafirmar la prohibición que ya observaba el derogado art. 318 CC, colocando las cosas en su sitio exacto: es el derecho del niño a desarrollar su personalidad en un ámbito familiar propicio —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.

Además, conforme al concepto legal plasmado en el art. 594 CCyC, si el objeto de la adopción es que una sentencia judicial emplace a un niño en una familia porque la de origen no pudo cumplir con las funciones derivadas de la responsabilidad parental, la selección de quien satisfará ese cometido la hará el Estado y no los progenitores.

Finalmente, el art. 611 CCyC valora la preexistencia de vínculo biográfico o consanguíneo —el término “*parentesco*” incluye a la consanguinidad y a la afinidad— supuesto en el cual permite de manera expresa y como excepción la convalidación de la guarda de hecho. En todo caso, esos parientes que pretenden asumir la crianza deberán ser evaluados, a efectos de que se certifique su aptitud adoptiva.

2.4. La prohibición legal y la consecuencia de su transgresión

El CCyC asume la realidad, a la par que consagra una solución que reduce la profundización de los efectos que este tipo de conflictos genera en todos los involucrados. Expresamente, proscribe las entregas directas que dan lugar a las guardas de hecho en cualquiera de sus formas, esto es: acto administrativo, escritura pública o que la realice alguno de los progenitores u otro familiar —como sería el caso una abuela respecto del hijo nacido de su hija adolescente—.

Sin embargo, consagra una válvula de escape, confiriendo al juez una potestad específica: separar al niño de los guardadores con la sola circunstancia de verificar la transgresión a la prohibición y siempre que no se trate de una persona vinculada al niño por un lazo de parentesco.

2.4.1. La desvinculación transitoria y definitiva

El art. 611 CCyC faculta al magistrado a separar al niño de manera definitiva de sus guardadores de hecho y continuar con el proceso judicial a los fines de establecer si realmente se está ante un supuesto de adoptabilidad o no, es decir, si puede ser reintegrado a su núcleo familiar primario o ampliado.

Así también, el mismo art. 611 CCyC faculta al magistrado si las circunstancias del caso lo ameritan, a separar al niño de manera transitoria de sus guardadores y no que inmediatamente se corte todo vínculo entre ambos. Sucede que puede darse algún supuesto excepcional en el que la ruptura de vínculos no deba ser tajante y definitiva. Un ejemplo podría ser el caso de una pareja de guardadores que se presenta invocando una autorización materna para tramitar la guarda con fines de adopción de su hijo, están debidamente inscriptos en el registro de pretensos adoptantes, y agregan que son sus padrinos. En tal supuesto, el juez podría recurrir a este artículo, y ordenar el alojamiento del niño o niña conforme los programas

estatales de acogimiento familiar transitorio, o incluso institucionalizarlo preventivamente. Esa decisión podrá integrarse con un régimen comunicacional adecuado, mientras que en forma paralela, se analiza la veracidad, calidad y entidad del vínculo afectivo de padrinazgo que se declara.

Luego se dará el trámite correspondiente a la situación de adoptabilidad, con citación de la progenitora (o ambos padres biológicos) conforme lo disponen los arts. 607 a 609 CCyC. Este es otro argumento de peso en defensa de la norma en comentario, pues si bien estas situaciones suelen darse a partir de la conducta materna, 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 el coprogenitor pueda ser ubicado e incluso que asuma el ejercicio de su responsabilidad.

En definitiva, en el art. 611 CCyC aparece receptada una suerte de medida de naturaleza cautelar, donde la verosimilitud del derecho está dada por la transgresión al principio general de prohibición de guardas de hecho y el peligro en la demora ínsito en la permanencia del niño en la familia que irregularmente lo recibió, con el riesgo que se deriva de la generación de lazos afectivos por el paso del tiempo.

2.4.2. Supuestos incluidos en la prohibición

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. Estas figuras son reguladas en el art. 643 CCyC —delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en interés del hijo y por razones justificadas— y art. 657 CCyC —guarda a favor de un tercero que debe revestir la calidad de pariente por razones de especial gravedad— las que tendrán una duración de un año, con posibilidad de ser prorrogadas por igual período y deberán ser homologadas judicialmente. Transcurridos los plazos máximos se

recurrirá a la tutela o eventualmente a la adopción. Por lo tanto, también en estos casos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad a favor de un pariente se debe recurrir al proceso de adopción (declaración de situación de adoptabilidad y posterior proceso de adopción propiamente dicho).

3. Colofón

La opción legislativa dada en el art. 611 CCyC será leída junto con la prohibición de declaración en situación de adoptabilidad ante la existencia de parientes o allegados que ofrezcan asumir la guarda (art. 607 CCyC), lo que será improbable que ocurra si el desprendimiento es realizado al margen del sistema judicial y directamente respecto de determinadas personas. Se propicia la labor de los órganos administrativos y judiciales orientada a evitar la separación del hijo de sus progenitores o eventualmente a procurar su permanencia en el ámbito familiar ampliado. También previene complejos conflictos jurídicos como la nulidad de la adopción motivada por inadecuado o inexistente agotamiento de esas instancias promovidos por los parientes habilitados en función del art. 607 CCyC.

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

1. Introducción

El Código establece determinadas situaciones que dan lugar a un primer proceso donde se dictará a una sentencia que disponga que un niño, niña o adolescente deberá insertarse en otro grupo familiar alternativo al de origen. Los supuestos son:

1. una intervención administrativa/judicial para implementar medidas de protección de carácter excepcional (ley 26.061);
2. la situación de orfandad o de niños sin filiación acreditada;

3. la manifestación libre e informada de uno o ambos progenitores —consentimiento informado para la adopción—;
4. una entrega directa de las prohibidas por la ley.

2. Interpretación

Puede apreciarse que el art. 609, inc. c, CCyC dispone que la misma sentencia que declara la situación de adoptabilidad fija el plazo en el cual se remitirán al juez el o los legajos de las personas admitidas como pretensos adoptantes en el Registro para que *“se dé inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción”*.

Esa redacción podría generar ciertas confusiones y es conveniente dejar claro que:

- a. la guarda preadoptiva fue eliminada como proceso en el sentido técnico-jurídico del término; y
- b. recibidos los legajos el juez se ve imposibilitado de seleccionar, elegir y discernir “inmediatamente” la guarda.

Al consultar los arts. 613 y 614 CCyC fácil se advierte que la actividad judicial posterior a la sentencia que culmina el primer proceso —el que declaró la adoptabilidad del niño— continúa con la solicitud de remisión de legajos de pretensos adoptantes —que no podrá insumir más de diez días— y la selección de uno de ellos. En este punto hay que considerar que el juez puede convocar al organismo administrativo que intervino en la etapa previa, o este presentarse espontáneamente, y también que deberá escuchar al niño y requerir su opinión sobre la elección a realizarse, lo que implica una demora necesaria.

Posteriormente devendrá el dictado de una nueva resolución confiriendo la guarda con fines de adopción, que importa una serie de fases que se inician con la aceptación del cargo por los guardadores, y culmina con el vencimiento del plazo por el que fue discernida, durante la cual se produce el ensamble adoptivo.

La ley se refiere a “*proceso*” con este alcance, y no como serie gradual, progresiva y concatenada de actos jurídicos procesales cumplidos por órganos predispuestos por el Estado y por los participantes en él para la actuación del derecho sustantivo.

2.1. Guarda preadoptiva

La necesidad de resolver acerca de la inserción definitiva de un niño, niña o adolescente en un grupo familiar alternativo al del origen en tiempos útiles, oportunos y eficaces(2) se ve claramente en la nueva estructura del sistema adoptivo.

En primer lugar, porque se establecen plazos perentorios para las medidas de protección de derechos excepcionales, para resolver la situación de adoptabilidad, para seleccionar a los guardadores, o discernir la guarda, la que se reduce en el plazo de duración.

En segundo término porque el diagrama adoptivo elimina el carácter de proceso autónomo de la guarda preadoptiva, que ni siquiera es nombrada como tal, y solo se reconoce como parte de un *iter* direccionado a un segundo proceso que culmina con la obtención de la sentencia de adopción, conservando —ese sí— el carácter de juicio específico que tuvo antes de la reforma (Capítulo 4, art. 615 CC y ss.).

Si nos atenemos a la literalidad del artículo en comentario, fácil se advierte que se refiere a la “*guarda con fines de adopción*”, aquella situación reconocida por el derecho donde los deberes y responsabilidades de los pretensos adoptantes consisten en el cuidado personal del infante, con facultades para tomar decisiones de la vida cotidiana y con miras a obtener la titularidad de la responsabilidad parental. Esta concatenación de vivencias se desarrolla como un proceso que va desde el conocimiento personal del adoptivo con sus guardadores hasta el vencimiento del plazo fijado por el juez. Durante

ese “*proceso*” —entendido como el conjunto de fases sucesivas de un fenómeno complejo— se evalúa el ensamble afectivo.

En definitiva, el “*proceso*” es el que da comienzo al “*abijamiento*”, a la construcción de los vínculos que permitan ulteriormente la adopción.

2.2. Juez competente

El magistrado con competencia para para esta definición será el mismo de la inmediata anterior, siendo a su vez el magistrado que intervino en el control de legalidad de la medida excepcional (art. 609, inc. a, CCyC). Se aplica el principio de concentración y de unidad en la intervención jurisdiccional, y guarda coherencia con la disposición acerca del centro de vida que establece el art. 716 CCyC para la determinación de la competencia en los procesos de familia.

Cabe señalar que la referencia normativa lo es respecto del órgano, por lo cual rigen en la materia las reglas procesales locales respecto del orden de subrogancias que corresponda en supuestos de muerte, renuncia, o licencia, ya que la recusación y excusación no serían viables por haberse consentido antes su intervención.

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

Para la selección, y a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta, entre otras pautas: las

condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

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

1. Introducción

El art. 2° 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*”. Casi todas las provincias tenían desarrollados vía legislativa o administrativa los registros de adoptantes, y en los hechos, no se implementó la organización del registro nacional, hasta que en el año 2004 se dicta la ley 25.854. Como ya se adelantó, la norma fue reglamentada por diversos decretos (383/2005, 1022/2005 y 1328/2009 —único vigente—) que fueron moldeando la función precisa del registro nacional en un régimen legal en el que las cuestiones registrales competen, en primer término, a los ámbitos locales.

2. Interpretación

El registro único de aspirantes a adoptar funciona como un registro de carácter nacional, pues su labor es conjunta y también complementaria con los registros de las provincias adheridas a la ley 25.854. Funciona cohesionando en una base común los datos de todos los pretendientes a adoptar del país, facilitándoles los trámites iniciados en su provincia de residencia y su consideración en los listados si se logra la admisión. La nómina de aspirantes admitidos se confecciona respetando la fecha de inscripción de cada aspirante en el registro de su jurisdicción, sin consideración alguna a la fecha de adhesión de la provincia respectiva al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

Por otra parte, el Registro Nacional tiene un rol complementario. Ello acontece cuando un juez no encuentra pretensos adoptantes que se adaptan a los requerimientos de un niño declarado en adoptabilidad, en ese caso y ante la falta de solicitantes en el pertinente registro local, el juez puede consultar al Registro Nacional para que le brinde información sobre en qué otros registros locales podrían existir posibles adoptantes acorde con la situación planteada.

De este modo, el sistema vigente se posiciona en 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. El CCyC sistematiza y unifica distintos aspectos que hacen a la efectivización del derecho a vivir y desarrollarse en una familia, coordinando la migración hacia un grupo familiar alternativo al de origen cuando hayan fracasado las posibilidades de permanencia.

El rechazo como pretenso adoptante puede suceder por falta de cumplimiento de requisitos o falta de idoneidad surgida de las evaluaciones y test médicos, psicológicos, socioambientales que se realicen.

En definitiva, la base de datos que administra la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA) es una sola que se integra con tantas nóminas como jurisdicciones adheridas. El decreto 1328/2009 establece el orden de prelación, al cual deben ajustarse los registros locales cuando adhieren. Existe un orden de preferencia pero también una obligación de resguardo de la identidad cultural y personal del niño, lo que hace priorizar a los adoptantes domiciliados en el lugar donde tiene su centro de vida.

Si los adoptantes son seleccionados sin recurrir al Registro, se produce la nulidad absoluta del emplazamiento, pues está prevista como sanción en el art. 634, inc. h, CCyC.

2.1. Citación al organismo administrativo

Para el supuesto de que el caso fuera de aquel en que el Servicio de Protección de Derechos, Servicio local o cualquiera sea la denominación dada en cada provincia, es posible que sean citados por el magistrado, en atención al trabajo previo e integral realizado en la familia.

La regla asume que el organismo —más bien quienes lo integran— conoce al niño, sus particularidades y el alcance de los vínculos, y desde ese lugar podrá colaborar en la selección de los pretensos adoptantes coadyuvando con la labor judicial.

El artículo no lo dice expresamente pero las cualidades y calidad adoptiva de los preadoptantes fue evaluada por el Registro respectivo, además de que ese organismo puede intervenir (según las funciones que se le otorgue en cada ámbito local) en casos de mujeres en conflicto con su embarazo y que manifiestan su deseo de desprendimiento. La denominación “organismo administrativo” interpretada con amplitud, los abarcaría y podrían ser citados.

2.2. Selección de los guardadores

Conforme el art. 5° del decreto 1328/2009 toda selección de aspirante debe comenzar por la nómina de la jurisdicción en que deba resolverse la guarda de un niño. De no existir postulantes aptos para el caso, el juez de la causa por resolución fundada y previa vista al Ministerio Público, podrá recurrir a los otros listados que operarán como subsidiarios en un orden de proximidad geográfico que determinará la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos a medida que se efectivicen las adhesiones.

En la selección de los futuros padres, el juzgador y los organismos llamados a intervenir evitarán jerarquizar a las parejas

matrimoniales heterosexuales por sobre las restantes formas familiares en general, pero particularmente si se trata de 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 otras parejas. Actuar de esa manera implicaría una opción por un tipo de familia determinada, lo que le está vedado a todo magistrado por el principio de igualdad y de no discriminación.

Lo que debe asegurarse es la satisfacción de un modo permanente del desarrollo pleno del pretense adoptivo, y si bien es difícil establecer quien o quienes serán los mejores padres, la propia ley allana el camino al señalar algunas pautas. Se ponderan:

a. la edad de los adoptantes, tanto por el cumplimiento del recaudo legal de la edad mínima de 25 años cuanto para que tengan con el adoptivo la diferencia de 16 años exigida por la ley;

b. las condiciones sociales y aptitudes morales, que no se relacionan con la capacidad económica, sino con la posibilidad de recibir al niño en un lugar digno y con personas con habilidades suficientes;

c. las expectativas respecto del instituto y su finalidad y no las individuales, así como el posicionamiento frente al respeto a la identidad y el deber de hacer conocer el origen (art. 595, incs. b, y e, CCyC).

2.3. Citación y opinión del niño

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.

En el supuesto de la adopción el niño o adolescente con edad y grado de madurez suficiente tiene reconocido su carácter de parte en el proceso de declaración en situación de adoptabilidad, y puede comparecer con asistencia letrada (art. 608 CCyC); también es parte en el juicio de adopción y con el mismo alcance (art. 618 CCyC); si no cuenta con edad o grado de madurez debe ser citado a los fines de conocer su opinión sobre la selección de determinado/s adoptante/s. Interesa destacar que, en definitiva, este llamado ante el juez es un adelanto de un acto posterior de suma relevancia, como es el consentimiento de la propia adopción, obligatorio a partir de los 10 años (art. 617 CCyC).

El alcance del ejercicio del derecho a ser oído que menciona esta norma es más que opinar y tomar intervención al momento de la selección de la familia adoptiva. Supone también una escucha activa durante todo el proceso ulterior, donde el magistrado será informado de los avances, demoras o retrocesos del emplazamiento afectivo, la interacción con la familia nuclear adoptiva y la ampliada, el sostenimiento de relaciones vinculares previas, etc.

Esta es una forma no despreciable de impedir fracasos adoptivos, especialmente cuando se trata de niños y niñas que superan

las edades más bajas —generalmente preferidas por los pretensos adoptantes— o con biografías signadas por situaciones críticas o muy dolorosas.

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

1. Introducción

Esta disposición legal se lee conjuntamente con el art. 613 CCyC que indica la modalidad de selección entre los pretensos adoptantes inscriptos y aprobados por el Registro y la entrevista del niño recabando su opinión acerca de la decisión. Concluida esa etapa, se dicta esta nueva resolución.

2. Interpretación

La sentencia que confiere la guarda para adopción contendrá los recaudos procesales exigidos en toda resolución judicial (lugar, fecha, datos de las partes, del trámite, antecedentes fácticos, fundamentación jurídica y la decisión jurisdiccional, conf. arts. 161, 162, 163 CPCCN y concs.) y además deberá fijar el plazo de inicio y de fenecimiento del período de guarda para adopción.

El art. 316 CC preveía un plazo de guarda no menor de seis meses ni mayor de un año, a ser determinado por el juez.

En la actualidad se disminuye el período máximo a seis meses, lo que implica que el magistrado conserva la potestad de fijar uno menor, conforme las circunstancias del caso y el interés de las partes, pero nunca uno superior. Este período máximo se muestra como razonable pues las aptitudes de los guardadores en abstracto se presumen con su aprobación como pretendientes adoptivos por el

Registro, mientras que el plazo otorgado probará en concreto su aptitud ante la situación individual y especial de un niño determinado.

Es conveniente que, en remplazo de fijarlo en cantidad de meses, se consigne de manera expresa el día exacto en que el plazo fenecerá. El factor tiempo, fuertemente considerado en toda la reformulación legislativa de la adopción, vuelve a emerger con fuerza: llegado el día de vencimiento del plazo, los guardadores iniciarán el juicio de adopción, o podrán hacerlo la autoridad administrativa, del Ministerio Público o incluso el magistrado.

Referencias Bibliográficas:

(1) Art. 19 CADH, arts. 3° y 4° CDN, Corte IDH, OC 17 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, arts. 1°, 29 y concs. de la ley 26.061.

(2) CORTE IDH, "L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay", Resolución 01/07/2011, consid. 16: "... 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".

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 615 a 618

por Mariela A. González de Vicel

Disponibles en: <https://bit.ly/36RqYpC>

Publicado en: Picasso, S., Herrera, M. y Caramelo, G. (dir.)

Código Civil y Comercial de la Nación comentado (T. II, arts. 401-723).

Buenos Aires: Infojus, 2015.

[Consultado el: 24/08/2021]

ARTÍCULO 615.- Competencia. Es juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretendientes 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. Introducción

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 la adopción (conf. art. 558 CCyC). El sistema de filiación diseñado tiene, entonces, tres fuentes: la biología, la voluntad procreacional y la voluntad jurídica.

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. 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 jurídicamente distintos.

La adopción aparece como recurso estatal hábil para proveer al niño, niña o adolescente de los cuidados parentales de los que carece (conf. art. 594 CCyC) arrastrando 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 en grupo familiar distinto al de origen.

A partir del concepto legal del art. 594 CCyC, 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 hijo de personas imposibilitadas de procrear;

c. este tipo filial es subsidiario del de origen, trátase del núcleo familiar nuclear (padre y/o madre) como 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.

2. Interpretación

En la actualidad, el CCyC 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 —incluida la voluntad del desprendimiento 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 art. 609 CCyC se encarga de establecer reglas de procedimiento para los supuestos allí enumerados por los cuales un niño, niña o adolescente puede ser declarados en situación de adoptabilidad, entre las que fija la competencia del órgano judicial 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 CCyC).

2.1. Juez competente en el juicio de adopción

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, dentro de los poderes y atribuciones de la soberanía del Estado, mientras que la competencia importa el modo o manera en cómo 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 sostiene que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen la misma competencia.

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. 1° y 3° CPCCN 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.

La ley 24.779 respetó el texto de su precedente, ley 19.134, disponiendo ambas que la acción tendiente al emplazamiento adoptivo 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 pretensos adoptantes en función de su propio domicilio, si este estaba fijado en lugar distinto al del niño.

El seguimiento de la guarda con fines de adopción se veía dificultado, y en muchas ocasiones los pretensos iniciaban el trámite de la adopción sin concluir la etapa fijada como período de guarda preadoptiva, además que dejaba fuera la posibilidad de continuidad de contacto con los miembros de la familia extensa o de vínculos saludables, 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.

El centro de vida para la determinación de la competencia en materia adoptiva tiene sustento en los principios establecidos en el art. 595, incs. b y c, CCyC (interés superior del niño y respeto por el derecho a la identidad).

Ese punto de contacto puede no coincidir con el que dispuso la guarda con fines de adopción. Plantea la hipótesis de la movilidad de los pretensos 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.

Con esta fórmula se agiliza el procedimiento y reducen 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. Con ello se evita la reiteración de actos ya cumplidos, que no suministrarán nuevas pruebas, sino que prolongarían inoficiosamente el derrotero procesal; se facilita 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, inc. c, CCyC) si conoce al magistrado que si nunca antes fue visto; y se reducen 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.

El CCyC introdujo un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes, como se expresa en los Fundamentos. 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.

2.2. El centro de vida

La fórmula elegida por el legislador proviene de las disposiciones del derecho interno, pues la ley 26.061 (art. 3º) estableció por primera vez a nivel legislativo el concepto de “*centro de vida*” como pauta a considerar para determinar el interés superior del niño. También se tuvo en cuenta el desarrollo jurisprudencial de la

Corte Nacional que lo consideró en función de las normas de derecho internacional privado, especialmente, en lo relativo a cuestiones vinculadas con la restitución internacional de menores de edad.

La noción “*centro de vida*” excede la de residencia habitual, 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. Alude al centro de gravedad, pero 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.

El art. 615 CCyC 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.

Es en el segundo caso, más complejo, donde el juez que dictó la guarda con fines de adopción deberá considerar —y los adoptantes escogidos dar a conocer— la posibilidad de prorrogar su competencia

a favor del magistrado del lugar de residencia de los futuros adoptantes.

ARTÍCULO 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.

Remisiones: ver comentario al art. 617 CCyC.

1. Introducción

El juicio de adopción solo puede iniciarse una vez fenecido el plazo fijado para evaluar la evolución del ensamble producido entre el adoptado y sus guardadores, realizando los ajustes que correspondan, en su caso. Conforme el art. 614 CCyC el tiempo de duración de la guarda es dispuesto por el juez y no puede superar los seis meses.

La demanda solo podrá presentarse una vez concluido el plazo dispuesto.

El magistrado que discierne la guarda con un fin adoptivo podrá considerar que la adaptación de los pretensos adoptantes y el adoptivo no requiere del plazo máximo de seis meses, y reducirlo a pedido de parte o de oficio. Lo conveniente es que, disponiendo la cantidad de meses que estime apropiados, también señale el día exacto en que el plazo caducará, es decir, se señale una fecha cierta.

2. Interpretación

2.1. Justicia de familia.

Caracteres y principios Dentro de los deberes que se impone a la judicatura, y junto a la asistencia a determinadas audiencias, 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. Respeto de este último, procurará 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; saneamiento o expurgación de actos, etc.

Aquellos magistrados con competencia en materia de familia ven ampliados sus deberes —y también sus facultades— por la exigencia del activismo que impone la gran cantidad de derechos humanos involucrados directamente con el derecho familiar, a la luz de los dos grandes principios sustanciales de: a) interés superior del niño y b) tutela judicial efectiva.

En esta rama del derecho civil rigen principios diferenciales como gratuidad, interdisciplina, celeridad, oficiosidad, flexibilización de las formas procesales, flexibilización de los principios de preclusión y congruencia, inmediación y oralidad, acentuación de la conciliación, acceso limitado al expediente, buena fe y lealtad procesal (arts. 705 a 711 CCyC). Respecto a la prueba, impera el principio que indica que, en caso de duda se estará a favor de su producción, y también en cuestiones de competencia se muestra como incardinan los principios sustanciales citados, fijándose por principio la regla de la continuidad de la actuación del juez que previno en el caso.

2.2. Legitimados para el inicio del proceso de adopción

Además del interés social que imbuje la figura de la adopción, el instituto aparece constitucionalmente reconocido como posibilidad de acceso de los niños al derecho a la vida familiar (Preámbulo y art. 20 CDN, en función del art. 75, inc. 22, CN y art. 594 CCyC).

En todo el sistema legal que regula el régimen de la filiación por adopción, se tiene especial cuidado en establecer que las distintas fases tendientes a efectivizar el derecho del niño a una familia que le provea la satisfacción integral de sus derechos tengan límites temporales precisos. Esto obedece a que el factor temporal tiene

enorme incidencia en la conformación de la identidad personal, sea para que los lazos que se gesten a partir de la guarda sean reconocidos jurídicamente a través del emplazamiento, sea para reemplazar a la familia guardadora si la inserción no resultó satisfactoria.

Consecuencia de ello es que se amplían los actores procesales que iniciarán el juicio de adopción, pues de este modo se tiende a la efectivización del derecho sin demoras perjudiciales para el niño.

2.3. Proceso instado de oficio

Se exige un mayor activismo a los jueces de familia en función de los derechos fundamentales involucrados, como la identidad, la dignidad, el derecho a la vida familiar, a mantener lazos filiales, puesto que si las normas sustanciales han sido trasvasadas por el derecho constitucional-convencional, las reglas procesales para concretarlas no pueden quedar ajenas a esa finalidad.

Para efectivizar el interés superior del niño —regla macro del sistema de derechos de la infancia— se requiere la posibilidad de acceso a una tutela judicial efectiva —principio liminar de derechos humanos— (1) y ambos se concretan en la norma comentada.

La tutela judicial efectiva incluye el derecho a la efectividad de la sentencia, que en el caso de la adopción tiene como antecedente la decisión judicial que declaró la situación de adoptabilidad y luego la guarda para adopción, y es en ese contexto en que aparece esta obligación para el magistrado.

Debe aclararse que la disposición no implica que deberá formular la demanda, sino que en el mismo proceso donde se dispuso la guarda para adopción, comprobada la caducidad del plazo fijado, dispone las comunicaciones formales pertinentes para que los pretendientes adoptantes-guardadores, o el mismo niño si se trata de un adolescente, den comienzo con el trámite. A ese fin les otorga un

plazo prudencial para presentar la demanda o comunicar al tribunal o juzgado los motivos que obstaron a hacerlo.

El interés superior del niño se corporizará cuanto antes se produzca el emplazamiento filial, derivándose el inmediato cumplimiento de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental, que según el art. 638 CCyC son: protección, desarrollo y formación integral.

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 goza de legitimación. La norma debe ser leída e interpretada junto con el art. 709 CCyC, y por lo tanto el magistrado llevará 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.

Puede suceder que los legitimados activos —quienes tienen interés o titularizan la pretensión— omitan ejercer la acción correspondiente, y es allí donde el órgano administrativo, el Ministerio Público, o el mismo juez oficiosamente, impulsarán el ejercicio del derecho subjetivo. Recae en estos funcionarios la obligación de instar, que no equivale a formular una demanda de adopción. De lo que se trata es de impulsar la actividad de las partes interesadas en función de los derechos comprometidos.

2.3.1. Proceso instado por las partes

Se refiere aquí al o los pretensos adoptantes seleccionados oportunamente, y a quienes se les otorgó la guarda con fines adoptivos. Conforme lo dispone el art. 617, inc. a, CCyC a cuyo comentario remitimos, ellos son parte en el proceso de adopción junto con el niño, niña o adolescente.

El mismo art. 617, inc. a, CCyC incluye al pretenso adoptado, sin imponerse una edad específica para ser parte, bastando que tenga

edad y madurez suficiente —que se presume para los adolescentes conf. art. 26 CCyC— debiendo comparecer con patrocinio letrado. Ciertamente que si el que comparece es únicamente el niño, corresponde trasladar la pretensión a los guardadores, aunque lo más probable es que constituyan un litisconsorcio activo.

El art. 617 CCyC no menciona dentro de la enumeración de las partes al Ministerio Público, sino que —al igual que con el Órgano Administrativo— luego de enumerar a los pretensos adoptantes y al pretense adoptado, señala dentro de las reglas del proceso la intervención de estos dos organismos.

Aunque el Ministerio Público no aparezca mencionado como órgano habilitado para instar el juicio de adopción, dentro de las funciones que les asignan las leyes orgánicas y por lo dispuesto por el art. 103, inc. b.ii, CCyC, su actuación es principal en función de que el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de deberes a cargo de los guardadores. Su actuación será complementaria si en lugar de iniciar el proceso de adopción, requiere al juez que intime a los remisos a iniciarlo (art. 103, inc. a, CCyC).

El órgano Ministerio Público (Asesor de Menores, Asesor de Familia, Defensor de Menores e Incapaces, etc.) interviene de manera principal si se trata de un adolescente o joven que requiere por sí mismo el inicio del trámite, sea consiguiendo patrocinio letrado para que dé inicio a su propia adopción o que presente la demanda como Ministerio Público (conforme arts. 24, 25, 26, 103, 595.f, 639, inc. b, 707 CCyC y ccs.). Esa actuación es una intervención funcional que no le confiere calidad de parte, en consonancia con lo dispuesto por el art. 617 CCyC.

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 nuevas frustraciones de los involucrados. A eso se debe que no revista calidad de parte.

2.3.2. Proceso instado por el órgano administrativo

Al igual que el Ministerio Público, el órgano administrativo que intervino en el primer proceso que culminó con la declaración de la situación de adoptabilidad (art. 608, inc. c, CCyC) se encuentra habilitado para instar el proceso de adopción, aunque el art. 617 CCyC le confiere intervención durante su transcurso, pero no la calidad de parte.

Si la actividad desplegada por el sistema integral de protección —función administrativa y judicial— desemboca en la declaración de situación 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 estrategias tendientes a la reversión de la situación de vulneración de derechos, deberá estar presente promoviendo que se adopte una decisión definitiva. De tal modo, cualquiera de las dependencias administrativas que se vinculen con el sistema de protección integral relacionado con el niño o hayan intervenido en su situación pueden formular el requerimiento, instando el juicio de adopción.

Autoridad administrativa, en los términos en que el artículo lo enuncia será —además de los órganos del Sistema de Protección— el Registro de Pretensos Adoptantes o el Registro Único de Adoptantes a nivel nacional, pues en varios de los provinciales el seguimiento de las guardas para adopción y su resultado se encuentra dentro de las funciones.

Aunque no se dice expresamente, la falta de comparecencia de las partes a la citación formulada para instar el proceso, o la falta de adherencia a la demanda de adopción si ella es presentada por el niño, niña o adolescente autoriza a revocar la guarda para adopción.

ARTÍCULO 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.

Remisiones: ver arts. 60, inc. a; 597, 608 y 632, inc. a, CCyC; y comentario al art. 103 CCyC.

1. Introducción

Autores como Palacio y Alsina sostienen que parte es 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. Para Falcón es todo titular de la acción que reclame el auxilio de la jurisdicción —por sí o por representante— y los que intervengan como consecuencia de tal reclamo.

En los procesos voluntarios, ante la falta de contradicción se la suele denominar “*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.⁽²⁾

2. Interpretación

2.1. Progenitores y representantes legales

Los padres biológicos no son parte en el juicio de adopción pues el sistema actual tiene previsto la tramitación de un proceso autónomo y previo que concluye con la declaración de la situación de adoptabilidad y el discernimiento de la guarda para una futura adopción, donde los progenitores tuvieron intervención en esa calidad.

La problemática que involucra la entrega o desprendimiento es compleja, y para garantizar la seguridad de la adopción es necesario que la sustitución de la filiación de sangre sea consecuencia de un proceso judicial donde:

1. Los progenitores fueron privados del ejercicio de la responsabilidad parental;
2. prestaron su consentimiento informado con ejercicio pleno de su autonomía y conocimiento de los derechos; o
3. no pudo ser logrado el fortalecimiento familiar suficiente para proveer a la crianza. En esos supuestos, a los padres de origen se les reconoce su participación en calidad de parte (art. 608, inc. b, CCyC) y además, se regula la obligación judicial de citarlos para mantener una entrevista con el magistrado, incluso si no se presentaron formalmente al trámite ni asumieron la calidad de parte (art. 609, inc. b, CCyC).

2.1.1. Dos supuestos excepcionales: filiación no establecida y adopción de integración

El art. 607, inc. a, CCyC considera el caso de niños sin filiación establecida o cuyos padres fallecieron, y dispone que agotada la búsqueda de familiares en un plazo de 30 días sin resultado positivo—prorrogable por un plazo igual— se dicte la adoptabilidad. Puede suceder que uno o ambos de esos padres, o miembros de la familia

ampliada con vínculo cercano (abuelos, tíos, hermanos) se presenten requiriendo tomar participación en el juicio de adopción por haberse omitido su citación en el proceso anterior. En el caso de la adopción de integración el art. 632, inc. a, CCyC señala el deber para el juez de escuchar al progenitor de origen, sin serle reconocida la calidad de parte. El art. 18 CN establece la garantía de la defensa en juicio, pero además desempeñan un rol significativo los arts. 9° y 21 CDN, al disponer el 9.1 el principio de que *“el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”*, el 9.2 que *“en los procesos respectivos se dará a todas las partes interesadas la oportunidad de participar”* y *“dar a conocer sus opiniones”*; mientras que la regla 21.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 resultar necesario”*. Como consecuencia, no podrá negarse automáticamente la participación en calidad de parte de los progenitores por aplicación de las reglas constitucionales-convencionales citadas.

En todo caso, se resuelve aplicando los principios generales al momento de ponderar los distintos derechos involucrados. Un criterio hermenéutico que se despliega en el ejercicio de todos los derechos humanos es el principio *“pro homine”*. La directriz indica que se 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.

De esta manera, los progenitores con intervención extemporánea u otros representantes legales o parientes que no fueron legalmente citados —como la madre de una niña menor de edad respecto de su nieto cuyo nacimiento desconocía— deberán plantear la nulidad absoluta del procedimiento (art. 634, inc. g, CCyC) y resuelta favorablemente su posición, serán habilitados para efectuar peticiones, ofrecer prueba, controvertir derechos o recurrir la sentencia en calidad de parte aun en el juicio de adopción.

En la adopción de integración el padre biológico será citado a ser escuchado en la primera intervención y si comparece contravirtiendo la pretensión, no le puede ser negada su calidad de parte.

2.1.2. Los pretensos adoptantes

La posibilidad de acceder a un emplazamiento filial en carácter de padre o madre se mantiene reconocida unilateralmente o bilateralmente, con mejora de la redacción porque se refiere a “*pretensos*” adoptantes. La selección de los pretensos se produce en la etapa y bajo las condiciones que establece el art. 613 CCyC. Pueden ser un matrimonio, ambos integrantes de una unión convivencial o una persona sola (art. 599 CCyC), sin que la redacción legal esté dando un orden de preferencia.

Al momento de peticionar la adopción deberán cumplir algunos requisitos documentales y acompañar:

1. testimonio de la guarda con fines de adopción y para el supuesto del art. 615 CCyC, deberán acreditar la competencia del juzgado o tribunal (art. 614 CCyC);

2. si se trata de un matrimonio, presentarán el certificado que lo acredite (arts. 599 y 602 CCyC) y si es unión convivencial, acreditar su existencia conforme art. 511 CCyC;

3. adjuntar la documentación personal del pretenso adoptado en original y copias para confronte, y la de los pretensos adoptantes que permita comprobar la edad, domicilio y nacionalidad (arts. 599, 601, 615 CCyC);

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 CCyC);

5. en su caso, instrumentos que permitan comprobar la residencia efectiva en el país (art. 600 CCyC);

6. testimonio o 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 CCyC);

7. testimonio o copia certificada de la sentencia de divorcio (art. 604 CCyC);

8. en su caso, acta de defunción (art. 605 CCyC);

9. testimonio que dé cuenta de la extinción de las cuentas de la tutela (art. 606 CCyC);

10. documentación que acredite sus ingresos, bienes, ausencia de imputaciones penales o absolución o sobreseimiento, en su caso.

Ofrecerán la prueba conducente para acreditar los requisitos personales que los convierten en la mejor opción familiar para el niño, y justificar que el fin de la adopción se encuentra cumplido (testimonial, informes de escuelas, clubes, socio ambientales, etc.).

2.1.3. Los pretensos adoptados

El emplazamiento adoptivo se dirige, en principio, a quienes no hayan adquirido la mayoría de edad o se hayan emancipado, y solo 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.

Para ser parte, el niño, niña o adolescente deberá contar con grado de madurez y desarrollo acorde para comprender el alcance del acto e instruir al letrado que lo patrocinará o representará en el proceso. No se requiere una edad específica, pero se presumirá la madurez del adolescente (arts. 24, inc. b; 25; 26; 117; 595, inc. f; 608, inc. a, CCyC) y si la ley establece que el niño de 10 años puede prestar su consentimiento en su propia adopción, ese límite es una pauta por sobre la cual no podría indagarse acerca de si tiene o no madurez para constituirse como parte con patrocinio jurídico.

El niño, niña o adolescente que fue tenido como parte en el proceso previo, por un elemental principio de no regresividad, tendrá esa calidad en el juicio de adopción. En cuanto a si debe o no comparecer con su propio abogado cada caso será considerado en sus particularidades.

Si la adopción se postula por los pretensos adoptantes, existe unidad de objeto procesal y si ningún miembro de la familia de origen confronta el procedimiento (por ejemplo, planteo de la nulidad), no será necesario. En cambio, si en una adopción de integración de un adolescente uno de los progenitores se opone a la pretensión del cónyuge o conviviente del otro, podrá tener su propio letrado o el juzgado disponer que sea técnicamente asistido por contar con edad y madurez para ello, y existir intereses contrapuestos con los representantes legales. Idénticos serán los fundamentos en caso de niños sin madurez para los actos, en que se recurrirá a la tutela.

2.2. La escucha personal del niño, niña o adolescente

Se regula aquí el deber del magistrado en efectivizar el derecho reconocido a las personas menores de edad (arts. 12 CDN; 595, inc. f; 609, inc. b; 613, última parte, CCyC).

La citación para oír a un niño es el primer paso de un acto de gran responsabilidad que se concreta con la presencia ante el juez.

En esa circunstancia es cuando el adulto —magistrado— debe poner a disposición del niño una escucha activa, comprometida, que pueda asegurar que el ensamble familiar es adecuado, que releve las necesidades afectivas que el niño no pueda develar a sus cuidadores, como las referidas a su familia de origen o a algunos vínculos determinados, que establezca cuál es su deseo acerca de la identificación, pues él es el centro o eje de la intervención judicial.

El juez/a se adaptará en la entrevista a la edad cronológica, considerará pautas culturales, conocimiento previo de la situación, brindará información acorde a las circunstancias fácticas e indagará acerca de los intereses de ese niño y su opinión sobre el desarrollo de la nueva dinámica familiar. 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 CDN, podrá requerir el auxilio de otras disciplinas.

El deber judicial también está en tener en cuenta la opinión del niño, lo que no equivale a admitirla como dirimente. Justamente por tratarse de una opinión, la valoración será considerando las posiciones de todos los involucrados en función de la prueba reunida, arribando al resultado que mejor satisfaga el interés superior del niño. Deberá siempre considerar en la resolución lo que el niño opinó pues la entrevista servirá para indagar acerca de cuestiones vinculadas con el tipo de adopción, el apellido, el mantenimiento de vínculos, la creación de otros, etc.

2.3. Intervención del Ministerio Público y del Organismo Administrativo

Con denominaciones de Defensores de Menores, Menores e Incapaces, Asesor de Familia, Asesor de familia de incapaces u otras, la figura es regulada en el art. 103 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

Su intervención ya no es como parte, y su función específica será controlar que el proceso de adopción se lleve a cabo cumpliendo con las garantías convencionales-constitucionales, será notificado del inicio del trámite. Se expedirá antes del dictado de la sentencia dictaminando sobre la procedencia de la filiación adoptiva, sus efectos y alcances.

En cuanto al Organismo Administrativo, en esta etapa, a diferencia del primer proceso en que quienes integran el Sistema de Protección integral son quienes mantienen el mayor contacto con la familia de origen y el niño, el Registro de Adoptantes se erige en el órgano de intervención por excelencia.

Dependerá de cuál resulte el organismo al que el magistrado haya encomendado el seguimiento y acompañamiento de la guarda con fines de adopción en la resolución a la que se refiere el art. 614 CCyC —registro de pretensos adoptantes, servicios de protección de derechos, equipos interdisciplinarios judiciales, etc. — pues a él le será requerida la intervención que se volcará en un dictamen sobre la procedencia o no de la pretensión.

2.4. Consentimiento de la propia adopción

El Código, además de la obligada participación de todo niño, cualquiera sea su edad para ser oído, y que su opinión sea considerada, incluye lo que es una novedad y un requisito esencial para el emplazamiento adoptivo: el inc. f del art. 595 CCyC relativo a los *“Principios generales”* en la adopción, dispone que el pretenso adoptante que cuente con 10 años o más, debe prestar su consentimiento para la adopción, el que es obligatorio. El art. 617, inc. d, CCyC establece que *“el pretenso adoptado de más de diez años debe prestar su consentimiento expreso”*, y el 634, inc. i, CCyC 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 de 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.

La adopción es una construcción conjunta del niño y sus pretenses adoptantes, y no una imposición para ninguno, o la única salida frente a la orfandad o la imposibilidad de permanecer en la familia de origen.

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.

Se presta, en principio, a los diez años pues se considera que a partir de dicha edad cuenta con madurez suficiente en relación al acto adoptivo, pero esa pauta etaria no impide que si un niño con menor edad pero madurez suficiente para interpretar el alcance del acto adoptivo se manifiesta consintiendo no se considere válido. La autonomía progresiva del ser humano es un principio cuya concreción es disímil conforme el contexto en que cada niño o niña despliega su desarrollo. En cada caso se analizará si en ejercicio de esa autonomía una persona menor de diez años está en condiciones madurativas de prestar su consentimiento para la adopción.

La omisión de obtener el consentimiento y la sentencia dictada sin cumplir ese requisito esencial acarrearán su nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible, por lo que resulta apropiado que en ella se consigne un apartado específico sobre el tema.

2.5. Reserva y privacidad de actuaciones

Esta disposición debe leerse en conjunción con el art. 708 CCyC, y se vincula con la intimidad personal y su protección en este tipo de situaciones, donde la identidad del ser humano se juega en toda su extensión.

Las audiencias son privadas, lo que implica que no podrá ser autorizada la presencia de terceros ajenos a la cuestión, salvo que sean convocados razonablemente por la autoridad judicial, y no puede darse a publicidad lo ocurrido en ellas. La salvedad es la presencia de los letrados que representan a las partes, aunque en aquellas en que se convoca a las partes a ser escuchados por el juez, la regla cederá cuando el niño, los pretendidos adoptantes o —si es el caso de presentación tardía— los progenitores, prefieran ser entrevistado a solas.

Respecto del expediente, se consagra una excepción a la regla general del acceso a la información para la opinión pública, con fundamento en la privacidad (art. 16 CN).

ARTÍCULO 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.

1. Introducción

La adopción, una de las modalidades de emplazamiento filial, tiene lugar únicamente por sentencia judicial dictada luego de un proceso judicial (art. 594, párr. 2, CCyC) 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. La sentencia tiene un doble efecto:

- a. constitutivo del nuevo estado; y
- b. declarativo pues reconoce que ese estado es preexistente al pronunciamiento.

2. Interpretación

El artículo 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. Pero cuando esas vías de acceso a la adopción fueron descartadas, la sentencia de guarda es el instrumento que fija una fecha cierta para el emplazamiento.

La disposición se ajusta al principio de realidad, pues desde que la guarda se efectiviza comienza la convivencia y es a partir de ella que nacen o se desarrollan los vínculos paterno filiales.

Hay situaciones en que los adoptados tienen relación previa con sus adoptantes —vínculo de parentesco o tutor— pero las relaciones interpersonales anteriores no son consideradas por el sistema jurídico a los fines de la filiación adoptiva (conf. art. 611).

Con la disposición de guarda nace la intención de efectivizar el derecho del niño a vivir en una familia que ejerza la responsabilidad parental. Si esa intención se concreta con la pretensión de la adopción que es acogida favorablemente, es lógico que el efecto se retrotraiga a esa fecha.

Respecto de la adopción de integración, está excluido expresamente en ese tipo adoptivo la declaración judicial de adoptabilidad y la guarda con fines de adopción (art. 632, incs. d y e, CCyC). La sentencia de adopción se retrotrae a cuando la pretensión se formaliza, esto es, con la presentación de la demanda. Sin embargo,

con fundamento en la identidad dinámica que se desarrolla con la convivencia, comprobado el cuidado del niño por el progenitor afín devenido en adoptante a petición de parte podría ser procedente retrotraer esos efectos. Si la seguridad jurídica es la que determina que la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos el emplazamiento adoptivo de integración, ese principio también se logra si los adultos constituyen un 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 CCyC), aunque ello no constituye una obligación, sino la forma de probar la fecha en que dicha unión se inició.

En cuanto a la adopción de mayores de edad una parte de la doctrina considera que deberá ser retroactiva a la fecha de promoción de la demanda adoptiva. Sin embargo, dado que ese emplazamiento tiene su fundamento en la posesión de estado mantenida durante la minoría de edad, extremo que deberá ser comprobado, por aplicación del principio general contenido en el art. 595, inc. b, CCyC la fecha en que surtirá efectos la adopción podrá ser anterior a la promoción de la acción.

Referencias bibliográficas:

(1)Del art 8º.1. CIDH se desprende el derecho a la tutela efectiva, principio que comprende no solo 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 ese es el único modo en que sea efectiva. También es de aplicación el art. 4 CDN que dice: *“Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”*

(2)PALACIO, LINO, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado, t. I, Bs. As., Abeledo Perrot, 1992, p. 329.

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 619 a 633

por Mariela A. González de Vicel

Disponibles en: <https://bit.ly/36RqYpC>

Publicado en: Picasso, S., Herrera, M. y Caramelo, G. (dir.)

Código Civil y Comercial de la Nación comentado (T. II, arts. 401-723).

Buenos Aires: Infojus, 2015.

[Consultado el: 24/08/2021]

SECCIÓN 1ª

Disposiciones generales

ARTÍCULO 619.- Enumeración. Este Código reconoce tres tipos de adopción:

- a. plena;
- b. simple;
- c. de integración.

1. Introducción

El Código Civil de Vélez Sarsfield rechazó la adopción como sistema de filiación y el instituto se incorpora al campo legislativo recién en el año 1948 con la sanción de la ley 13.252.

En cuanto a los tipos adoptivos, dicha norma dispuso: *“El parentesco que crea la adopción se limitará al adoptante y al adoptado, quien será considerado como hijo legítimo. El adoptado no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación”* (art. 12 de la ley 13.252), y *“Los derechos y deberes que resulten del parentesco de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, excepto los de la patria potestad*

que se transfieren al padre adoptivo” (art. 14 de la ley 13.252). Es decir, se perfiló un único tipo adoptivo.

Le siguió la sanción de la ley 19.134, ampliando la adopción para el hijo mayor de edad el otro cónyuge y la posibilidad de adoptar más de un menor de edad que en la ley que remplazó se limitaba a un niño de cada sexo, apareciendo por primera vez la distinción entre adopción simple y plena, a partir de los distintos efectos con que se regula a cada tipo legal. Se dispuso que *“La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de esta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo”* (art. 14 de la ley 19.134). También estableció que: *“Es facultad privativa del juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor y concurran circunstancias excepcionales, otorgar la adopción simple. El otorgamiento podrá ser únicamente de oficio y no deberán atenderse a su respecto peticiones de las partes”* (art. 21 de la ley 19.134).

Con la ley 24.779 se consolida la posibilidad de adoptar a uno o varios niños, simultánea o sucesivamente, sin limitación en razón de su sexo. Las adopciones de la misma familia eran del mismo tipo, admitiéndose que las partes solicitaran con qué alcance requerían se declare el nuevo estado filial. En cuanto al hijo del cónyuge dispuso que su adopción siempre fuera de carácter simple, mejorando la regulación anterior que solo la admitía en supuestos de adoptados mayores de edad o hijos adoptivos del premuerto. Apareció el registro único de aspirantes a la adopción y no se resuelven los cuestionamientos sobre la prioridad que se confería al tipo pleno respecto del simple, o los diversos aspectos que involucraba la adopción de integración, aunque la jurisprudencia comenzó a abandonar la preminencia de un tipo adoptivo sobre otro, confiriendo efectos de una u otra según el mejor interés del niño, niña o adolescente en el caso concreto.

Finalmente, en 2014 se sanciona el actual CCyC, que en materia adoptiva incorpora normas con texturas más porosas, sin dejar de mantener determinadas pautas infranqueables. Interesa destacar que se amplían los tipos adoptivos a tres: simple, plena y aparece la adopción de integración con fisonomía propia y regulada autónomamente; se incorpora una gran novedad en el art. 621 CCyC que incide fuertemente en los efectos de las adopciones: la posibilidad judicial de mantener vínculos o hacer cesar otros, con independencia del tipo adoptivo de que se trate.

El siguiente cuadro ilustra sobre la evolución de los tipos adoptivos:

Código Civil originario	Ley 13.252 (1948)	Ley 19.134 (1971)	Ley 24.779 (1997)	CCyC
No reguló la adopción	Adopción simple	Adopción plena y simple (priorizando)	Adopción simple y plena (sin jerarquías)	Adopción simple, plena y de integración
	Solo transfería patria potestad	Aparece la sustitución de la familia de origen	Se mantiene el remplazo de los vínculos	Judicialmente se mantienen o se extinguen vínculos

2. Interpretación

La tipología tripartita obedece al reconocimiento de las características que tiene cada uno de los tipos adoptivos en cuanto a su aplicación y sus efectos.

Su fundamento está en el respeto por la identidad del principal sujeto de la adopción: el niño, niña o adolescente pues la biografía de

un niño recién nacido cuyos progenitores abdicaron de su crianza no tendrá el mismo desarrollo vivencial que la de un niño de 10 años que carece de cuidados parentales adecuados y es declarado en situación de adopción. Además, el vínculo generado a partir de las nuevas parejas constituidas por los progenitores con el conviviente o cónyuge genera vínculos y una dinámica familiar especial que no puede desatenderse, y respecto de la cual la adopción simple se mostró insuficiente.

Es necesario el mantenimiento del doble carácter de la adopción porque hace a la protección de los derechos a la identidad y a permanecer en la familia biológica, que no se resuelve con la posibilidad de acceder al conocimiento del origen, pues allí se aloja solo una porción estática de la identidad.

Los efectos de la adopción simple garantizan el emplazamiento paterno-filial y permiten dejar subsistentes lazos que pueden ser relevantes en la historia personal del niño, a la par que el art. 621 CCyC aporta la posibilidad de crear lazos de parentesco con miembros de la familia ampliada de los adoptantes.

Las causas que originan la adopción plena como más apta para satisfacer el derecho del niño no pueden negarse (niños huérfanos, sin filiación acreditada, privación de ejercicio de responsabilidad parental, etc.) y su interés superior indicará ese emplazamiento, posibilitando el mismo art. 621 CCyC que algunos vínculos jurídicos se mantengan (entre hermanos, con abuelos, tíos, etc.).

Con relación a la adopción de integración, la necesidad social de dotarla de autonomía surgió por la dificultad que acarrea reconocer la amplitud de derechos derivados del cuidado e incluso la identidad en su faz dinámica, con la acotada posibilidad que otorgaba que se incluyera en una subcategoría de la adopción simple (art. 311 CC), especialmente cuando el niño tenía un solo emplazamiento filial.

El artículo es claro en cuanto a que no da relevancia a algún tipo por sobre otro, ni establece un orden de prelación. “*Este Código reconoce tres tipos de adopción*”, las que designa con una letra, y no con numeración lo que implica que no se autoriza a deducir ningún tipo de preferencia. Cada tipo adoptivo responderá a las características del caso, y a su vez, cada uno podrá tener una modalidad flexibilizada conforme lo autoriza el art. 621 CCyC.

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.

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. Introducción

Este artículo determina en qué consiste cada uno de los tipos adoptivos reconocidos, y el punto de contacto entre la adopción plena, la simple y la de integración aparece en el estado paterno-filial que cada una de ellas crea. El centro neurálgico del emplazamiento es el niño, y no los caracteres o los efectos que si bien se incluyen, dejan de ser definitorios. Las distinciones son consecuencia de los efectos que cada una genera en los vínculos jurídicos originarios (se mantienen o se extinguen), aunque también reconoce la legislación la posibilidad de crear vínculos jurídicos con personas distintas a los adoptantes.

2. Interpretación

2.1. Adopción plena

Conforme el concepto, la adopción emplaza creando el nuevo estado de hijo y extingue los vínculos jurídicos anteriores, con excepción de aquellos que específicamente se mantengan. Ya no se “*sustituyen*” los orígenes biológicos por una filiación adoptiva, respetando así la identidad personal en toda su magnitud.

Los efectos derivados de la filiación adoptiva con carácter plena, son sistematizados en el art. 624 CCyC —irrevocable, admite acción de filiación posterior o reconocimiento para posibilitar ejercicio de derechos alimentarios o hereditarios— advirtiéndose que la extinción de los vínculos igual mantiene algunos efectos derivados de la filiación por naturaleza, como el deber alimentario que establece el art. 704 CCyC o la facultad que el art. 624 CCyC concede al adoptado por adopción plena.

El hijo adoptivo pleno adquiere parentesco en igualdad de condiciones que un hijo nacido por naturaleza o técnica de reproducción humana (art. 535). 2.2. Adopción simple Emplaza al adoptado en el estado de hijo pero sin generar —por principio— vínculos jurídicos con la familia del adoptante; como contracara se mantienen los vínculos entre el adoptado y su familia de origen.

2.2. Adopción simple

Emplaza al adoptado en el estado de hijo pero sin generar —por principio— vínculos jurídicos con la familia del adoptante; como contracara se mantienen los vínculos entre el adoptado y su familia de origen. La sentencia reconoce un vínculo que se limita a los sujetos de la relación filial, aunque se podrá flexibilizar ampliándolo en determinados casos y respecto de algunos familiares del adoptante, o de su cónyuge. La nota distintiva es que no crea automáticamente vínculos jurídicos con otras personas distintas al o los adoptantes —a

excepción del filial con los hijos de los padres adoptivos, conf. art. 598 CCyC—, sino que ese efecto como una potestad jurisdiccional y bajo ciertos recaudos (art. 621).

El art. 627 CCyC, respecto de los efectos, señala que se transfieren la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental a los adoptantes. La administración de los bienes de la persona adoptada simplemente, menor de edad o con capacidad restringida se extingue, y será ejercida por el o los adoptantes en los términos dispuestos para el ejercicio de la responsabilidad parental.

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 CCyC).

2.3. Adopción de integración

La legislación amplió las fronteras de reconocimiento a las diversas formas familiares, dando cabida a la regulación de las uniones convivenciales que constituyen un número importante de modalidad familiar de esta época.

En particular, y superando al modelo anterior que regulaba únicamente la adopción del hijo del cónyuge y con la modalidad simple, se dispone que 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.

Los efectos que se reconocen a la adopción integrativa dependerán de si el adoptado tiene o no doble vínculo biológico (art. 631 CCyC), 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, declaración de adoptabilidad, conforme art. 632 CCyC

ARTÍCULO 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. Introducción

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. No se plasmaba la misma exigencia para la adopción plena, que tenía como supuesto de procedencia a determinadas sus causas-fuente. Cabe recordar que en el régimen derogado, parte en la adopción eran los adoptantes y el Ministerio Público.

El Código 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 solo en supuestos de adopción simple. No impide a las partes la solicitud de aquel tipo adoptivo que crean conveniente, pero la decisión podrá o no ser acorde a esa pretensión. La adopción será conferida en forma simple o plena, pero es potestad exclusiva del magistrado, y solo 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. Constituiría un exceso ritual manifiesto rechazar de manera liminar la demanda por contener la

referencia al tipo adoptivo que se pretende pues en nada agravia a la amplia posibilidad que se le otorga al juez de resolver determinando el tipo que considere más conveniente, siempre con fundamentos.

2. Interpretación

2.1. Flexibilización de los tipos adoptivos

Esta herramienta legal, consignada con carácter de facultad judicial, introduce una de las cuestiones más novedosas en el sistema adoptivo.

Al conceptualizar la adopción, el CCyC señala que se la adopción se otorga “*sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforma con las disposiciones de este Código*” (art. 594 CCyC), lo que implica que el fallo determinará los efectos y las consecuencias jurídicas según sea el tipo adoptivo, y que se podrán producir ajustes. ¿En qué consisten? Se podrá modificar, respetar o generar determinadas consecuencias jurídicas con alguno o varios integrantes de la familia de origen, ampliada o adoptiva.

Con soporte constitucional en el interés superior del niño de cuya adopción se trate (arts. 7º, 8º, 9º, 20.2, 20.3, 21. a, 29.c CDN; art. 595, inc. a, CCyC; art. 3º de la ley 26.06; referencias específicas que contienen las leyes provinciales; OC 17/2002, OG 12 del Comité de los Derechos del Niño; art. 75, inc. 22, CN)(1) se concede al magistrado competente la posibilidad de crear vínculos con determinados parientes del o los adoptantes por adopción simple y la de conservar algunos vínculos jurídicos con miembros de la familia de origen para supuestos de adopción plena.

En otros términos, posibilita una “*adopción simple más plena*” o una “*adopción plena menos plena*” dando cabida a un ajuste jurídico de las reglas de parentesco en relación con los efectos de la adopción y respetando la identidad dinámica del adoptado.

2.2. Principios de la adopción

Si bien el artículo hace referencia al interés superior del niño, las directrices orientadoras y proveedoras de elementos para resolver ante tensiones entre dos o más derechos de igual jerarquía (los principios contenidos en el art. 595 CCyC) serán la principal fuente de justificación de la resolución judicial.

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, CCyC) y la preservación de los vínculos fraternos (art. 595, inc. c, CCyC).

2.3. Legitimación para requerir la flexibilización

La adopción constituye un recurso apto para restituir a un ser humano el derecho a vivir en una familia si debió ser privado de ella, y reconocerle que construyó su individualidad afectiva, social y cultural dentro de alguna. Reconocer esa historia previa o la que se está gestando a partir del inicio de la guarda, es respetar su identidad en sus aspectos estático y dinámico.

En principio, la flexibilización de los efectos del tipo adoptivo que corresponda tiene lugar si:

1. la petición la realizan las partes;
2. invoquen motivos fundados.

Como se explicó en el comentario al art. 617 CCyC, las partes del juicio de adopción son el pretense adoptado y el o los pretensos adoptantes. En el supuesto extraordinario de intervención en tal carácter de los padres u otros representantes (caso de nulidad de la situación de adoptabilidad contemplado en el art. 634, inc. g, CCyC)

podrán ser tenidos por parte y reclamar así, el mantenimiento de vínculos a su respecto. La decisión contemplará la opinión del niño, la biografía e historia personal, y la conveniencia de tal pretensión en función de la posibilidad real de que esos vínculos sean productivos para el correcto desarrollo del niño, niña o adolescente.

Si los adoptantes o el niño no requirieron la flexibilización, y el magistrado tiene acreditados motivos para mantener algunos vínculos (por ejemplo entre hermanos, o con los abuelos) en la adopción plena, o reconocer otros (por ejemplo, con los abuelos adoptivos) no existe gravamen alguno que puedan invocar los pretendientes adoptantes para oponerse a la determinación sea realizada por el juez, aun sin requerimiento expreso de alguno de ellos como parte; o incluso ante lo que pudiese sugerir el Ministerio Público o los miembros del gabinete interdisciplinario.

2.4. Lazos e identidad

El traspaso de un niño de un grupo familiar a otro por causa de su adopción no puede verse sin considerar que la vida de un ser humano —sin importar su edad— sucede todos los días, y en ella confluyen pasados y presentes.

Cuando los niños o adolescentes tuvieron vivencias en sus familias de origen y luego migran hacia otro grupo familiar, o incluso en los supuestos de las adopciones de integración donde se desarrollan lazos con la familia biológica que incluso se mantienen, aniquilar esa historia negándoles vínculo jurídico vulnera su identidad.

En supuestos en que procede la adopción simple si se generó un ensamble afectivo fuerte, sólido, con relaciones paterno filiales saludables y aceptación por la familia extensa de los pretendientes adoptivos, los afectos nacidos y desarrollados serán admitidos por la ley, confiriendo vínculo jurídico más allá del que se reconocerá entre pretendiente adoptante y adoptado, porque ello hace al respeto por la identidad dinámica, que se conforma a diario con el devenir vital.

2.5. Efectos

En el caso de la adopción plena el mantenimiento de vínculo jurídico con los hermanos, abuelos, o incluso los mismos padres de origen, 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. Se mantendrá únicamente la posibilidad de ejercicio del derecho a la comunicación y, por supuesto, los impedimentos matrimoniales. En su caso —art. 624 CCyC— adquirirá derecho alimentario y sucesorio solo el hijo —no el ascendiente biológico— que es emplazado por el progenitor biológico luego de la adopción.

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 deriva en el nacimiento de derechos hereditarios ni en la posibilidad de reclamo alimentario.

ARTÍCULO 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. Introducción

Si los antecedentes del caso determinaron que los lazos con la familia de origen debían preservarse con todos los efectos jurídicos, o porque no se configuraron las circunstancias necesarias para la procedencia de la adopción en su modalidad plena (art. 625 CCyC), el adoptado es emplazado con los efectos dispuestos en el art. 627 CCyC.

Puede suceder que la identidad dinámica se haya desarrollado al abrigo de lazos de afecto generados con la familia biológica del o 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, es factible requerir la conversión.

2. Interpretación

2.1. Revocación y conversión.

Diferencias Mientras la revocación tiene lugar en el caso de la adopción simple, bajo ciertas circunstancias, y su sentido es dejar sin efecto la filiación adoptiva, pudiendo subsistir el uso del apellido (art. 629 CCyC), la conversión también se aplica en relación a 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 contexto aparece como un buen elemento frente a las rémoras respecto de la preminencia de la adopción plena sobre la simple que algunos magistrados pudiesen conservar.

2.2. Requisitos

La norma en comentario no exige más que la presentación fundada, sin establecer plazos para la interposición del pedido. Los fundamentos esgrimidos deberán tener su respaldo probatorio respecto de los elementos tenidos en cuenta para conferirle en forma simple, y que al momento de solicitar la conversión fueron los que se modificaron.

Esta es una novedad en el sistema vigente, y rige para las sentencias de adopción dictadas en el territorio argentino, al igual que

anteriormente era posible respecto de las adopciones conferidas en el extranjero, situación que ahora está prevista en el art. 2638 CCyC.

2.3. Competencia

Si bien el artículo no lo dice, las reglas de conexidad indican que el 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.

2.4. Legitimados

Tanto el adoptante como el adoptado, si tiene edad y grado de madurez suficiente o si adquirió la mayoría de edad o se emancipó por matrimonio se encuentran legitimados para peticionar la conversión. Si solo uno la presenta, el otro miembro del vínculo adoptivo prestará su consentimiento. También es posible que se solicite conjuntamente por ambos en un único escrito.

Aquellos parientes respecto de los cuales la conversión irradiará sus 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, ya que 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.

2.5. Efectos

Las consecuencias del nuevo tipo adoptivo se producen hacia el futuro, la norma dispone expresamente que los efectos de la adopción plena no se retrotraigan ni a la fecha de la guarda ni a la de la resolución que dispuso la adopción simple. El nuevo estado se adquiere, entonces, desde que la sentencia admitiendo la conversión de la adopción simple en plena cobra firmeza para las partes. Debe realizarse la inscripción correspondiente con la inmovilización de partidas para la producción de efectos respecto de terceros interesados.

ARTÍCULO 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. Introducción

El Código Civil entró en vigencia y la ley 18.248 fue derogada, incorporándose al Libro Primero (De la Parte General), Título I (De la Persona Humana), Capítulo 4 (Nombre) disposiciones similares a las contenidas en aquella, 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. Interpretación

El nombre de las personas es un derecho humano contenido en el art. 18 CADH, que dispone: *“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”.*

El patronímico es 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 —nombre— la persona se diferencia de los miembros de su propia familia; con el segundo —apellido— se identifica con ella respecto de todo el entorno social, siendo una especie de nombre colectivo. Con ambos —patronímico— conforma un atributo de la personalidad que le permite, junto con otros elementos de su identidad, ser un *“yo único y personal”*. Hay un interés individual en ostentarlo y un interés social en protegerlo y dotarlo de utilidad, pues hace a la organización social en tanto procura la identificación de sus integrantes.

Conforme lo dispone el art. 62 CCyC, el nombre es un derecho y un deber, y ello se explica porque:

a. es un atributo de la personalidad que permite contribuir a la individualidad de la persona;

b. es un derecho subjetivo ya que la ley organiza acciones para su protección; y

c. es una institución de policía ya que hay varios estamentos estatales a los que interesa este instituto.

En doctrina se discute si el patronímico se incluye en el aspecto estático o en el dinámico de la identidad según la tradicional distinción de Fernández Sessarego. Una línea de pensamiento intermedia señala que el 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.

Respecto de los niños, el reconocimiento del derecho a un nombre desde que nace, y a ser registrado inmediatamente está plasmado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, art. 3° ; la CADH, art. 18 ; el PIDCP, art. 24.2 ; 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, art. 8° ; y la CDN, arts. 7° y 8°. La OC 5 de la Corte IDH 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*”; y la OC 17 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. Es indudable entonces que el nombre de los niños queda guarecido dentro de los derechos fundamentales, en tanto parte de la identidad personal.

2.1. Nombre del hijo adoptivo

Respecto del nombre del hijo adoptivo se producen dos modificaciones:

1. se regula específicamente la cuestión relacionada al nombre —prenombre y apellido— sin delegarla a una norma específica y general como ocurría durante la vigencia de las leyes 13.252, 19.134 y 24.779; y
2. se sienta el principio de conservación del prenombre.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, la cuestión del prenombre o nombre de pila forma parte de las disposiciones generales, mientras que el apellido se regula en cada tipo adoptivo. Rige el principio de respeto por el derecho a la identidad que se establece en el art. 595, inc. b, CCyC.

La posibilidad de que los adoptantes eligieran un nombre distinto al atribuido originariamente al niño o niña adoptivo no surgía 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 art. 13 se confería la prerrogativa del cambio si la criatura contaba con menos de seis años de edad, mientras que si la superaba, podían agregar un nombre por ellos escogido.

Esa disposición estaba en contradicción con los tratados internacionales firmados por nuestro país. Cuando la CADH —art. 18— se refiere al nombre como derecho de toda persona, admite la reglamentación razonable por parte del Estado. Resalta el derecho humano que reconoce como parte de la identidad personal, y se refiere al prenombre y al derecho a portar el apellido de ambos padres o de uno solo de ellos, sin negar el orden social. La preservación del conferido por los progenitores de origen como elemento de la identidad emerge de lo dispuesto en el art. 8° CDN que establece el compromiso de los Estados parte a respetar el derecho del niño a su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

La socialización del ser humano primero en el ámbito familiar y luego en los espacios públicos construye identidad, de modo que el nombre de pila, aquel que lo distingue en sus otros significativos más cercanos no puede ser alterado por la voluntad de los adoptantes. 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.

2.2. Excepciones

El principio establecido acerca del deber de respeto del nombre de pila del adoptado es extensivo para los tres tipos adoptivos. Para revertirlo, deberán darse circunstancias excepcionales, previstas en el art. 63 CCyC o la identificación del niño con el otro nombre. La sustitución o la adición será solicitada por quienes son parte: pretendientes adoptantes y pretendientes adoptados, y deberán invocarse y probarse motivos de importancia. No es suficiente la mera referencia al gusto personal por un prenombre distinto. La decisión se adoptará previo ejercicio del derecho a ser oído y la consideración de su opinión (arts. 595, 607, inc. b y 707 CCyC) con independencia de su edad, valorando la madurez para el acto de que se trata y su impacto en la identidad.

SECCIÓN 2ª

Adopción plena

ARTÍCULO 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. Introducción

La ley 19.134 —art. 18— y la ley 24.779 —art. 323 CC— establecieron como principal efecto de la adopción plena su irrevocabilidad, en contraste con lo previsto para el caso de la adopción simple.

El vínculo que nace con el emplazamiento adoptivo pleno tiene el mismo grado de inamovilidad que antes, pero con mejor técnica legislativa. El ordenamiento mantiene ese efecto porque por definición —art. 620, párr. 1, CCyC— este emplazamiento coloca al hijo adoptivo en el mismo lugar que a los nacidos por naturaleza o técnicas de reproducción humana, y se sustituyen los vínculos con la familia de origen. De admitirse la revocación, el adoptivo se vería desprotegido en sus derechos alimentarios, sucesorios o personales por carecer de vínculo jurídico que sustente algún reclamo. En la adopción simple y en la de integración, en cambio, no se extinguen los vínculos jurídicos sino que se suman otros, por lo tanto la revocación es admitida (art. 633 CCyC).

Estableciendo este Código la igualdad de efectos entre las tres fuentes de filiación —por naturaleza, uso de las técnicas de la reproducción asistida y la adopción plena (art. 558 CCyC) — disponer la revocabilidad solo para los hijos adoptivos implicaría contrariar el principio de igualdad y no discriminación.

Subsiste el derecho —al igual que en las otras dos fuentes de filiación— de accionar por privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, de darse alguno de los supuestos previstos en el art. 700 o 702 CCyC, pero no la revocación.

Como se señaló al comentar el art. 620 CCyC, este efecto no integra la definición, y ello se explica porque:

- a. no es lo que conceptualiza a la adopción plena aunque es una característica que la distingue de los otros dos tipos adoptivos; y
- b. el derecho a la identidad del adoptado incluye el acceso a la información y completitud de su origen genético es admitido como acción autónoma por el ordenamiento jurídico.

Si el adoptivo, a partir de que cuente con edad y madurez suficiente tiene legitimación para acceder al conocimiento de su historia y biografía “*pre-adopción*” (art. 596 CCyC), debe serle permitido

eventualmente, contar con la posibilidad de integrar los elementos faltantes como el emplazamiento biológico de quienes fueron sus progenitores por naturaleza, sin que con ello se afecte el vínculo adoptivo pleno.

Esta norma conjuga dos cuestiones: la irrevocabilidad de la adopción plena para no dejar sin vínculo alguno al adoptivo y la amplitud de posibilidades para completar la identidad.

2. Interpretación

2.1. Acción de filiación o reconocimiento posterior

El art. 327 CC confería a la persona una acción para conocer sus antecedentes genéticos 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.

En la legislación actual, con sustento en el interés superior del niño y el acceso a la información y conocimiento sobre el origen para integrar su identidad, se admite el reconocimiento del adoptado por sus progenitores biológicos y el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación contra estos, con consecuencias legales en materia de impedimentos matrimoniales, y —solo en beneficio del hijo— el reconocimiento de derechos alimentario y sucesorio del adoptado, sin modificar ninguno de los efectos de la adopción.

Se trata de una posibilidad jurídica que no modifica el estado —hijo adoptivo pleno—, sino que sirve de soporte para integrar la identidad personal de quien no fue emplazado jurídicamente antes de su adopción. No modifica en modo alguno el vínculo adoptivo, ni genera derechos para el progenitor demandado por filiación o reconociente.

2.2. Efectos —limitados— del emplazamiento posterior a la adopción plena

Todo vínculo que resulte positivo para la persona adoptada plenamente queda resguardado a partir de las facultades judiciales previstas en el art. 621 CCyC, que permite la morigeración de los efectos extintivos respecto de la familia de origen y el consecuente mantenimiento de vínculos relevantes. También el adoptivo tiene garantizado el acceso al origen a partir de la acción autónoma prevista en el art. 596 CCyC.

Sin embargo, subsisten tras la reforma los efectos ya reconocidos a la adopción plena: pérdida de los derechos sucesorios, alimentarios y de todos los derechos-deberes derivados de la responsabilidad parental, con la única excepción que establece el art. 624 CCyC a favor del hijo. El supuesto que se consagra excepcionalmente en este artículo —pensado para el caso del art. 607, inc. a, CCyC progenitores no determinados antes de la sentencia de adopción plena que procede en función del art. 525 CCyC— persigue completar los datos de identidad, pero además conferir ciertos beneficios al hijo.

Los efectos derivados del ejercicio de esta opción se encuentran limitados a los derechos patrimoniales —alimentarios y sucesorios— del adoptado respecto al progenitor de origen. Reviste carácter de excepción al principio de toda filiación que genera vínculos plenos para ambos integrantes del lazo filial, y por disposición legal el progenitor de origen no tendrá derecho alguno sobre el patrimonio de su hijo biológico dado en adopción.

Los impedimentos matrimoniales subsisten tanto para el adoptado como para el progenitor biológico según lo dispuesto por la normativa general del art. 620 CCyC.

2.3. Trámite de adopción y reconocimiento del progenitor

Puede ocurrir que durante el juicio de adopción o aún durante la guarda el niño que no tenía filiación o solo contaba con un emplazamiento sea reconocido por el otro o ambos progenitores. Esta situación impactará en el proceso. Varias son las posibilidades que se le presentan al magistrado conforme hayan sido los antecedentes que derivaron en la situación planteada.

Podrá disponerse el cese de la guarda para adopción y el inicio de la vinculación entre el niño y el reconociente; la continuidad del trámite de adopción y el emplazamiento como hijo adoptivo pleno con mantenimiento de vínculo con el reconociente (art. 621 CCyC) o sin mantenimiento de vínculo pero con derechos alimentario y sucesorio para el niño (art. 624 CCyC), o la adopción pero en su forma simple.

El reconocimiento tardío debe ser comunicado al juez de la adopción. Los adoptantes y el propio niño —con edad y madurez apropiadas— podrán impugnarlo. El juez también podrá ordenar prueba de oficio 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 CCyC). Más allá de los cuestionamientos que ha tenido el art. 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, en las adopciones su implementación confiere una ocasión para tomar noticia del reconocimiento, si este no hubiese sido dado a conocer al juzgado competente en la adopción.

En la decisión se tendrán en cuenta los principios generales del art. 595 CCyC y gravitará fuertemente el factor tiempo, no solo el de la guarda desarrollada y los vínculos generados durante su transcurso, sino también el transcurrido entre el nacimiento y el momento en que el reconocimiento se produce.

ARTÍCULO 625.- Pautas para el otorgamiento de la adopción plena. La adopción plena se debe otorgar, preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida. También puede otorgarse la adopción plena en los siguientes supuestos:

- a. cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad;
- b. cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental;
- c. cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

Remisiones: ver comentarios a los arts. 700 y 702 CCyC.

1. Introducción

El ordenamiento establece una serie de guías o directrices para que el juez de la adopción considere y en función de ellas disponga el tipo adoptivo que el caso amerite.

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.”* A la vez, el art. 8.1 CDN establece el compromiso de respeto al derecho a la identidad y a las relaciones familiares, y toda legislación interna debe adaptarse a las reglas constitucionales.

Siendo ese el fundamento ideológico-normativo de la estructura del sistema adoptivo, el supuesto de la adopción plena marca un deber preferente para determinadas situaciones —*“se debe*

otorgar, preferentemente— y una opción de menor intensidad — *También puede otorgarse*— para otros supuestos que también contempla, pero todos y cada uno se ajustarán a la pauta señera: el mejor interés del niño en el caso concreto.

2. Interpretación

La interpretación jurídica por vía de la cual se determine el tipo adoptivo que corresponda no puede hacerse aislada de lo que disponen los arts. 607 y 610 CCyC, que regulan las situaciones fácticas que luego darán lugar a la filiación adoptiva.

El contenido de los artículos 607, inc. a, CCyC (supuesto del niño, niña o adolescente que no tiene filiación establecida o cuyos padres han fallecido), 607, inc. b, CCyC (los progenitores expresaron su consentimiento), 607, inc. c, CCyC (el agotamiento de las disposiciones tendientes a restituir derechos vulnerados sin resultado positivo y la consiguiente declaración en situación de adoptabilidad), 700 CCyC (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 CCyC (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 tres 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) establecen las condiciones de admisibilidad de la adopción plena, en conjunción con la posibilidad de mantener algunos vínculos con la familia biológica, o de extenderlos respecto de la adoptiva en el supuesto de la adopción simple y de integración (art. 621 CCyC).

También se advierte que la edad de la persona a ser adoptada no se considera en este artículo, de modo tal que es posible que la adopción de un mayor de edad en los términos en que el Código

autoriza su procedencia (art. 597 CCyC), pueda revestir el carácter pleno.

2.1. El deber preferente en el caso de huérfanos o sin filiación acreditada

Esta posibilidad normativa contempla el tipo adoptivo que correspondería —por principio— para la primera de las causa-fuente de la adopción contemplada en el art. 607, inc. a, CCyC: niños, niñas o adolescentes huérfanos o sin filiación acreditada.

La adopción plena confiere estatus de hijo de los pretendidos adoptantes y pariente de la familia ampliada de ellos, a la vez que produce —en principio— el cese de los vínculos con su familia de origen. La exigencia para el juez de seleccionar este tipo para aquellos casos en que los adoptivos carezcan de filiación tiene su razón de ser en que no habría vínculos con la familia de origen, o al menos no se conocerían.

En caso de tratarse de niños cuyos progenitores fallecieron es probable que —como ocurre con los privados de la responsabilidad parental— que cuenten con familia extensa que no pudo asumir el rol de la crianza, y este deber preferente ya no tendría la misma fuerza en su aplicación al caso. No obstante también se podrá apelar a esa preferencia para emplazar en forma plena en la familia adoptiva, con mantenimiento de determinados vínculos jurídicos con miembros de la biológica como hermanos, abuelos, etc., en función de la posibilidad que incorpora el art. 621 CCyC de flexibilizar el tipo adoptivo.

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.

2.2. Niño, niña o adolescente declarado en situación de adoptabilidad

Este supuesto tiene estrecha relación con lo que dispone el art. 607, inc. c, CCyC en referencia a las medidas de protección administrativa-judiciales de carácter excepcional que pueden concluir con la declaración de adoptabilidad por el fracaso de las acciones para la reversión de las omisiones, negligencias o maltrato activo al que los progenitores hayan sometido a los niños. Igualmente comprende los supuestos de entrega directa que dan lugar a las guardas de hecho expresamente prohibidas por el ordenamiento (art. 611 CCyC).

En el orden administrativo-jurisdiccional en que se adoptan las medidas de carácter extraordinario o de protección de derechos, dos son los caminos para el dictado de una medida excepcional o judicial:

1. 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, etc.;

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.

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. Ningún niño podrá permanecer sujeto a medidas de esa naturaleza sea en alojamiento institucional o familiar alternativo por un plazo superior a los 90 días, que puede prorrogarse por otro igual (180 días) por razones fundadas. Concluido ese período la autoridad administrativa se expedirá propiciando la declaración de

su adoptabilidad o el regreso a su hogar de origen, por haberse trabajado y superado o mejorado las causas que originaron la decisión. El juez resolverá y si declara la adoptabilidad, dispondrá lo necesario para conferir la guarda con fines de adopción. Concretada la misma, en un plazo de seis meses máximos se debe iniciar la adopción.

En estos casos de deber morigerado de conferir la adopción plena, puede recurrirse a la posibilidad de disminuir los efectos inexorables de extinción de todos los vínculos con la familia de origen que permite el art. 621 CCyC sea para emplazar en forma plena manteniendo vínculos con la familia de origen.

2.3. Padres privados de la responsabilidad parental

En este caso la adopción plena será procedente si la sentencia fue dictada respecto de ambos padres. Rige lo establecido en el art. 703 CCyC con relación a los efectos de la privación y la suspensión de la responsabilidad parental regulada en los arts. 700 y 702 CCyC, a cuyos comentarios nos remitimos.

Al ser privados de la responsabilidad parental los progenitores, se considerará si existe algún referente afectivo o miembro de la familia extensa del niño para asumir su cuidado, en cuyo caso se recurrirá a la figura de la tutela (art. 104 CCyC) o guarda, decisión que se basará en el interés del niño.

A diferencia de lo que 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 CC— el art. 107 CCyC 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. Ese tutor, ulteriormente, y aprobadas las cuentas de la tutela, podrá adoptar en forma plena al niño

Como se indica en el art. 610 CCyC, la privación de la responsabilidad parental de ambos progenitores equivale a la declaración judicial de situación de adoptabilidad.

2.4. Progenitores que hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción

Esta hipótesis se vincula con el desprendimiento de los progenitores expresado bajo la forma de consentimiento libre e informado, y con la asistencia jurídica correspondiente. De la misma manera en que la voluntad procreacional debe ser libre, informada y prestada formalmente (arts. 560, 561 y 563 CCyC), 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. Para que reúna esa característica quien lo preste estará debidamente informado.

En el art. 607, inc. b, CCyC se establecen las condiciones para su validez y un límite temporal por debajo del cual carecerá de ella de pleno derecho: 45 días desde que se haya producido en nacimiento. El órgano administrativo, conjuntamente con el jurisdiccional en lo que corresponda, arbitrarán las medidas adecuadas para el mantenimiento del niño o niña en la familia de origen, agotando las posibilidades con los parientes de ambos linajes —materno y paterno—, y solo en defecto de ello procederá la adopción, previa declaración judicial de adoptabilidad.

ARTÍCULO 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. Introducción

Derogada la ley 18.248, se incorpora en el Libro Primero, Título I, Capítulo 4 de este Código la regulación de lo atinente al nombre de las personas, en la parte referida a la *“Persona Humana”*. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucedió hasta ahora respecto a la adopción, específicamente el art. 68 CCyC dispone: *“El nombre del hijo adoptivo se rige por lo dispuesto en el Capítulo 5, Título VI del Libro Segundo de este Código”*. Se advierte que la decisión legislativa ha sido regular íntegramente, junto con todas las cuestiones derivadas de la filiación adoptiva lo atinente al prenombre y al apellido. Decisión que obedece al ya enunciado respecto por el derecho a la identidad del principal sujeto de consideración jurídica: el pretense adoptivo.

Por otra parte, los tipos adoptivos se extendieron, las reglas sobre el tipo de adopción que corresponde son directrices orientadoras para el magistrado, pero siempre puede recurrir a la flexibilización de los efectos, y además, es relevante la circunstancia de si la adopción es unipersonal o conjunta o se corresponde con alguna

de las excepciones a ellas, temas que si se contemplaran en la parte general, perderían su unicidad y coherencia.

2. Interpretación

Como ya se dijo al comentar el art. 623 CCyC, el nombre de pila del adoptado resulta una cuestión común a todos los tipos adoptivos, y su regulación —basada en el principio de permanencia— se realiza dentro de las pautas generales.

Lo atinente al apellido, en cambio, y por su incidencia en la vida social sobre la que se refleja, se considera dentro de cada tipo adoptivo con base en el principio igualitario y de no discriminación, según el número de adoptantes al momento del emplazamiento. La distinción efectuada será conforme se trate de una adopción individual o conjunta, y en este caso sin que incida que sea una pareja matrimonial o convivencial, de igual o distinto sexo.

En uno y otro supuesto —es decir, legislando sobre el patronímico— el fundamento constitucional-convencional reposa en los arts. 7º, 8º, 9º, 20 CDN, art. 33 CN, ley 26.061 y sus homólogas provinciales, y sobre tres tópicos: a. derecho a la identidad; b. autonomía progresiva; y c. principio de igualdad y no discriminación. En el caso de la adopción plena por primera vez desde que la ley 19.134 la incorporó al ordenamiento jurídico, se reconoce el derecho del hijo adoptado a mantener su apellido de origen por razones fundadas en su derecho a la identidad.

2.1. Apellido en la adopción unilateral

La CADH o Pacto de San José de Costa Rica en su art. 18 dice: *“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”*.

El apellido puede ser: simple, compuesto o doble. Es simple si se integra por un solo elemento; el apellido compuesto se conforma por dos o más elementos inseparables de modo que la omisión o supresión de uno de ellos dejan incompleta la denominación y el doble apellido, por último, resulta de la utilización de los apellidos paterno y materno.

En el supuesto de la adopción unilateral conferida en forma plena, el derecho reconocido en el art. 18 CADH se concreta portando el apellido de la persona emplazada como padre o madre. La disposición es igual a la derogada, con la salvedad que por el principio del ejercicio del derecho a ser oído, el niño será consultado.

En el supuesto excepcional de adopción de persona 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.

2.2. Adopción conjunta

La decisión legislativa de que en la adopción conjunta plena rijan las reglas del art. 64 CCyC para los hijos matrimoniales está sustentada en la igualación de los hijos adoptados plenamente con los hijos biológicos o los nacidos por técnicas de reproducción asistida, conforme el art. 558 CCyC.

La referencia a “*matrimoniales*” no puede interpretarse como una discriminación, pues el mismo art. 64 CCyC se encarga de remitir en el último párrafo, donde se refiere a los hijos extramatrimoniales cuya determinación filial ocurre simultáneamente, a la primera parte que dispone: *“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”*.

Es decir, el adoptado por adopción plena lleva el primer apellido de alguno de los adoptantes. Puede suceder que exista desacuerdo en cuál de ellos colocar en primer término. Si bien la norma habla de un sorteo a realizarse en el Registro Civil, corresponde que el juez, en la audiencia donde se produce la entrevista con los pretendientes adoptantes y adoptivos, indague acerca del apellido del hijo. Especialmente considerará la opinión del niño según su edad y madurez, así como la existencia de otros hijos biológicos y adoptivos de la pareja, y sus apellidos.

Para el supuesto excepcional que se otorgue una adopción conjunta luego de producido el fallecimiento de uno de los guardadores si la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido (art. 605 CCyC).

2.3. El apellido de origen

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. Se establece por primera vez en nuestro sistema normativo un expreso reconocimiento a la identidad del sujeto principal respetando su historia a través de la conservación del apellido y no sustituyéndolo. Recordemos que solo se admitía la conservación del apellido de origen en supuestos de adopción simple, una vez alcanzada la mayoría de edad. Puede requerir la conservación —antes o después del de sus adoptantes— el pretense adoptado o los pretendientes adoptantes y será dirimente lo que manifieste el niño en el ejercicio de su derecho a ser oído, explicando sus razones y fundamentos.

En caso de que este derecho sea motivo de conflicto se dará intervención al equipo técnico correspondiente. Desde el punto de vista jurídico el art. 18 CADH se refiere al derecho a tener “*el apellido de sus padres*” y ese rol pudo ser desarrollado por la familia de origen y lo será por la adoptiva, de modo que nada obstaría a atender el pedido del niño.

2.4. El derecho a ser oído y el acceso a la justicia del niño en la adopción

Las diversas formas en que se manifiesta el derecho a ser oído del niño, niña o adolescente en todo el proceso que involucra la adopción, desde sus inicios y hasta la sentencia que dispone el emplazamiento, su modalidad y efectos se pueden condensar en:

- a. prestando 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 conocer los 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 OG 12 sobre El derecho del niño a ser escuchado ha sostenido que: “*El derecho de todos los niños a ser escuchados 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”.

En el particular supuesto del apellido de origen y su conservación la expresión del niño, su participación, su deseo y sus motivos serán valorados en consonancia con la capacidad que progresivamente va desarrollando, de modo que es importante considerar lo establecido el art. 707 CCyC que integra el Título VIII dedicado a los “*Procesos de familia*”, en cuanto 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 lo afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y cuestión debatida en el proceso*”.

En caso de duda o de diferencia de intereses entre la pretensión de los adoptivos y la del niño, niña o adolescente, juegan los principios del art. 595 CCyC, en especial el interés superior del niño y el respeto por su identidad, conjugados con la no afectación para los adoptivos que importaría atender el pedido del niño o adolescente.

SECCIÓN 3ª

Adopción simple

ARTÍCULO 627.- Efectos. La adopción simple produce los siguientes efectos:

- a. como regla, los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes;
- b. la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño;

c. el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos;

d. el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena;

e. el derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en el Libro Quinto.

1. Introducción

El Código, en el art. 626 establece directivas que harían procedente la adopción plena, mientras que en el 627 se refiere directamente a los efectos de la adopción simple. Esto no indica una relevancia de un tipo adoptivo respecto del otro, puesto que lo central es que en ambos —y también en la adopción de integración— la figura está considerada sobre la base del derecho del niño a la vida familiar. Los presupuestos que pueden dar lugar a la adopción plena son más acotados que los que pueden abarcar la adopción simple en función de la identidad del pretenso adoptado. Ante la imposibilidad de que el texto normativo trate todos los supuestos de hecho, la interpretación de esta disposición se hace junto con la definición plasmada en el art. 620, párr. 2º, CCyC y procederá la adopción simple cuando haga al mejor interés del niño —en función de su derecho a la identidad— la creación de vínculos jurídicos con los adoptantes y el mantenimiento de los preexistentes con miembros de su familia de origen. No se rompe totalmente el vínculo de parentesco, sino que se crea un nuevo vínculo familiar con el adoptante, a la par que se posibilita crearlos con los integrantes de la familia del adoptante (art. 621 CCyC).

El magistrado, en función de los antecedentes y lo que resulte de mayor protección a los derechos del niño, niña o adolescente, podrá emplazar adoptivamente en forma simple, aun ante el requerimiento de una adopción plena.

El sistema que regula el instituto de la adopción se estructura sobre reglas que permiten que la riqueza y las complejidades de las relaciones humanas, especialmente las familiares, tengan cabida. La jurisprudencia dio cuenta de verdaderos dramas humanos, especialmente ante requerimientos de restitución de progenitores biológicos, o de adolescentes que vieron frustrado su derecho a la convivencia familiar —sea en el grupo de origen, sea en uno alternativo— a la par que mostró que no siempre existen respuestas lineales en cuanto al tipo adoptivo que mejor contemple el interés del hijo. En muchos casos —en el sistema binario— debió recurrirse a la adopción simple para mantener vínculos que se basaban en la socioafectividad, cuando no privar a aquellos más intensos de los efectos de la adopción plena —caso de adopciones de integración de niños con emplazamiento unipersonal— en los que debía recurrirse a la declaración de inconstitucionalidad.

Ese contexto diverso fue plasmado en disposiciones normativas de textura abierta y permeable a una realidad social dinámica y mutable para permitir el mayor despliegue posible de ejercicio de derechos.

2. Interpretación

En los Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial se consignó que las modificaciones introducidas son tendientes a mejorar y aclarar qué efectos se derivan de la adopción simple, tanto en lo que respecta a la familia de origen como a la adoptiva, tales como:

- a. la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, que se transfieren a los adoptantes;
- b. la familia de origen tiene derecho a comunicarse con el adoptado; y
- c. el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando no pueda proveérselos la familia adoptiva;

d. se reformula el tema del apellido.

2.1. Derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental

En principio los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen —con la familia nuclear y con los parientes obligados— se mantienen, aunque la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 641 a 698 CCyC) se trasladan al o los adoptantes, previéndolo expresamente el art. 699 CCyC.

La derogación de la figura del usufructo de los padres y el efecto de traspaso al adoptante de la facultad de administración de los bienes de los hijos inherente al ejercicio de la responsabilidad parental que se transfiere.

2.2. Derecho de comunicación con la familia de origen

Esta prerrogativa es reconocida con independencia del mantenimiento de vínculos con la familia de origen, por el alto valor que puede tener para el hijo adoptado el conservar aquellas relaciones saludables, como por ejemplo con sus hermanos o abuelos o incluso progenitores. De ello dio cuenta la jurisprudencia anterior a este Código, que debió sortear la ausencia de previsión legal con sustento constitucional en la preservación de la identidad, el sostenimiento de los vínculos y el mantenimiento de relaciones familiares del niño (art. 9 CDN, art. 75, inc. 22, CN) estableciendo adopciones simples con esa finalidad, aunque pudiera resultar de más beneficio la plena y con el objeto de prevenir el efecto de “*ruptura*” de vínculos que aquella generaba en el anterior ordenamiento.

El derecho se reconoce respecto no solo de los padres biológicos, sino de la familia de origen, en una fórmula más amplia y abarcativa. Pero respecto de aquellos y el derecho aquí reconocido, cobra relevancia lo expresado por la Corte IDH en el resonado caso “*Fornerón*”, en que se sostuvo que “*el disfrute mutuo de la convivencia entre*

padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar". "Cuando dicho disfrute no puede darse en lo cotidiano, procediendo alternativas adoptivas, esta decisión debe respetar no solo el conocimiento del niño de las cuestiones relacionadas con su identidad de origen, sino, también, el mantenimiento de la comunicación con sus padres si estos así lo solicitan y ello resulta ajustado al interés del niño." (2)

Es dable recordar que el art. 7° del decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061 dispone.: *"Se entenderá por 'familia o núcleo familiar', 'grupo familiar', 'grupo familiar de origen', 'medio familiar comunitario', y 'familia ampliada', además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares".*

Este precepto refuerza la importancia que el desarrollo de la socioafectividad tiene en este tema. El valladar que también la norma consagra para la procedencia de este derecho reposa en que esta comunicación resulte contraria al interés superior del niño, comprobado y expresamente fundado en la resolución judicial que lo deniegue.

2.3. Reclamo alimentario a la familia de origen en defecto de la adoptiva

La posibilidad conferida al hijo adoptado es para ser ejercida subsidiariamente del deber alimentario que tienen los padres adoptivos como derivación de la titularidad del ejercicio de la responsabilidad parental transferida. Encuentra su fundamento en el principio de solidaridad familiar que informa todo el derecho de familia, y normativamente tiene su antecedente constitucional en el

art. 27 CDN que dispone: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

2.4. Apellido del adoptado por adopción simple

El derecho al nombre individual forma parte del derecho humanitario (art. 18 CADH) e incide particularmente en la esfera de las relaciones interpersonales. La norma anterior permitía que recién a partir de los 18 años quien había sido adoptado por adopción simple pudiese anexar al apellido impuesto por el nuevo estado filiatorio pudiese anexar el de origen, vulnerando un aspecto de su identidad personal.

Al comentar el art. 623 CCyC se hizo referencia a la importancia del nombre a lo que se suma que la disposición anterior que impedía que el adoptado —durante su minoría de edad— participara en un aspecto tan esencial de su personalidad implicaba una violación al derecho constitucional de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes (arts. 5º, 12,18 CDN; arts. 3º, 19, 24 de la ley 26061, y leyes provinciales) quienes en función de su edad, grado

de madurez y desarrollo podían tener competencia para postular una petición de esa naturaleza que respetara su identidad social auto-definida, construida y desplegada.

En la actualidad el parámetro “*indeterminado*” dado por la autonomía progresiva y no las pautas rígidas de edad —identificables con conceptos de incapacidad hoy desechados, conf. art. 26 CCyC— es el que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en las normativas de infancia, entre ellos, el nombre, y no requiere en general gozar de una edad determinada, sino contar con edad y madurez suficiente para comprender el alcance del derecho que se pretende ejercer y sus consecuencias.

Esta facultad —que consistirá en mantener el apellido de origen antepuesto al de los adoptantes o como segundo apellido y luego del de los adoptantes— se confiere al hijo y a los padres adoptivos. Rige el principio de escucha del niño en función de los arts. 595 inc. f, 626, inc. d y 707 CCyC.

En función del concepto y los efectos de la adopción simple, en el tema del apellido de los hijos se invierte la regla establecida para el caso de la adopción plena en materia de nombre. El principio es que a petición de parte —adoptado y/o adoptantes— se mantendrá el apellido de origen y se faculta a “*reubicarlo*” pudiéndose adicionar o anteponer el apellido de los adoptantes. Si no se requiere expresamente por ninguno rigen las reglas del art. 626 CCyC y como consecuencia de ello en una adopción simple unipersonal llevará el apellido del adoptante y en una conjunta el de alguno de ellos o de ambos.

2.5. El derecho sucesorio

Se efectúa una remisión al Libro Quinto de este Código. Los derechos para el hijo adoptivos se limitan del siguiente modo: El art. 2430 CCyC establece: “*Caso de adopción. El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por*

naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida”. El art. 2432 CCyC señala: “Los adoptantes son considerados ascendientes. Sin embargo, en la adopción simple, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. Estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedan bienes vacantes. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen”.

Esto indica que, si fallece el adoptado se constituyen las masas según el origen de los bienes: a. bienes recibidos a título gratuito por la familia de origen; b. los recibidos a título gratuito de la familia de adopción; y c. bienes del causante no recibidos a título gratuito. De cada una de ellas se excluyen los derechos hereditarios de los ascendientes (padres biológicos y adoptivos) que no contribuyeron a la donación.

En el resto de los bienes (masa c) el adoptante excluye a los padres biológicos, a los colaterales de sangre pero no a los descendientes del adoptado, que excluye al adoptante.

ARTÍCULO 628.- Acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción. Después de acordada la adopción simple se admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores, y el reconocimiento del adoptado. Ninguna de estas situaciones debe alterar los efectos de la adopción establecidos en el artículo 627.

1. Introducción

Posteriormente a que sea dispuesta la adopción simple, los progenitores de origen pueden reconocer al adoptado o este puede ejercer acción filial contra aquellos. Se aclara expresamente que estas acciones no alteran los efectos previstos en el art. 627 CCyC.

2. Interpretación

La habilitación legal excede la posibilidad de acceso al derecho al conocimiento del origen por el adoptado que confiere el art. 596 CCyC, pues permite expresamente el ejercicio de la acción filial, con las consecuencias de emplazamiento de estado que ella conlleva a diferencia de lo que ocurre con la que otorga el art. 624 CCyC para la adopción plena, donde queda limitada “*sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios sin alterar los otros efectos de la adopción*”.

Esta posibilidad está acorde con lo dispuesto en el art. 8° CDN en cuanto dispone: “*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*”.

ARTÍCULO 629.- Revocación. La adopción simple es revocable:

- a. por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código;
- b. por petición justificada del adoptado mayor de edad;
- c. por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente.

La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

1. Introducción

La ineficacia de la adopción puede tener lugar por nulidad o por revocación, pero como se profundiza en el comentario a los arts. 634 y 635 CCyC, la revocación solo es viable en supuestos de adopción simple y de integración. El fundamento reposa en que con la revocación se restituye el ejercicio de la responsabilidad parental si el adoptado sigue siendo persona menor de edad, mientras que por los efectos de la adopción plena —que extingue los vínculos con la familia de origen— de proceder, se dejaría desprotegido jurídicamente al adoptado al quitarle todo emplazamiento.

Esta posibilidad se hallaba ya en la legislación derogada, aunque en el Código se plasmaron algunas modificaciones. Por “*revocación*” se entiende al acto jurisdiccional que deja sin efectos una adopción, por motivos configurados con posterioridad al emplazamiento adoptivo, a diferencia de la nulidad que se produce respecto del acto jurídico —sentencia— o aquellos que le precedieron.

2. Interpretación

2.1. Competencia

En esta pretensión, que constituye un desplazamiento de un estado de familia determinado, entiende el magistrado a cargo del juzgado donde se tramitó la adopción.

2.2. Causales de revocación

Se encuentran taxativamente enunciadas en la norma y son de aplicación restrictiva.

2.2.1. Indignidad

Son las previstas en el art. 2281 del Código Civil, que dispone: *“Causas de indignidad. Son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal”.*

Se reordena de este modo la causal de falta de suministro de alimentos, que en el régimen derogado tenía autonomía.

2.2.2. Petición justificada de la persona mayor de edad

Esta causal procede cuando circunstancias de gravedad evaluadas judicialmente tornen de imposible cumplimiento la finalidad del vínculo adoptivo. El legitimado es la persona mayor de edad, y

esto se debe a que si se tratara de una persona menor de 18 años, rige la normativa que regula la privación de ejercicio de la responsabilidad parental, o eventualmente la adopción de medidas de protección de derechos que deriven en una declaración de adoptabilidad.

2.2.3. Acuerdo entre adoptante y adoptado menor de edad

Si el fracaso del vínculo adoptivo es grave, y ambos integrantes de la relación filial entienden apropiado dar por concluido el vínculo, deberán plasmarlo ante la autoridad judicial, pues la revocación como modo de extinción de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental debe ser dispuesta judicialmente e inscripta en el Registro respectivo.

2.2.4. Efectos de la sentencia que la admite

Conforme surge de la norma en comentario, la sentencia que hace lugar a la revocación no retrotrae sus efectos, sino que se producen hacia el futuro, y a partir de que la resolución queda firme para las partes.

En atención al apellido del hijo adoptivo, en principio se pierde como parte del efecto extintivo de la sentencia que la admite. Pero, nuevamente en función del derecho a la identidad que atraviesa toda la regulación adoptiva, puede el adoptado solicitar y serle concedida la conservación del uso del apellido, sea que el suyo de origen haya sido agregado al del adoptante o no, en función de lo que admite el art. 627, inc. d, CCyC.

SECCIÓN 4ª

Adopción de integración

ARTÍCULO 630.- Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen. La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

1. Introducción

La adopción de integración no fue ajena a la regulación legal del instituto. Ya la ley 19.134 como primera normativa adoptiva (ley 13.252) admitía la posibilidad para un cónyuge de adoptar al hijo del otro miembro del matrimonio. La ley 24.779 la incorporó no como tipo autónomo, pero sí como una derivación de la adopción simple y circumscripita a la adopción del hijo del cónyuge (arts. 311, inc. 1; 312, último párrafo; 313; 316 y 331 CC). Esa normativa dispersa e incompleta no satisfacía la multiplicidad de situaciones que se derivan a partir de las nuevas formas familiares denominadas "*familias ensambladas o reconstituidas*".

El Código la considera y regula como tipo autónomo, asumiendo que las diferencias con la adopción simple y plena resultan suficientes para ser tratada en forma separada.

2. Interpretación

En la adopción de integración el niño, niña o adolescente tiene satisfecho su derecho a la convivencia familiar con al menos uno de sus progenitores, y lo que se pretende es integrar a la pareja (convivencial o matrimonial) del padre o madre biológicos. No se pretende extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario: ampliarlos mediante la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia.

Por ese motivo este tipo adoptivo no forma parte del concepto que brinda el art. 594 CCyC que dispone que la finalidad de la adopción es “*proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le puedan ser proporcionados por su familia de origen*”. En la legislación derogada la única forma de adopción de integración admitida era la del hijo del cónyuge, y se confería en forma simple (art. 313 CC), ya que el efecto de la adopción plena era extinguir el lazo jurídico con el progenitor de origen.

Como no podía ser de otro modo, y en función de la incorporación de un sistema de derecho privado que reconoce y protege las relaciones derivadas de las uniones convivenciales, la adopción que antes era privativa respecto de los hijos del cónyuge se extiende a las parejas conformadas en base a una convivencia de pareja no matrimonial. En ambos casos con independencia de la elección sexual de sus integrantes, es decir, parejas de igual o distinto sexo.

Respecto a la persona a adoptar, puede ser tanto el hijo biológico como el adoptivo de uno de los miembros de la pareja, pues la referencia al “*progenitor de origen*” lo es con relación a la filiación (que tiene sus fuentes en la naturaleza, las técnicas de reproducción humana y la adopción).

Con relación a las parejas en unión convivencial, no se exige para la procedencia de la adopción de integración que la unión sea formalizada con su inscripción registral reuniendo los requisitos para su conformación (arts. 510 y 511 CCyC). Este tipo adoptivo no deja de ser una adopción unipersonal, y mientras que en la adopción conjunta es necesario que se trate de una pareja que convive y mantiene una relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente durante un lapso mínimo de dos años (art. 510, inc. f, CCyC), aquí solo se deberá comprobar la convivencia familiar sin plazo alguno.

2.1. Efectos en relación a la familia de origen

El artículo es contundente en cuanto señala que la adopción de integración no afecta el lazo jurídico del adoptado con su progenitor de origen con quien el adoptante está casado o en unión convivencial, ni tampoco los efectos que derivan del mismo.

Puede suceder que el niño no haya sido emplazado por el otro progenitor de origen o se encuentren desvinculados o haya fallecido; también puede ocurrir que el otro progenitor biológico tenga presencia efectiva en la vida del niño. El adoptante es quien se integra a la familia pre-existente, sea que se disponga la adopción simple o plena —dependiendo de las circunstancias de cada caso— el nuevo estado filial modifica los vínculos de origen previos.

ARTÍCULO 631.- Efectos entre el adoptado y el adoptante. La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante: a. si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b. si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.

1. Introducción

Al establecer como primer efecto de la adopción de integración la subsistencia del vínculo con el progenitor de origen, se deja claro que los efectos de la nueva filiación lo son con relación al adoptante sin afectar el lazo jurídico con el progenitor biológico y con independencia de que el emplazamiento adoptivo sea simple o sea pleno.

Un niño puede tener una filiación uniparental en razón de que no fue reconocido por su progenitor, o este falleció o fue privado de la responsabilidad parental pero mantiene lazo jurídico e incluso trato con otros miembros de la familia de ese progenitor; puede ser hijo adoptivo pleno de uno de los cónyuges o convivientes; también puede poseer doble vínculo filial con un progenitor más o menos presente en su vida y un padre afín que le brinda cuidado y asistencia y pretende crear un lazo jurídico; si complejizamos aún más, puede ocurrir que en la nueva unión del progenitor de origen y el adoptante hayan nacido hijos en común en cuyo caso la igualdad de las filiaciones (art. 558 CCyC) obliga a una flexibilidad puesto que lo contrario importa una violación al principio de igualdad y no discriminación.

Las distintas posibilidades que se juegan al crear un vínculo adoptivo son producto de la vida misma. Y esa realidad es recogida en el Código en la figura que admite la flexibilización de los tipos adoptivos tradicionales (art. 621 CCyC) posibilitando que la adopción plena mantenga algunos lazos jurídicos y la simple haga crear otros con la familia del adoptante. Esa disposición es plenamente aplicable a la adopción de integración.

2. Interpretación

2.1. Efectos entre adoptante y adoptado

En el artículo anterior se analizaron los efectos entre el adoptado y su familia de origen. Ahora lo haremos entre el adoptado y el adoptante y su familia extensa, puntualizando las posibilidades desde el estatus filial del niño.

2.2. Filiación de origen unipersonal

Si el niño tiene un único lazo jurídico (generalmente materno), se inserta respecto del adoptante y su familia con emplazamiento pleno en igualdad de condiciones que la filiación por naturaleza o por

técnicas de reproducción humana. Rigen las reglas de titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental para el progenitor de origen, el adoptante y el niño. Ambos adultos ejercen la responsabilidad parental de manera indistinta (art. 641 CCyC), deben prestar el consentimiento para los actos de envergadura (art. 645 CCyC), incluso pueden delegar el ejercicio como lo faculta —con ciertas restricciones— el art. 643 CCyC, etc.

2.2.1. Filiación de origen con doble vínculo filial y fallecimiento de un progenitor

Este supuesto ingresaría en el apartado a) del artículo en comentario, pues quien primigeniamente contaba con el doble emplazamiento (matrimonial o extramatrimonial) al fallecer uno de los progenitores tendría, al tiempo de la petición de adopción, un vínculo de origen unipersonal.

Si bien la adopción plena es la que procede, puede suceder que el niño mantenga trato con la familia del fallecido, y ese no será un obstáculo para su procedencia. El emplazamiento será de integración plena con mantenimiento de vínculo con el o la progenitora superviviente (art. 630 CCyC) y por aplicación del art. 621 CCyC se dejan incólumes los lazos jurídicos con la familia de origen (parientes del progenitor fallecido).

Se integrarían los lazos de origen (con la progenitora y el linaje paterno, por ejemplo) con más los que nacen con la familia ampliada del adoptante.

2.2.2. Filiación de origen con doble vínculo filial

a. En el supuesto de que la adopción de integración se disponga en el tipo simple se aplican las reglas previstas en el art. 627 CCyC. Es decir, se transfiere la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental al adoptante, con derecho de comunicación de la familia de origen, subsistencia del deber alimentario de la familia

de origen, conservación del apellido de origen y derechos sucesorios acotados del adoptante, de conformidad con el art. 2432 CCyC.

Con relación al progenitor de origen con quien el niño convive, se mantiene intacto el vínculo jurídico por lo dispuesto en el art. 630 CCyC.

Si el niño tiene además de la familia ensamblada en la que está inserto un lazo afectivo e intenso con su otro progenitor y su familia, no será procedente la adopción de integración rigiéndose por las disposiciones con las que se regulan los derechos y obligaciones del progenitor afín (arts. 672 a 676 CCyC). Si ambos progenitores de origen despliegan de manera eficaz el ejercicio de la responsabilidad parental, la transferencia que importa como efecto la adopción simple no tendría sustento alguno e incluso hasta sería perjudicial al derecho del niño a su familia de origen.

b. Es posible que la adopción de integración sea de carácter plena aun tratándose de una persona con doble vínculo filial, de conformidad con lo que autoriza el art. 621 CCyC, que posibilita dejar subsistentes algunos vínculos jurídicos, lo cual incluiría al que se tiene con el o la progenitora biológica que no convive o es cónyuge del pretense adoptante. Un ejemplo que puede ilustrar sería el caso de un progenitor de origen condenado a pena de privación de libertad por delito doloso a muchos años de prisión, padre de un niño a quien reconoció pero con quien tiene un régimen comunicacional dentro de las permisiones del sistema carcelario. Si la madre de ese niño constituyó una nueva familia, naciendo incluso otros hijos, la procedencia de la adopción plena se impone, y nada obsta a que el juez —previa intervención en calidad de parte del progenitor privado de libertad— emplace al niño en una adopción de integración plena con mantenimiento de vínculos jurídicos (arts. 621 y 630 CCyC).

ARTÍCULO 632.- Reglas aplicables. Además de lo regulado en las disposiciones generales, la adopción de integración se rige por las siguientes reglas:

- a. los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas;
- b. el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes;
- c. no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho;
- d. no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad;
- e. no se exige previa guarda con fines de adopción; f. no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto en el artículo 594.

1. Introducción

Este tipo adoptivo aparece como consecuencia de una socioafectividad previa que pide ser reconocida por el derecho, y en virtud de los múltiples entrecruzamientos de lazos que se ponen en juego en los vínculos ensamblados, se establecen una serie de excepciones a los recaudos generales para los otros tipos adoptivos. Ellas mismas son producto de aquellas diferencias que hicieron posible la regulación autónoma, o incluso que este tipo adoptivo no se incluyera en la definición del art. 594 CCyC.

El Código independiza la adopción de integración de los otros tipos debido a la especialidad de las circunstancias que pueden darle sustento, a la par que establece de manera ordenada ciertas reglas procesales y sustanciales que hacen exclusivamente a la naturaleza de la adopción de integración.

2. Interpretación

2.1. Deber de que los progenitores de origen sean escuchados

Se trata de una garantía sustancial, cuyo sostén constitucional es el art. 18 CN, y se cumplirá tanto respecto del cónyuge o conviviente del adoptante, como del otro progenitor si se trata de un niño con doble vínculo filial.

El juez ante quien se plantee una adopción de integración deberá, como primera regla, citar al o los progenitores (dependiendo si el niño tiene un único vínculo o dos) a una entrevista donde se expresarán sobre la pretensión adoptiva. Si bien no se establece que el progenitor de origen revista la calidad de parte, puede suceder que se oponga al requerimiento del pretense adoptante, en cuyo caso el proceso que nació voluntario se volverá contencioso. "*Progenitor de origen*" comprende tanto al conviviente o cónyuge del pretense adoptante como al restante.

Podría darse el supuesto que quien pretenda vínculo adoptivo con el niño sea el exconviviente o excónyuge de alguno de los progenitores, que incluso accione a requerimiento del niño, niña o adolescente. En tal caso, citados ambos progenitores de origen (si hay doble vínculo filial) podrá suceder que ambos lo consientan, o ambos o solo alguno se opongan al progreso de la adopción. El juez resolverá en definitiva, pero desde el punto de vista procesal, corresponde confiera carácter contencioso al proceso y calidad de parte al contradictor.

Este deber del juez puede tener su excepción si existe alguna causa grave debidamente justificada, como puede serlo el desconocimiento del paradero del no conviviente, alguna enfermedad incapacitante total, múltiples incomparecencias injustificadas, etc.

2.2. No se requiere inscripción en el Registro de Adoptantes

Este apartamiento de la obligación general para los pretensos adoptantes que se establece en el art. 600, inc. b, CCyC y que se sanciona con nulidad absoluta en el art. 6334, inc. h, CCyC obedece a que las capacidades parentales del pretenso adoptante se desarrollan en la cotidianidad de la vida en común con quien pretende generar vínculo jurídico.

Si ese desarrollo es o no satisfactorio para el niño será objeto de prueba y análisis en el transcurso del proceso iniciado y por quienes integran el gabinete interdisciplinario que funciona en los juzgados competentes para la adopción.

2.3. La guarda de hecho

Sin perjuicio de lo que se comentó al analizar el art. 611 CCyC, esta excepción se funda en que la convivencia entre el niño y el pretenso adoptante nace a partir de una relación afectiva entre el progenitor de origen y un tercero cuyo fin y sentido es un proyecto de vida en común, y no tiene como antecedente el desprendimiento del ejercicio de la responsabilidad parental, sino compartirlo.

2.4. La declaración de la situación de adoptabilidad

El soporte fáctico que origina este tipo de adopciones no encuadra en ninguna de las posibilidades que establece el art. 607 CCyC para dar lugar a la intervención estatal que luego podrá disponer que un niño esté en condiciones de ser adoptado.

2.5. Guarda con fines de adopción

Si la adopción de integración, como instituto, está basada en el despliegue de la responsabilidad parental en el marco de la convivencia del niño con el hijo o hija del cónyuge o conviviente, la

etapa de vinculación que se requiere para los casos en que no existió vínculo afectivo previo se entiende superada por esa cotidianeidad.

La sentencia convalidará una situación de hecho previa, de modo que basta con que se compruebe la solidez del vínculo generado, siendo relativo el tiempo transcurrido si la responsabilidad parental que pretende se ejerce de manera eficaz, y el niño y su progenitor de origen prestan consentimiento para el emplazamiento.

2.6. Necesidades afectivas y materiales

Por lo dicho precedentemente, en cuanto a que el objeto del proceso de adopción de integración será, justamente, la comprobación de la satisfacción de las necesidades afectivas y materiales del niño en conjunto con su progenitor de origen, el inc. f) del artículo en comentario establece específicamente que no será exigido.

ARTÍCULO 633.- Revocación. La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple.

Remisiones: ver comentario al art. 629 CCyC.

1. Introducción

Este artículo reafirma la autonomía de la adopción de integración respecto de los otros dos tipos adoptivos (simple y plena), sin perjuicio de lo cual se remite a la posibilidad de revocación que se establece para la adopción simple.

Como vimos en los comentarios a los arts. 624 y 629 CCyC, la única adopción revocable es la simple. La razón de este sistema es que en la adopción simple nace un vínculo entre adoptado y adoptante, y subsiste vínculo con la familia de origen. Dictada la sentencia que

admite la revocación, al adoptado se le restablecen los lazos jurídicos previos.

Los efectos en el caso de la adopción plena serían diametralmente opuestos, porque con ella se extinguieron los vínculos jurídicos con los progenitores y de admitirse la revocación, se colocaría al adoptado en situación de desamparo jurídico.

Si se revoca la adopción de integración puede concederse plena o simple, y en el primer caso extingue todos los vínculos jurídicos que no deje subsistente la sentencia, pero conservando el lazo jurídico con el progenitor de origen (art. 630 CCyC). Este es el motivo por el cual es posible que luego de conferida la adopción de integración —simple o plena— aparezcan causas graves que motiven el requerimiento de desplazar el vínculo creado con la sentencia que la admitió.

2. Interpretación

2.1. Revocación de la adopción de integración simple

Nos remitimos al comentario al art. 629 CCyC, sin perjuicio de señalar que el art. 630 CCyC establece que la adopción de integración no es óbice para que “*siempre*” se mantenga el vínculo entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

Las causales son la indignidad, petición justificada del adoptado mayor de edad, acuerdo entre adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente.

2.2. Revocación de la adopción de integración plena

La revocación de la adopción de integración plena es posible porque este tipo de emplazamiento filial mantiene los lazos jurídicos entre el adoptado y su progenitor de origen, razón por la cual,

planteada la revocación de la adopción y acreditada la causal invocada, con la especial consideración del interés del adoptado, es posible el desplazamiento del estado filial creado con la sentencia. Muy especialmente porque algunas de las causales de revocación, como la indignidad (art. 2281 CCyC) pueden estar motivadas en hechos de tal magnitud que cualquier pretensión de mantener un vínculo jurídico sobre una ficción legal será inocua en la relación afectiva ya deteriorada.

El adoptado no es colocado en situación de desprotección porque siempre mantuvo vínculos afectivos y jurídicos con su progenitor de origen.

Esta constituye, entonces, la única excepción al principio general de irrevocabilidad de la adopción plena.

Referencias Bibliográficas

- (1)BELOFF, Mary; DEYMONNAZ, M. Virginia; FREEDMAN, Diego; HERRERA, Marisa; TERRAGNI, Martiniano, *“Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada”*, Bs. As., La Ley, 2012, p. 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”*.
- (2)CORTE IDH, *“Fornerón e hija vs. Argentina”* (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2011.

Código Civil y Comercial de la Nación: comentado. Arts. 634 al 637

por Mariela A. González de Vicel

Disponibles en: <https://bit.ly/36RqYpC>

Publicado en: Picasso, S., Herrera, M. y Caramelo, G. (dir.)

Código Civil y Comercial de la Nación comentado (T. II, arts. 401-723).

Buenos Aires: Infojus, 2015.

[Consultado el: 24/08/2021]

ARTÍCULO 634.- Nulidades absolutas. Adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:

- a. la edad del adoptado;
- b. la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;
- c. la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el menor o sus padres;
- d. la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente;
- e. la adopción de descendientes;
- f. la adopción de hermano y de hermano unilateral entre sí;
- g. la declaración judicial de la situación de adoptabilidad;
- 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.

Remisiones: ver Título VII del Libro Segundo, Responsabilidad parental.

1. Introducción

La nulidad resulta un supuesto de ineficacia que puede afectar a todos los tipos adoptivos y se fundamenta en la existencia de vicios, sea en los presupuestos de la adopción otorgada, sea en el trámite judicial que desembocó en la sentencia de emplazamiento adoptivo. La revocación, en cambio, y como se vio al comentar el art. 629 CCyC, solo es posible en el caso de la adopción simple.

Como en el régimen derogado se establecen nulidades absolutas y relativas. Las primeras —por su afectación al interés y orden público— deben incluso ser declaradas de oficio por el juez.

Se trata de una sanción legal, que con carácter genérico se aplica o es propia respecto a todo acto jurídico. Sin embargo, en razón de las particularidades del supuesto adoptivo, y la afectación de derechos constitucionales-convencionales que puede causar el vicio, se reglamenta de manera especial. De todos modos, resultan de aplicación las normas generales en materia de nulidad de los actos jurídicos, por remisión del art. 636 CCyC.

2. Interpretación

Este Código establece las categorías de ineficacia de los actos jurídicos (art. 382 CCyC y ss.), comprendiendo allí la nulidad como una de ellas. La califica en nulidades absolutas y relativas, previendo para las primeras (art. 386 CCyC) que *“Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres”*. En tanto, *“Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”*.

Aplicando esas nociones en el campo de la adopción, veremos que la nulidad absoluta aparece prevista para aquellos supuestos en que la violación legal impacta en el resguardo del orden público — por ejemplo, el supuesto de adopción obtenida mediante un hecho

ilícito o negando calidad de parte a los progenitores en la primera etapa— en tanto, la nulidad relativa guardará relación con la protección del interés particular —por ejemplo, el del adoptado en el supuesto de nulidad por vicios del consentimiento—.

La entidad que exhiben los supuestos de nulidad absoluta importa que pueda declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, pero no por aquel que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. Es inconfirmable e imprescriptible (art. 387 CCyC).

En aquellos supuestos de nulidad relativa, en que la afectación es sobre el interés individual, solo estarán legitimados para plantearla *“las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”* (art. 388 CCyC).

La nulidad en materia adoptiva sea absoluta o relativa siempre será total en razón de que por las características del acto anulado —emplazamiento filial en un estado de familia— no es admisible su divisibilidad. El art. 389 CCyC enuncia: *“Nulidad total es la que se extiende a todo el acto”* y la *“Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones (...) En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”*.

Decretada la nulidad, la consecuencia es la restitución de cosas al estado anterior a que el vicio se presentara (art. 390 CCyC).

2.1. Nulidades absolutas en materia de adopción

El art. 634 enumera tres tipos de nulidades absolutas:

1. violación a requisitos sustanciales de la adopción —edad del adoptado, diferencia de edad entre adoptado y adoptante, adopción simultánea por quienes no son cónyuges o convivientes, adopción de descendientes y de hermanos—;

2. vicios en relación al origen de la situación de hecho que genera la guarda posteriormente adoptiva —antecedente de hecho ilícito—; y

3. procesales o relativas al procedimiento adoptivo, pero que por su trascendencia de corte constitucional —arts. 14; 18; 75, inc 22, CN; arts. 5º, 12, 21 CDN; Corte IDH, OC 17; CDN, OG 12— la ley ha elevado a la categoría de recaudos sustanciales. Dentro de ellas, la exigencia de declaración judicial en situación de adoptabilidad o la inscripción de los adoptantes en el Registro de Aspirantes a Adopción.

Una cuestión particular en esta clasificación se encuentra en el consentimiento expreso del adoptado mayor de diez años sobre su propia adopción, si bien esta nulidad es establecida a su interés y como consecuencia de su pedido, se fulmina con nulidad absoluta porque vulnera derechos convencionales-constitucionales.

Las causales de nulidad absoluta establecidas en este artículo conforman un paralelismo con los principios de la adopción que se explicitan en el art. 595 CCyC, y son resultado, en definitiva, de la violación de esas pautas de interpretación.

Existen también las nulidades implícitas, derivadas de decisiones incompatibles con los preceptos legales, aun cuando en los textos no se exprese la sanción. Por ejemplo: caso de incumplimiento de lo dispuesto por el art. 600 CCyC respecto de la residencia efectiva

en el país por un período superior a los 5 años para los extranjeros no naturalizados.

2.2. Las causales

2.2.1. Requisito de edad. Edad del adoptado

Tal como se expuso al analizar el art. 597 CCyC, el pretense adoptado debe ser un menor de edad no emancipado, es decir, no tener cumplidos 18 años ni haber contraído matrimonio.

El sentido de ese límite es el objeto de la filiación adoptiva, fijado en el art. 594 CCyC, ya que se trata de una institución prevista para efectivizar el derecho a la vida familiar de una persona menor de edad cuando su familia de origen no pudo proveerle los cuidados aptos para su desarrollo.

Se excepciona exclusivamente el caso de adopción de los hijos del cónyuge o conviviente mayores de esa edad —supuesto de adopción integrativa en la que la realidad familiar precede a la resolución que reconoce el emplazamiento— y, obviamente el de la posesión de estado de hijo durante la minoría de edad, que por definición será requerido por una persona mayor de 18 años.

Solo es admisible la adopción de personas emancipadas en razón del matrimonio celebrado sin tener la edad núbil y con dispensa judicial (art. 404 CCyC), 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 art. 131, párr. 3 del texto reformado.

2.2.2. Diferencia de edad entre adoptante y adoptado

En cuanto a la diferencia de edad entre adoptantes y adoptados, la causal ya existía en la legislación derogada, con la diferencia que se reduce la exigencia de 18 a 16 años. El descenso de

diferencia de edad entre adoptante y adoptado resulta acorde con la apreciación de la condición empírico-biológica para la concepción del hijo biológico, conforme las pautas de competencia del art. 26 CCyC.

Tratándose de la adopción dual (por un matrimonio o pareja conviviente), ambas personas deben ser 16 años mayores que el sujeto a adoptar, bajo pena de nulidad de la adopción.

2.2.3. Hecho ilícito

La adopción que haya tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, como lo fueron las desapariciones forzadas de los padres de niños adoptados en nuestro país a partir del Golpe de Estado de 1976, son el antecedente de esta sanción de la nulidad absoluta. Por hecho ilícito se entiende las tipificaciones penales cuya antijuridicidad se vincule con el estado civil (supresión), la capacidad (amenaza) y la identidad personal (sustracción, abandono aparente).

Nunca podrá ser convalidada, ni aun recurriendo al principio rector del interés superior del niño, al que se apela en supuestos de tensiones de derechos igualmente válidos o lagunas legales. Vacío o tensión que no aparecen en este caso, donde la selección normativa la hizo el legislador al sancionar con nulidad absoluta la adopción que tenga como antecedente un hecho ilícito.

La prohibición se basa en los arts. 9° y 11 CDN 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. Resultan de aplicación el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya, 1980) aprobado por ley 23.857; la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 1994), ratificada por ley 25.179 el 28/02/00; y la CIDIP IV que rige por ley 25.358 del 15/02/01, norma que ratificó la Convención Interamericana sobre Restitución internacional de Menores de Montevideo de 1989.

La Corte IDH consignó un estándar en materia de confrontación entre interés superior ante la pretensión de convalidación de ilícitos, sosteniendo que —en principio— no puede alegarse el interés superior del niño para avalar la violación de normas legales, la demora en los procedimientos ni los errores judiciales.(1)

2.2.4. Adopción simultánea por quienes no son cónyuges o convivientes

La prohibición cuya violación da lugar a la nulidad absoluta no se asienta como ocurría en la legislación derogada, en la preponderancia que se otorgaba a las parejas matrimoniales como arquetipo familiar. La jurisprudencia comenzó por dar cabida a las adopciones de parejas convivientes —adopción dual de parejas heterosexuales— y, luego devino la sanción de la ley 26.618, que definitivamente desarticuló la tendencia de un único modelo protegido por el derecho —la familia matrimonial— para incluir a las varias formas familiares posibles.

El reflejo que esa modificación social produce en el campo adoptivo es de singular importancia, admitiéndose ahora la adopción unipersonal, conjunta, matrimonial o en unión convivencial, y con independencia de la elección sexual de sus miembros. El sentido último de la adopción radica en el derecho a la vida familiar que se debe garantizar a un niño sin cuidados parentales adecuados, y cualquiera de esas formas familiares podría satisfacerlo. Lo que se veda y acarrea nulidad es que dos personas que no tengan vínculo matrimonial ni conformen una unión convivencial, adopten simultáneamente a un niño, niña o adolescente.

2.2.5. Adopción de ascendientes a descendientes y colaterales entre sí

Aquí se reitera el supuesto de hecho que contenía el Código derogado, ya que la opción viable para insertar a un niño en el ámbito

familiar de sus ascendientes y/o colaterales, viene dada por el instituto de la tutela (arts. 5º, 7º, 8º y 9º CDN; arts. 104 y 105 CCyC).

Los artículos 7, 8 y 9 de la CDN imponen otorgar primacía a los derechos de la persona menor de edad a preservar su identidad, a ser criado por su familia de origen. Es deber de los jueces determinar si existen otras alternativas en el caso concreto que aseguren la crianza del niño y no impliquen su separación definitiva del grupo familiar.

El instituto de la tutela en el Código Civil y Comercial es asimilado en su regulación a la responsabilidad parental en su titularidad y ejercicio. En ambos casos se exige a los adultos 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 CCyC 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 párr. 2 del art. 104 CCyC. La violación de esta disposición importará la nulidad absoluta de la sentencia que emplace adoptivamente.

2.2.6. Situación de adoptabilidad

El art. 607 CCyC contempla las diversas situaciones que pueden originar la intervención judicial y el dictado de una sentencia que determine que determinado niño, niña o adolescente se encuentra en condición de satisfacer su derecho a la vida familiar a través de la adopción.

Se trata de un primer procedimiento establecido en el derecho sustancial, donde los involucrados tendrán ocasión de esgrimir pretensiones y defender derechos, a partir de una serie de garantías

sustanciales y procesales, y con plazos prefijados para evitar que el transcurso del tiempo consolide situaciones y para concluir determinando si la persona menor de edad puede o no permanecer en el seno de su familia biológica —nuclear o ampliada— o debe disponerse su migración a otro grupo familiar. No es, por tanto, un “estado” sino que se trata de un procedimiento integrado por varias fases que concluirá en la conservación o en la modificación del estado que el niño tiene.

Si bien la nulidad absoluta está dirigida a la sentencia que declare la situación de adoptabilidad, comprende los actos previos que motivaron esa resolución y que pudieron vulnerar derechos y garantías de las partes procesales, o afectar el orden público. Comprende el iter que se desarrolla por aplicación de los arts. 607 CCyC y ss., o cuando se pretende admitir la guarda de hecho en violación a lo establecido en art. 611 CCyC, sin perjuicio de que también pueden plantearse nulidades implícitas o genéricas.

De este modo, la falta de citación de los padres biológicos al proceso de declaración en situación de adoptabilidad, así como también el agotamiento de la búsqueda de familiares de origen del niño antes de decidir el dictado de la adoptabilidad, provocará la nulidad absoluta; la eventual existencia de vicios respecto a la prestación de un consentimiento pleno, libre e informado (conf. art. 21 CDN) dará lugar a la nulidad relativa.

2.2.7. Requisito de inscripción en el registro de adoptantes

El art. 600 CCyC dispone que: *“Plazo de residencia en el país e inscripción. Puede adoptar la persona que: a)...b) se encuentre inscrita en el registro de adoptantes.”*

A contrario sensu, quien no se encuentre inscripto —salvo las excepciones previstas en el mismo Código— carece de aptitud para ser adoptante.

La ley 25.854 creó el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, cuyo objetivo es la formalización de una lista de aspirantes a guardas con fines de adopción a nivel nacional.

Conforme se explicitó en el comentario a los arts. 600 y 611 CCyC, el Registro tiene por función primordial proporcionar a los jueces y organismos oficiales que tienen a su cargo trámites relacionados con la adopción, una nómina centralizada de aspirantes admitidos a guarda con fines adoptivos.

Esta herramienta se ve jerarquizada no solo por ser un recaudo de admisión como adoptante, sino también en función de la prohibición de las guardas de hecho que se establece en el art. 611 CCyC, que solo las reconoce como posibles con control judicial y a favor de un pariente, siendo sancionadas con nulidad absoluta la violación a esas disposiciones. Se trata de organismos de gran relevancia, pues evalúan interdisciplinariamente las condiciones personales de los pretensos adoptantes, acompañan la espera, colaboran en la selección de los pretensos adoptantes más aptos conforme la realidad del niño de que se trate y realizan el seguimiento del ensamble adoptivo, entre otras funciones.

Las excepciones a la falta de admisión por los registros — locales o nacionales— que no conducen a la nulidad absoluta de la guarda conferida con esa omisión son las relativas a la adopción de integración (art. 630 CCyC y ss.) y el supuesto de adopción del tutor.

2.2.8. Falta de consentimiento de la persona adoptada

Además del principio general contenido en el art. 595, inc. f, CCyC la regla inserta en el art. 617, inc. c, CCyC impone como recaudo ineludible en el proceso de adopción el requerimiento del consentimiento del niño mayor de 10 años. Como se explicó en los comentarios a esas dos normas, el fundamento reposa en el reconocimiento de la autonomía progresiva que permite admitir que una persona, a partir de esa edad, se encuentra en condiciones de

madurez suficiente para conocer el alcance y decidir libremente sobre su propia adopción. La omisión de ese paso procesal, o el dictado de la sentencia contrariando la voluntad del niño de 10 o más años que se negó a prestar el consentimiento, causa su nulidad absoluta. Esa sanción será requerida por el mismo niño con un abogado designado, pero tratándose de una violación a una norma de orden público, también puede plantearla el Ministerio Público.

En el supuesto de pretensos adoptivos menores de esa edad, si el desarrollo madurativo es adecuado podrían comparecer con patrocinio letrado a manifestarse en contra de la adopción o, si en el ejercicio del derecho a ser oídos y expresar su opinión hacen saber al juez de la adopción que se niegan a que se continúe con el emplazamiento adoptivo, se les nombra un tutor especial. En todos estos supuestos la sentencia de adopción dictada sin brindar una respuesta a esa inquietud vital podrá ser atacada de nulidad por el propio niño, aun sin la edad mínima prevista, por imperio del principio de autonomía progresiva y el principio de realidad, pues el derecho a la convivencia familiar bajo condiciones aptas para el desarrollo no se cumpliría. Su omisión deriva en la nulidad relativa de la adopción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 635.- Nulidad relativa. Adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:

- a. la edad mínima del adoptante;
- b. vicios del consentimiento;
- c. el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

1. Introducción

El carácter relativo de la nulidad significa que el vicio pasible de ocasionar esta sanción podrá ser convalidado. La nulidad solo procede a petición de parte interesada y esa calidad la tienen el

adoptivo o quienes hubieren padecido el vicio. En el caso de los terceros, requieren para su legitimación de un derecho subjetivo afectado, como sería el caso de los herederos. Por tratarse de circunstancias que son superables, como sería el caso de haberse alcanzado la edad o satisfecho la obligación de rendir cuentas en la tutela, también a requerimiento de parte se produce la convalidación de la nulidad.

2. Interpretación

2.1. Edad mínima del adoptante

El art. 601 CCyC reduce la edad legal mínima exigible al adoptante, de 30 años fijados en el régimen derogado, a 25 años. Se plantea la excepción para el supuesto de adopción conjunta o bipersonal, en cuyo caso es suficiente que uno de los cónyuges o convivientes cuente con esa edad. Como la sentencia de adopción retrotrae sus efectos a la fecha en que se dispuso la guarda con fines de adopción o a la fecha de la solicitud de adopción de integración, el vicio se producirá si el adoptante —o uno de ellos, en caso de la adopción simultánea— no tenía la edad legal exigida. Se aplica idéntico criterio para el supuesto de adoptante unipersonal separado de hecho.

Para los supuestos contemplados en los arts. 604 y 605 CCyC, 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.

La nulidad podrá requerirla el propio niño o adolescente o el progenitor biológico, si el cónyuge o conviviente de la madre o el padre de su hijo carecía de esa edad al momento de la demanda, con independencia de que la haya cumplido a la fecha de la adopción.

2.2. Vicios del consentimiento

El emplazamiento filial que surge a partir de la sentencia que decreta la adopción puede verse afectado por uno de los vicios generales cuando ellos se hayan producido respecto de los adoptantes, los padres biológicos o también del adoptado. El error, el dolo y la violencia constituyen causales generales de nulidad del acto jurídico, entendiendo por tal a la sentencia que resuelve el nuevo emplazamiento filial.

En materia de adopción, quizás la causal de nulidad más trascendente es la que afecta al consentimiento informado prestado por los progenitores biológicos. Puede estar dirigido a afectar el conocimiento acerca de los alcances y efectos del acto —error—; aptitud o competencia para prestarlo; que la voluntad de desprendimiento y la abdicación de la responsabilidad parental con fines de una futura adopción se emita y se considere válida siendo prestada durante el período del estado puerperal; que se desplieguen maniobras engañosas tendientes a obtener un consentimiento para adopción; puede manifestarse a través del ejercicio de violencia en todos sus tipos, incluyendo aquí la violencia estructural determinante de múltiples “*decisiones*” de entrega de un niño en adopción, motivadas exclusivamente en causas económico-sociales.

El emplazamiento adoptivo es una de las causas fuente de la filiación, que tiene la particularidad de nacer únicamente por vía jurisdiccional (art. 594, último apartado, CCyC). Consecuencia de ello —y salvo las medidas de protección de derechos de naturaleza administrativa que puedan servir de antecedente— es que el sistema judicial 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, que además debe ser esencial y reconocible (art. 265 CCyC).

En el supuesto de la adopción, el error se vincula estrechamente con la naturaleza del acto, las circunstancias de la persona y el tiempo, y aunque en la nueva redacción se establecen reglas claras respecto de los padres biológicos, el niño, niña y adolescente y los pretensos adoptantes, podría darse el caso de que alguno de los padres o ambos hayan sido objeto de presiones o inducidos a creer, por ejemplo, que conferirían una guarda judicial. La posibilidad práctica de ocurrencia del vicio se reduce sensiblemente por imperio de lo dispuesto en el art. 607, inc. b, CCyC — consentimiento libre e informado— pero dicha norma no contempla que la manifestación de voluntad se preste con patrocinio jurídico.

Es dable destacar que el art. 608 CCyC confiere carácter de parte a los progenitores, por lo cual estaría garantizando el asesoramiento jurídico, sumado ello a la obligación judicial de la entrevista personal con los padres de origen que dispone el art. 609, inc. b, CCyC; por lo tanto, este tipo de previsiones legales reducen la posibilidad del vicio de error.

Algo similar ocurre con la violencia, aunque, en este caso, deberá prestarse especial atención a las condiciones de vulnerabilidad estructural de los progenitores en la etapa del proceso declaración de la situación de adoptabilidad (arts. 607, 608, 609 CCyC y ss.).

La nulidad de la adopción por vicio del consentimiento es extensiva a los tres tipos de adopción (simple, plena y de integración).

La exigencia del consentimiento informado guarda relación con la tutela de dos derechos fundamentales: la dignidad de la persona y el respeto a su autonomía personal. Las consideraciones generales de la doctrina del consentimiento informado en el ámbito de la salud resultan trasladables frente a todo acto e intervención que importe la puesta en juego de derechos fundamentales de la persona, como lo son el derecho a la vida familiar y la disposición de este derecho por parte de los progenitores y del propio niño, niña o adolescente en calidad de adoptable.

Con respecto al consentimiento de las personas menores de edad, informado por la noción de competencia e independizado de la capacidad civil de ejercicio (art. 24 CCyC), el requerimiento del consentimiento habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando no ostente plena capacidad y, en tanto, se evalúe que igual puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra.

2.3. Derecho a ser oído

El Código respeta la calidad de sujeto de derechos de los niños, niñas y adolescentes, no solo en lo referente a su titularidad, sino también desde la promoción del ejercicio personal de sus derechos. El fundamento de tal decisión legislativa reposa en lo dispuesto en los arts. 5° y 12 CDN, es decir, en la autonomía progresiva para el ejercicio de su plena capacidad.

La evolución psicofísica del ser humano determina una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales, que impuso dejar de lado la rígida dicotomía entre “*capacidad/ incapacidad*” y que la misma sea reemplazada por un ejercicio progresivo de sus derechos —art. 26 CCyC— que contemplara además de la edad y la madurez —en función del acto concreto— de la persona menor de edad, más que un límite etario fijo. La edad, si bien es un parámetro necesario, no asegura por sí misma una determinada capacidad, lo que importa sostener que idénticas edades no equivalen a iguales capacidades, pues cada niño presentará —según su desarrollo personal— mayor o menor suficiencia para ejercer sus derechos con independencia de sus representantes según el tipo de acto de que se trate y su propia condición evolutiva. El criterio no es estático, sino dinámico y personal de cada niño.

El art. 12 CDN establece que “*Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su*

opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

El art. 608 CCyC menciona entre los *“sujetos del procedimiento”*: *“... a) con carácter de parte, el niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada...”*, y entre las reglas de procedimiento se consigna como obligatoria la entrevista personal del juez con los padres y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita (art. 609 CCyC). 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 CCyC *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, CCyC). 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, CCyC).

En procura de la consideración primordial del niño como sujeto, el juez debe poner 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 y con independencia de su edad. El ejercicio de ese derecho, en función de la autonomía progresiva que informa el sistema, será gradual, pero siempre hay un mínimo que debe ser efectivizado.

El diseño legal impone que en el proceso de adopción habrá de distinguirse:

- d. la participación personal a través de su derecho a expresar opinión —a valorar en función de su edad y madurez—;
- e. el carácter de parte cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente; y
- f. la exigencia de su consentimiento expreso cuando es mayor de diez años.

La causal de nulidad se configura a partir de la omisión de la puesta a disposición del ejercicio por parte del juez y no como consecuencia de la negativa del niño, niña o adolescente de expresar su opinión.

El Comité de los Derechos del Niño hizo hincapié en que el art. 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho a expresar la opinión, y desaconsejó a los Estados partes 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 los afectan.

El texto en comentario se alinea tras esas premisas, y en ningún supuesto se omitirá la puesta a disposición del ejercicio del derecho a ser oído. Será nula la sentencia que se dicte sin que se produzca esa escucha.

Esta regla se independiza de la decisión judicial, en tanto el magistrado puede apartarse de la opinión del niño, pero al hacerlo, y también bajo pena de nulidad, deberá justificarse razonadamente esa decisión.

La escucha del niño comprende no solo al pretense adoptivo, sino también cuando existen otros hijos biológicos o adoptivos (art. 598 CCyC). 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.

ARTÍCULO 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.

1. Introducción

La nulidad de la adopción reconoce un régimen específico, pero no por ello cerrado a la posibilidad de aplicación del régimen general.

El sistema de nulidades para la adopción reconoce un doble régimen: las reglas generales de la nulidad para los actos jurídicos que se establecen en los arts. 382 a 400 CCyC, y las específicas de la adopción contenidas en esta sección.

De este modo, se habilita a que existan causales de ineficacia de la adopción distinta a las específicas analizadas en los dos artículos precedentes.

2. Interpretación

Conforme el comentario al artículo anterior, las adopciones podrán ser nulas de nulidad absoluta o relativa, pero también cabe la posibilidad de que se planteen nulidades durante el proceso sometidas a las reglas generales que no forman parte de las consignadas en los arts. 634 y 635 CCyC. Será nula e inconfirmable la adopción del pupilo por su tutor si no se aprobaron las cuentas de la tutela; también es posible declarar la nulidad, en la que el adoptante tuviese disminuida su capacidad civil o que se dictase antes de fenecer el plazo del art. 613 CCyC, aunque en ambos casos pueden ser confirmadas; también es nula pero confirmable la sentencia 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 CCyC).

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.

ARTÍCULO 637.- Inscripción. La adopción, su revocación, conversión y nulidad deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

1. Introducción

La sentencia que otorga la adopción, la que decide su conversión —de simple a plena conforme art. 622 CCyC—, la que revoca la adopción preexistente o la que declara su nulidad —absoluta o relativa— debe inscribirse en el Registro de Estado Civil de las Personas.

El art. 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. El art. 25 remite al del asiento de origen, mientras que el art. 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 art. 50 establece los recaudos que deberá contener el testimonio de la sentencia para proceder a la inscripción en el Registro.

2. Interpretación

La norma anteriormente vigente —art. 240 CC— hacía referencia a la persona “*adoptada plenamente*”, en tanto que el artículo actual atiende a la adopción en general. Ello resulta acorde con el principio de no discriminación e igualdad de las filiaciones (art. 558 CCyC).

Esta diferencia subsiste en algunas normativas registrales, como —por ejemplo— en la de la Provincia de Buenos Aires, ley 14.087, cuyo art. 68 establece “*Las adopciones simples así como también sus anulaciones y revocaciones 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*”; en tanto, el art. 69 reza “*En los casos de adopciones plenas se procederá a inmovilizar mediante nota marginal el acta de nacimiento original y a practicar una nueva inscripción de nacimiento en los libros respectivos con todos los recaudos del artículo 44. En el asiento original deberá dejarse constancia de la disposición u oficio que ordena la nueva inscripción*”. Estas disposiciones no se sostienen según las reglas civiles vigentes pues el art. 559 CCyC dispone: “*Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada*”, por lo que ningún tipo adoptivo exhibirá diferenciación en punto a su aspecto registral.

Referencias Bibliográficas

(1)CORTE IDH, in re “*Fornerón*”, fallo cit., párr. 105.

Escucha del niño en sede judicial

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: Diario DPI cuántico (Derecho para Innovar)

Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos

Año 2 N° 8, 29/03/2016

[Consultado el: 02/09/2021]

a.- Marco conceptual

El motivo de este comentario es reafirmar algunos parámetros de orden interno y también aquellos brindados por los organismos internacionales con competencia en temas de infancia(2), a la par que plasmar algunas ideas a partir de la experiencia surgida de entrevistar a niños, niñas y adolescentes en contexto de conflictos judiciales de diversa índole.

Es ineludible mencionar a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)(3) en tanto reconoce a los niños como sujeto pleno de derechos y derrama un sistema de garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de la tutela efectiva de sus derechos fundamentales. Pero este instrumento no es el único –si bien es específico– pues la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, arts. 8) constituye la herramienta de reconocimiento de derechos de todos los ciudadanos de los estados parte, lo que obviamente incluye a los niños. Esta apreciación cabe también para la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (CDPD) en tanto muchos son los niños que sufren la doble vulnerabilidad derivada de su condición de niños y discapacitados.

Los organismos internacionales creados por esos mismos tratados también contribuyen a la solidificación del paradigma de la consideración de la persona menor de edad como sujeto, sobre todo

cuando su condición es de especial fragilidad. Esta circunstancia puede producirse por el contexto especial y particular del niño, profundizando la vulnerabilidad propia de la condición de persona en estado de desarrollo hacia su autonomía.

Respecto del derecho a ser oído, la Comisión Americana de Derechos Humanos sostuvo: *“La Corte y la Comisión han observado que el artículo 8.1 de la Convención Americana y XXVI de la DADH, consagran el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños, en los procesos en que se determinen sus derechos, además de establecer que ‘dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas provisiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino’. Las provisiones de los artículos 8 y XXVI, incluido el derecho a ser oído, son aplicables a los procedimientos judiciales y los procedimientos administrativos en los cuales se determinan los derechos de las personas, e implica que se tomen las medidas oportunas en el marco del procedimiento para facilitar la adecuada participación del niño, es decir, que el niño tenga la posibilidad efectiva de poder presentar sus opiniones de tal modo que puedan tener influencia en el contexto de la toma de la decisión. En relación a los procedimientos relativos a la guarda, cuidado y protección del niño, supone el derecho del niño a ser oído en estos procedimientos a los efectos de la determinación de la medida de protección más idónea, su revisión, modificación o cese, así como cualquier otra determinación sobre la misma”*(4).

La Observación General N° 12 *“El derecho del niño a ser escuchado”*(5) indica cuáles son las medidas a observar al momento de escuchar a un niño, conforme la interpretación del art. 12 de la CDN, poniendo de resalto que debe garantizarse la participación en todo proceso administrativo y judicial, y que ese deber estatal se vincula estrechamente con el derecho del niño al acceso a la posibilidad de brindar libremente su opinión sobre el asunto que lo afecta, y a que ella sea considerada en función de la edad y la madurez de ese niño. La inseparable vinculación entre el art. 3 y el art. 12, ambos de la CDN queda evidenciada con énfasis en este párrafo: *“74. No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos*

principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 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 a su vida”.

Desde ese vértice, la Ley 26.061 y aquellas de similar tenor dictadas por los estados provinciales, profundizan este haz de derechos con reglas tales como las alojadas en los arts. 3, 24 o 27 que se vinculan con la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos en que se involucran sus derechos.

El Código Civil y Comercial recoge esas directrices internacionales, perfecciona y profundiza la garantía de acceso a la justicia reconocida a las personas menores de edad en igualdad de condiciones que los adultos administrada en función de la evolución de su autonomía(6), y sienta múltiples reglas exigiendo el cumplimiento del derecho a ser oído en los procesos familiares.

En el orden familiar interno, por su parte, también establece principios que rigen las relaciones interpersonales, como puede verse en el art. 639, donde específicamente se postula la conducción hacia el ejercicio pleno de los derechos: "*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*"; y especifica la escucha en el ámbito familiar: "*c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez*". Ya en lo que hace a los deberes de los progenitores en el art. 646 enuncia: "*b. considerar las necesidades específicas del hijo según sus características, aptitudes y desarrollo madurativo*"; "*c. respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos*", incluso confiriéndole participación luego de que el proyecto de pareja deje de ser viable, al establecer el deber de darles intervención en la elaboración del plan de parentalidad y su modificación (art. 655). Esas pautas se replican en las

obligaciones que le corresponden al Estado en el ejercicio de la jurisdicción.

En lo que hace específicamente al plano de la intervención del niño en el proceso, varias son las normas legales que la estipulan explicitadas como derecho a ser escuchado por la autoridad competente y a tener participación procesal cuando la ley se las confiere de manera directa, sin perjuicio de aquella que ejerzan a través de sus representantes legales. Sin duda alguna, el art. 26 conjuntamente con el art 707 constituyen la regla madre, ineludible para los jueces al regular la participación genérica de los niños, niñas o adolescentes en todos los procesos que les conciernen y participar en las decisiones sobre su persona, en especial ante los procesos *“que los afectan directamente”*, a lo que se suma la obligación como deber específico de los jueces de tener en cuenta su opinión y valorarla según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso. La formulación legal impide, por ejemplo, la citación de los niños al proceso de divorcio de sus padres, pero no a la audiencia donde deba dirimirse el conflicto sobre el ejercicio de la responsabilidad parental si no hubo acuerdo al respecto (arts. 438, 439, 651, 653 inc. c, 655 y ces. CCyC). Algunos ejemplos donde el niño deberá ser oído lo constituyen: el discernimiento de la tutela (art. 113 inc. a); la dispensa de edad para contraer matrimonio (art. 404); la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 643, 657); el art. 653 para atribuir el cuidado unilateral a un progenitor que exige la participación mediante el requerimiento de la opinión del hijo/a; la declaración de situación de adoptabilidad (art. 608), entre otros.

b.- Lineamientos primarios a considerar

Sentado que todo niño con independencia de su edad tiene derecho a ser oído(7), y a que su opinión sea considerada conforme su edad y madurez(8) ¿cuáles son las condiciones mínimas que deben procurarse para que su palabra sea oída en sede judicial?

-Libertad para emitir opinión: la expresión de su voluntad respecto de la cuestión jurídica a dirimir debe ser producto de la información suficiente, accesible al niño según su edad y circunstancias personales y adaptadas a ellas. Es conveniente que el juez, al momento de recibirlo, haya procurado que se le brinde la información necesaria sobre lo que ocurrirá en el acto de la entrevista y durante ella sea quien transmita el estado de la situación y las opciones o posibilidades sobre las que versará la decisión. No es necesario —ni prudente— un conocimiento exhaustivo, sino que serán comunicados los datos esenciales y apropiados para que exprese su preferencia.

-Entorno adecuado: la formalidad de los estrados judiciales suele operar como inhibidor de la palabra para el niño. Lo propio ocurre cuando son muchos los adultos que comparten el sitio donde el niño será oído por el juez. Deberá adaptarse el espacio evitando las salas de audiencias y priorizando lugares reducidos o de mayor intimidad, que no resulten intimidatorios u hostiles. El despacho del propio juez suele ser bien recibido, si se comunica al niño que allí es donde realiza su tarea, piensa, cavila para resolver los problemas que plantea la gente, elemento que además sirve para ir introduciéndolo en su propio caso.

-Visualización como un derecho personal: el derecho a expresarse lo tiene el niño, el deber de escuchar recae en el juez. Niño y juez son las dos personas cuya presencia es ineludible, con independencia del resultado de la entrevista. Los representantes legales, el Ministerio Público o los colaboradores interdisciplinarios participarán si el niño accede a que lo acompañen o lo requiere expresamente. Caso contrario, la entrevista es personal(9). Por esa razón una de las primeras preguntas que deberá realizar el juez es si su preferencia es estar solos o requiere o admite la presencia de otros operadores, explicándole sus funciones.

-Concentración y disponibilidad para la escucha: la función sensorial de oír es insuficiente, pues exige del juez mucho más que eso. Escuchar a un niño implica en primer término respetarlo

como otro significativo, cuya comunicación verbal, gestual, por la palabra oral, escrita, el dibujo o incluso a través del silencio debe ser decodificada. La mediatización del conflicto mediante la palabra es lo que hace que el juez informe al niño; escuchar su opinión y si es posible que exprese su deseo requiere de un interlocutor atento a las diversas formas de comunicación. La técnica del parafraseo suele ser productiva ante niños que eluden o no pueden hablar de forma directa. Es imprescindible, entonces, que el juez cuente con el tiempo que se requiere y con predisposición absoluta a destinarlo a ese niño, sin las urgencias de atención de otros trámites.

-La escucha judicial es una opción: garantizar la observancia del derecho a ser oído no puede ser entendida como una obligación, pues se trata de una posibilidad para el niño. El magistrado deberá cuidar que la citación llegue a su destinatario y que no se vea obstaculizada por alguno de sus representantes, en cuyo caso apelará a estrategias alternativas como la comunicación por un asistente social o como último recurso la citación compulsiva; luego, si el niño asiste, le comunicará que es su opción opinar sobre el asunto una vez que lo informe del mismo y sus posibilidades; también que podrá o no expresar su deseo acerca del conflicto de que se trata. Si debió recurrirse a citaciones compulsivas, deberá generar un clima de confianza donde el niño sienta que su palabra no lo perjudicará o no será lo único que decida la cuestión, evitando siempre que sienta la pesada carga de tener que decidir, pues en rigor, esa es la función del juez.

c.-La participación activa en el proceso

El CCyC reconoce las personas menores de edad la progresividad del ejercicio de derechos hasta la completa autonomía personal (arts. 22, 24, inc. b, 26) sin por eso promover el desentendimiento de la función parental que incumbe a los progenitores o responsables. De lo que se trata es de equilibrar los derechos que titularizan las dos partes del binomio, en procura del logro de la autonomía responsable de la persona en crecimiento. Eso

no quita que, en determinados supuestos, se reconozca al niño o al adolescente la posibilidad de ejercer por sí mismo y con su propio patrocinio determinados derechos.

En definitiva, no se fija una edad determinada para que se ejerza el derecho a ser oído como sinónimo de escucha personal (art. 26, tercer párrafo, 707 que bajo el título participación contempla el derecho a ser oído y a que se considere su opinión), 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—

Podemos detenernos en el tema de la adopción, donde se advierte con claridad que la escucha del niño como derecho fundamental se traduce en que se parte de un primer estadio donde el niño o niña debe ser escuchado con independencia de su edad cuando deba tomarse una decisión que lo involucre, para volcarse a un plano más intenso, como lo es que deberá expresar el consentimiento de su propia adopción, y sin él ese vínculo adoptivo sería inexistente o nulo.

d.-La creatividad judicial

Relacionado con los lineamientos anteriores, aparece como parte del compromiso del juez y el modelo adecuado que la sociedad reclama en relación a sus jueces la aprehensión de la función como un acto de servicio público. Pero además, y desde el punto de vista normativo, le cabe hacer efectivo el "*deber de garantía*" que emana del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 1.1. de la CADH) y su inserción en la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4° de la CDN, que señala 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*".

En ese contexto son varias las opciones que pueden aparecer para procurar la escucha al niño, entre las que no puede descartarse que sea el juez quien se traslade al lugar donde el niño se encuentra (su domicilio o lugar de alojamiento) o a otros espacios neutrales que le generen confianza (la escuela, el hogar de un familiar o referente afectivo de su confianza), o que se admita que sea oído en compañía de alguna persona de su confianza sea o no pariente.

Hace varios años, en ocasión de una inserción adoptiva de una niña respecto de quien se habían agotado las medidas de protección tendientes a su permanencia en la familia de origen, que además durante su alojamiento institucional fue víctima de un ataque sexual por parte de un preceptor de la institución, la decisión del matrimonio de iniciar el proceso adoptivo se demoró por la incerteza que tenían los tres involucrados en el vínculo generado. De ese modo, la guarda se extendió por más de un año y fueron muchas las entrevistas con la niña a pedido de los adultos, incluyendo el Ministerio Público, comentando sus guardadores que ella se ponía especialmente mal cuando debía viajar a la ciudad donde el tribunal tiene su sede. Como juez, cavilé sobre ese asunto e intuí que podía tener relación con sus vivencias de abandono y abuso, por lo que decidí constituirme en el domicilio de la niña. Me recibieron los padres y la propia niña –de diez años en ese momento– luego de un tiempo breve me tomó de la mano y me llevó a otra parte del jardín.

En ese “*espacio*”, las dos sentadas en el césped al amparo de un árbol, luego de reflexionar juntas sobre las vivencias anteriores y cómo le había costado adaptarse a su nueva familia a quien quería y solía poner a prueba, manifestando su preocupación por sus hermanos a los que recordaba, especialmente alertada por una hermana menor y por la que temía, sintiéndose respetada, escuchada, comprendida, y por qué no aliviada dijo: “*Abora sí quiero que me adopten*”.

Esa niña fue escuchada y opinó sobre los asuntos que le competían, pero además sin saberlo ni pretenderlo prestó un espontáneo consentimiento para su adopción. Se adelantó en el

tiempo del derecho e hizo efectiva la regla alojada en el art. 595 inc. f del CCyC. Y me enseñó para siempre que la vida no cabe en una norma jurídica.

Referencias Bibliográficas

- (1) Juez a cargo del Juzgado de Familia N° 1 de la ciudad de Esquel, Chubut.
- (2) La aplicación e interpretación de las leyes para la resolución de casos concretos debe ser realizada de conformidad con las pautas que emanan de los arts. 1, 2 y 3 del CCyC, y por esa razón se hace especial referencia a las disposiciones de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y el “*corpus iuris de la niñez*”.
- (3) Arts. 3, 5, 12, que se refieren a la consideración del interés superior del niño, la evolución de sus facultades y el derecho a ser oído en todo asunto que lo afecte.
- (4) CIDH, “*El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*”. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54/13. 17/10/213. Niños, niñas y adolescentes. Derecho a ser oído. Metodologías de comunicación. Información y asesoramiento. Condiciones del ambiente. Párr. 247.
- (5) CRC/C/GC/12, Comité de los Derechos del Niño, 1° período de sesiones Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.
- (6) Arts. 5, 9, 12, 18 y ccs. CDN.
- (7) Es imprescindible atender a las particularidades de cada niño, en principio porque con esa actitud se respeta su subjetividad. Aun cuando resulte más dificultoso obtener el deseo o la opinión de niños más pequeños, menos motivados o con limitaciones intelectuales, las barreras aparecen más en los adultos y su incompetencia para promover el diálogo adecuado o mediante recursos didácticos, lúdicos, expresiones físicas, etc. para poder captar que demuestran su comprensión, formulan elecciones o establecen preferencias.
- (8) La O.G.N°12, en el análisis jurídico del párrafo 1 del art. 12 CDN, ap. a) sienta la premisa de que no debe partirse de la idea que el niño

es incapaz de expresar sus opiniones, siendo la garantía justamente al revés: “(...) *los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones.*”, por lo cual corresponde al juez –en ocasiones puede que requiriendo colaboración de profesionales según las circunstancias– la evaluación de la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida de lo posible.

(9) El Comité en la O.G.Nº 12 se refiere al tema en el párr. 35 recomendando la escucha directa, la evaluación de la existencia de intereses contrapuestos con los representantes, y la eventual admisión de ellos bajo ciertos recaudos.

Adolescencia: cuando los derechos y la salud se desencuentran

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://bit.ly/3vI6REL>

Publicado en: **Diario** DPI cuántico (Derecho para Innovar)

Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos

Año 2 N° 18, 13/09/2016

[Consultado el: 02/09/2021]

La resolución que analizaremos muestra la dificultad muchas veces presente en el ámbito sanitario a la hora de la aplicación del art. 26 del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) en tanto la norma establece distintos supuestos vinculados con el ejercicio de derechos personalísimos de las personas menores de edad en lo que hace a su derecho a la salud, a la par que regula una mayoría de edad anticipada para la toma de decisión relativa a actos de cuidado sobre el propio cuerpo. Aun conociendo los riesgos que importan los conceptos indeterminados como los contenidos en esa norma, el análisis del caso evidencia más que una inconsistencia normativa(2), la inobservancia de garantías personales del principal sujeto involucrado: una persona de 16 años de edad. Ante circunstancias fácticas complejas, operadores poco entrenados en cuestiones bioéticas, organismos administrativos burocráticos u otras de ese singular tenor, la actuación del Poder Judicial se ve constreñida a desentrañar contextos dilemáticos en función de una interpretación obligadamente armónica de la legislación vigente (arts. 2 y 3 del CCyC).

En ese contexto, es dable recordar que el principio de autonomía progresiva campea en el articulado que regula las relaciones de derecho privado y en particular en el de familia, y en lo tocante al ejercicio de la responsabilidad parental es normativizado al

amparo del fenómeno sociológico y jurídico conocido como democratización de las relaciones familiares, dando lugar a un punto de tensión constante por el entrecruzamiento entre autonomía, protección e intervención(3) con edades fijas en algunos casos (por ejemplo la definición de adolescente del art. 25) o con determinación de la gradación de la autodeterminación por parte de los operadores (como cada vez que el CCyC exige la valoración de la edad y madurez para habilitarla al ejercicio autónomo del acto de que se trata).

Sin perjuicio de varias normas que se refieren a la autonomía progresiva(4) y a la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos con voz y opinión(5), el ejercicio gradual de la libertad individual de la persona menor de edad se plasma visiblemente en la norma alojada en el art. 639 inc. b del CCyC(6), en especial cuando señala que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos, considerando el interés superior del niño, su derecho a ser oído y el análisis de su opinión según su edad y grado de madurez.

1.-Cuestiones fácticas relevantes para la solución del caso

La dolencia de la adolescente fue descripta como posible causadora de muerte y se informó que el único tratamiento curativo posible era el trasplante de médula, que se gestionó con intervención de los servicios de protección de niñez y con la cobertura del PAMI, no se avanzó en la práctica estancado por la resistencia a conferir la autorización por parte de la madre de la joven.

La sentencia anota la indagación realizada acerca de las otras posibilidades de tratamiento(7), y da cuenta de la razón por la cual la única posibilidad de curación para el caso de la joven era la indicada, describiendo el proceso curativo y las maniobras necesarias, que por sus características son indiscutiblemente invasivas. Igualmente abona sobre la existencia de dos hermanos histocompatibles con la joven paciente.

El centro de la cuestión jurídica parecería que reposa, por un lado, en que la progenitora por su fe religiosa (Testigo de Jehová)(8) expresó no estar de acuerdo en la realización de ese tipo de tratamiento en tanto implica transfusión de sangre; por otro, en la competencia de la joven para brindar un consentimiento informado válido en forma autónoma a su representante legal. La sentenciante señala que la negativa materna que motivó la demora en la implementación del plan sanitario adecuado para la joven se sortearía, en principio, con la consideración de la edad de la adolescente (16 años) y la presunción de su autonomía para consentir el tratamiento que emana del art. 26 CCyC; sin embargo, considera que las particularidades de condición actual de la joven impiden la aplicación directa de esa porción de la norma.

2.- La problemática del consentimiento de las personas menores de edad para los actos médicos

¿Cuál es el fundamento de la regulación del ejercicio de la capacidad de las personas menores de edad? La respuesta más sencilla será: el resguardo de sus derechos personales o patrimoniales a fin de que no sean vulnerados por terceros, incluidos sus progenitores u otros parientes, o el propio Estado, considerando que la vulnerabilidad fáctica de la niñez que se va superando a partir del crecimiento, pero importa la obligación de protección especial de esa instancia de la vida(9).

Resulta necesario distinguir el concepto de capacidad –que respecto de las personas menores de edad se relaciona más con los derechos patrimoniales– del de competencia, noción que se despliega en relación al ejercicio de los derechos personalísimos.

A partir de allí, el art. 26 que principia sosteniendo que “*La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales...*” debe leerse interpretando los alcances de esta representatividad en función de la edad cronológica y la madurez de la persona menor de edad, individual o conjuntamente consideradas; ello pues

seguidamente bajo la fórmula “*No obstante*” señala que la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico...”, y así la fuerza de esa primera afirmación se ve retraída. Además, esta directiva funciona en conjunto con otras normas como los arts. 22, 23 y 24 del CCyC, pues en modo alguno está aislada del conjunto al que pertenece.

Afirmamos entonces que el principio general es la capacidad de la persona humana, y su fundamento no es otro que la dignidad ínsita en el concepto de persona, relacionada de modo inseparable con la autonomía de la voluntad, entendida como poder hacer, protagonizar, decidir actos o proyectos(10). La autonomía engloba un conjunto de principios basados en derechos subjetivos morales que presuponen dos propiedades relevantes: la voluntariedad y la competencia. La primera supone intencionalidad, conocimiento, ausencia de control externo e interno, autenticidad; la segunda, implica participar en las decisiones, y en su caso, la existencia de un medio para proteger al incompetente de los efectos nocivos de una mala decisión(11).

Tratándose de individuos menores de edad los derechos se ejercen paulatinamente, lo que implica que se parte de un estado de absoluta representatividad que va cediendo en pos del mayor autovalimiento para el ejercicio de los derechos personalísimos, donde la sustitución inicial da lugar al apoyo en la toma de la decisión si la persona cuenta con edad y grado de madurez proporcionada al acto de que se trate(12).

En tal contexto, además, en los párrafos 4º, 5º y 6º del art. 26 CCyC, se establecen una serie de presunciones legales respecto a actos médicos, tomando como pauta de análisis el carácter de invasivo o no del tratamiento, calidad que se define centralmente en función del compromiso del estado de salud o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad física. Si bien estas nociones gozan de amplitud conceptual, la indeterminación dista de constituirse en un disvalor para resultar favorable al momento de ponderar los derechos

en juego, pues estos términos legales se adaptan al dinamismo con que se producen las modificaciones en el campo médico en general y bioético en especial(13), a la par que tienden a evitar la judicialización de cuestiones sanitarias, favoreciendo en economía temporal y en restitución del derecho a la salud del afectado(14).

La norma contempla recaudos suficientes para propender a la protección del adolescente, ya que: a. el tratamiento no debe ser invasivo y tal carácter es en general comprensivo de la mayoría de los abordajes médicos que de una forma u otra inciden en la integridad del paciente, analizado en conjunción con las restantes pautas que brinda la regla (compromiso a la salud o riesgo a la vida o la integridad); b. no debe comprometer negativamente su estado de salud, cuestión que no puede ser valorada por fuera de la consideración de su interés superior y si importa o no un acto de cuidado del propio cuerpo y c. no debe provocar un riesgo ni en su vida ni en su integridad física, parámetros que tratándose de una persona menor de edad se refuerzan en cuanto al cuidado en la formulación de la ecuación costo/beneficio o, en términos bioéticos, ponderación de la beneficencia/maledicencia. En tal contexto, la edad es sólo un parámetro que, además, puede ser desvirtuado con prueba que acredite la falta de competencia suficiente para brindar el consentimiento respecto del acto médico conforme las distintas pautas culturales, sociales, familiares, económicas, etc. que influyen constituyendo la madurez de cada individuo en la especial etapa de la adolescencia.

Los actos invasivos son aquellos que, además de impactar de modo notorio en el cuerpo de la persona, cuentan con entidad para colocar en peligro la salud comprometiéndola de algún modo, o colocando en riesgo la vida del individuo, sea de manera directa o por las consecuencias –aún no deseadas– de su implementación. A la luz de este criterio de invasividad, los supuestos contemplados en el 5º párrafo del art. 26 requieren el consentimiento del adolescente, pero integrado al de sus progenitores. La norma aclara que “el conflicto

entre ambos” se resuelve teniendo en cuenta su interés superior sobre la base de la opinión médica relativa a la realización o no del acto.

Finalmente, el artículo establece la mayoría de edad anticipada a partir de los 16 años para los actos tendientes al cuidado del propio cuerpo, pues el legislador adoptó aquí una presunción de competencia suficiente en función del beneficio de la persona menor de edad.

3.-El consentimiento y el asentimiento de los progenitores de las personas menores de edad

Respecto de las personas menores de edad, no es posible sostener que la competencia se alcanza en un momento determinado, pues en rigor, la aptitud para tomar decisiones resulta de un proceso durante el cual la persona va evolucionando y adquiriendo madurez, y siempre está condicionada por la subjetividad y el entorno del individuo. En el campo médico se analiza si puede o no comprender acabadamente la información que se le transmite, el alcance o profundidad de esa comprensión, la posibilidad de razonar y comunicar acerca de las alternativas que se le presentan, los fundamentos del juicio que emite y su razonabilidad. El sistema funciona, entonces, integrado con el asentimiento de los representantes legales, en lo que se denomina consentimiento participado, al menos hasta la edad legal donde se habilita plenamente al individuo para expresar su consentimiento respecto del acto de que se trate.

El CCyC regula en el art. 59 el consentimiento informado para actos médicos(15), y a la par que pondera su carácter personalísimo, contempla la posibilidad excepcional de su expresión sustituida por las personas habilitadas bajo determinadas condiciones(16). De la conjunción del art. 26 último párrafo y el 59, toda persona mayor de 16 años cuenta con capacidad jurídica para prestar su consentimiento informado respecto de los actos médicos vinculados con el cuidado de su propio cuerpo, y no será necesario requerir ninguna representación ni apoyo para la decisión.

La sentencia valora la manifestación de voluntad de la progenitora, la subsume en la categoría jurídica de consentimiento tácito –pero insuficiente– y no reconoce competencia suficiente a la joven que, por disposición legal, gozaba de la mayoría anticipada para prestar consentimiento informado en relación a la práctica médica. El fallo traduce un encuadre deficiente de la cuestión desde el ámbito sanitario, cuyos operadores centraron el abordaje del consentimiento a través de la progenitora, incumpliendo con su deber de informar a la paciente de forma adecuada a sus necesidades estructurales(17), sin asociarla al proceso de toma de la decisión que debe construirse en conjunto y como consentimiento participado cuando se trate de personas de menores de 16 años, o considerarse igual que el de los adultos cuando superen dicha edad y se trate de actos médicos necesarios o tendientes al cuidado de la salud.

La dificultad del caso reposaba, a mi juicio en la carencia de información y de proveimiento de condiciones adecuadas de accesibilidad. El limitado manejo de la lengua de señas y la complejidad de la dolencia, en tanto limitantes, fueron saneados por la juez del trámite haciendo asequible la cuestión para que pueda brindar su opinión sobre el asunto que le concernía tan puntualmente(18).

Referencias Bibliográficas

- (1) Jueza a cargo del Juzgado de Familia N° 1 de la ciudad de Esquel, Chubut.
- (2) Creemos que la dinámica de las situaciones vitales fundamentales como la vida, la salud, la dignidad, la libertad, etc. no puede ser encorsetada en tantas reglas específicas como situaciones posibles, siendo preferible normas jurídicas de textura elástica que puedan subsumir una mayor variedad de situaciones y que eventualmente se integren con los principios generales o especiales aplicables, para recomponer el equilibrio perdido y que reclama la intervención

jurisdiccional, a la par que reduzcan intervenciones de esa índole cuando ellas sean innecesarias.

(3) Famá, María Victoria “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial.” LL, 20/10/2015, 1. Cita online: AR/DOC/3698/2015.

(4) CDN, arts. 5, 12, 18, CADH, art. 19, Ley 26.061, art. 3.

(5) CCyC, arts. 26, 707, CDN, art. 12, Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño sobre El derecho del niño a ser escuchado, 2009

(6) ARTICULO 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

(7) Ver la pormenorizada indagación de FERNANDEZ, Silvia en “Ejercicio de los derechos personalísimos por las personas menores de edad: claves para interpretar el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación”, RDPyC, 2016-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016.

(8) Para ampliar, ver MULLER, Enrique, “Los Testigos de Jehová frente a los tratamientos médicos. El respeto a la personalidad, dignidad e intimidad. La confidencialidad”, RDPyC, Derechos del Paciente, 2010-3, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011

(9) Ver, para ampliar, HERRERA, Marisa, “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el Derecho argentino”, revista Justicia y Derechos del Niño, Unicef, Santiago de Chile, 2009, N° 11

(10) LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, “El derecho de familia desde la Constitución Nacional”, ed. Universidad, Bs. As., 2009, cáp. V.

(11) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Dignidad y autonomía progresiva de los niños”, RDPyC, Derechos del Paciente, 2010-3, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011

(12) Fernández, Silvia, comentario al art. 26 en Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo; Picasso, Sebastián. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Título Preliminar y Libro Primero, Infojus, 2015, p.67 y ss.

(13) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora; Fernández Silvia. *“El principio de autonomía progresiva en el nuevo Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación.”* INFOJUS, 18 de agosto de 2015. Id Infojus: NV12411

(14) XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 01, pto. 12, Bahía Blanca, 2015, se concluyó: *“En los casos del Art 26 CCC deben extremarse las medidas tendientes a evitar la judicialización del conflicto entre los adolescentes y sus progenitores.”*

(15) *“El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a. su estado de salud; b. el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c. los beneficios esperados del procedimiento; d. los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e. la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f. las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g. en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h. el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.”*

(16) *“(…) Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida*

o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.”

(17) Conf. ley 26.529 y dec. 1089/12

(18) Se destaca que en el proceso se efectivizó el ejercicio del derecho a ser oído y las condiciones de la escucha, en los términos sugeridos por la OG N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, especialmente cuando indica garantizar el acceso de los niños al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padres, independientemente de la edad del niño. La principal involucrada expresó su opinión acerca de su estado de salud, su necesidad de mejorar, y aceptó recibir sangre de otra persona para obtener el bienestar, demostrando que la religión bajo la que estaba siendo criada no tenía en ella la misma ascendencia que respecto de su madre. Del mismo modo, y también en función de lo expresado por la adolescente, la confianza que ella depositó como paciente en los médicos del servicio de pediatría, y como parte de la relación médico-paciente, la sentencia valoró especialmente su opinión sobre ese asunto.

El amor, la ilusión y el desamor o la inmediatez y el poder en sala de audiencias

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 2016-II, 56

Cita Online: LALEY AR/DOC/4180/2016

[Consultado el: 04/06/2021]

Sumario: I. Marco fáctico y jurídico.- II. Algunos señalamientos acerca del tiempo, los procesos y las familias "intervenidas": desde dónde, hacia dónde y con qué.- III. El análisis de los hechos y la aplicación del derecho, ¿cuál es el límite del juez? -IV. La citación del adolescente y el ejercicio de su derecho a ser oído.- V. Interés superior del niño como motivación ¿de la sentencia?

"En cada punto del cuerpo social, entre un hombre y una mujer, en una familia, entre un maestro y su alumno, entre el que sabe y el que no sabe, pasan relaciones de poder que no son la proyección pura y simple del gran poder del soberano sobre los individuos; son más bien el suelo movedizo y concreto sobre el que ese poder se incardina, las condiciones de posibilidad de su funcionamiento".

Michael Foucault

I. Marco fáctico y jurídico

La sentencia que nos ocupa fue dictada el 27 de mayo de 2015, es decir, a dos meses y pocos días de que entrara en vigencia en nuestro país el Código Civil y Comercial de la Nación (CCiv.yCom.), cuestión que no será desatendida en este comentario en virtud de que la decisión apela sistemáticamente a principios del derecho de familia incorporados expresamente en el texto sancionado por la ley 26994,

que comenzó a regir el 1 de agosto de 2015, conforme se dispuso por ley 27079.

En el fallo, la sala B de la Cámara de Apelaciones se expide no sólo respecto del recurso interpuesto por ambas partes contra la resolución recaída en junio de 2013 que determinó —vía incidente de aumento— la cuantía de la cuota alimentaria para los hijos de los ex cónyuges, sino que va más allá del tema concreto y, bajo la figura procesal de medida cautelar, impone al grupo familiar la inclusión en un espacio terapéutico con deberes y obligaciones concretas, fijando elevadas multas a los progenitores ante los posibles incumplimientos del mandato jurisdiccional, aunque en sumas diferenciadas en su alcance para cada uno.

La apoyatura argumental del resolutorio es de orden constitucional, y se focaliza principalmente en el interés superior del niño y el derecho a la co-parentalidad (1), pero su detenida lectura nos provoca más interrogantes que certezas justamente en punto a los derechos involucrados y a la consideración de los sujetos titulares de esos derechos: un joven de 15 años (2), una joven de 23 años (3) y los progenitores de ambos.

La resolución judicial fue impugnada vía recurso extraordinario por la parte actora, es decir, la progenitora, el día 15 de junio de 2015, sin que surja del material al que se tuvo acceso si el progenitor, el adolescente o el Ministerio Público se alzaron también contra lo resuelto.

II. Algunos señalamientos acerca del tiempo, los procesos y las familias "intervenidas": desde dónde, hacia dónde y con qué

Los sistemas de litigación como modo de resolución de los conflictos individuales a partir del ejercicio de la jurisdicción monopolizado por el Estado se rigieron en general por un entramado de reglas que sólo permitía asignar culpas y castigos, en función del

relato de los hechos que cada parte realizaba y las pruebas que aportaba para acreditarlos.

Es sabido que ninguna relación humana queda en mejores condiciones luego de la intervención judicial si se declara, sin más, que una de las partes involucradas triunfó y la otra resultó perdedora. Mucho más graves son las consecuencias ante familias con conflictos derivados de relaciones más personales, como las que emergen a partir de la conformación de las parejas o la reproducción humana. Esta realidad ha llevado a algún autor a sostener que las cuestiones de familia trasuntan conflictos típicos que se ensalzan como necesitados y merecedores (4), y en ellos se involucran derechos de envergadura social, comprometiendo el interés social y por ello son cubiertos por el manto del orden público, con el consiguiente deber de tutela preferente y diferente (5).

A esta sucinta descripción podemos sumar la circunstancia de que en los conflictos familiares más que la subsunción de los hechos en las normas, se requiere de una tarea de ponderación y balance de los derechos en juego (6) y el aún vigente problema de la mora judicial, que en el mejor de los casos podría llegar a resolver mediante una sentencia cuestiones que la propia dinámica de la vida del ser humano requería de otra temporalidad, tornándose inocua por no ajustada a la actualidad del fallo (7).

Diversos fueron entonces los motivos que pusieron en tela de juicio la eficacia de esos sistemas cuando el conflicto que debía dirimirse tenía su origen en las relaciones interfamiliares. Se planteó entonces el imperativo de revisión de la modalidad de intervención de estos litigios, que mostraban un desborde de las barreras jurídicas al involucrar sentimientos de todo tipo que no podían ser fácilmente redireccionados en el ámbito tribunalicio. De las investigaciones realizadas surgió la necesidad de corregir el rol que desempeñaban los distintos operadores a partir de que las familias ingresaban al sistema judicial, la exigencia de pacificar este tipo de contiendas en función de evitar daños a los miembros más vulnerables, la insuficiencia del

abordaje reducido a lo jurídico y la imperiosa necesidad de un mayor acceso a justicia, con un incremento del activismo de la judicatura y el logro de resultados concretos, y no meras declamaciones teóricas de tardío o imposible cumplimiento, pues todo ello se engloba en la garantía de la tutela judicial efectiva.

La modalidad que se instaura entonces es la llamada justicia de acompañamiento (8), especializada, caracterizada por una menor rigidez en las exigencias formales, un mayor protagonismo del juez del proceso en sus funciones de director y aun de propulsor de los cambios que se estimen necesarios a partir de un trabajo interdisciplinario con otros saberes vinculados, con la finalidad de encauzar la problemática trasuntada en conflicto jurídico, si no para disolverla, al menos para paliar las consecuencias de un conflicto humano exasperado que puede poner al sistema judicial a funcionar también exaltadamente y, peor aún, a no cumplir con su cometido constitucional de afianzar la justicia.

Esta nueva forma de operar sobre los conflictos familiares, sin embargo, en modo alguno puede desplazar el contradictorio ni principios procesales como el de congruencia, derivado de la directriz constitucional de legalidad. A la par que deberá procurarse que toda disposición jurisdiccional sea dictada en tiempo útil mediante la simplificación de los trámites, la reducción de los tiempos que insume el reconocimiento de los derechos, la prevalencia de la verdad objetiva por sobre la formal que puede mostrar un trámite, cuidando de no afectar el soberano derecho de defensa de las partes.

En definitiva, la sociedad reclamaba un mayor compromiso de la jurisdicción en los conflictos a partir de la implicancia en el resultado de protección de los miembros más vulnerables, con un incremento del protagonismo visualizado a partir de recurrir a las facultades ordenatorias, instructorias, dictado de medidas de naturaleza cautelar en protección de las personas más vulnerables (9) y la nueva legislación logra acercarse a esa llamada amplificando el impulso de oficio (10), la intermediación (11) y las herramientas legales

para que la judicatura realice el valor justicia a partir de efectivizar las decisiones que se adopten (12).

Sin embargo, si analizamos la ingeniería del CCiv.yCom. — que en materia procesal se involucra aún más profundamente que la legislación predecesora (13)—, advertimos que está presente en todo momento el paradigma constitucional-convencional, que implica mantener el delicado equilibrio entre la regulación de una mayor intervención estatal en el conflicto familiar y la injerencia indebida. Recordemos que esta última puede producirse cuando el juez sobrepasa los límites de su función, resiente la imparcialidad, abusa de la discrecionalidad o da la espalda a la razonabilidad, soslayando que su actuación *siempre* estará enmarcada en los hechos del caso y el objeto del proceso.

En esa línea, compartimos lo sostenido por el maestro Berizonce en cuanto a que *"...acumuladas las atribuciones instructorias oficiosas con los poderes de decisión que el juez asume en la sentencia, resultaría proclive a generarse menoscabo de la garantía de la defensa. La intervención activa del juez en el doble plano de la iniciativa instructoria y del juzgamiento de la pretensión sustancial podría derivar, abstractamente considerada, en situaciones de desequilibrio en perjuicio de una de las partes, en pérdida de la imparcialidad"*(14). Aun cuando, pese a esa salvedad, asegura que la incisividad de la iniciativa judicial depende de la categoría de derechos en juego, en posición que merece nuestra adhesión, sostiene que la garantía del contradictorio no puede ser obviada para arribar a una solución jurídica respetuosa de los derechos en juego.

En ese contexto, las mayores atribuciones reconocidas ahora en la letra de la legislación sustantiva, y como piso mínimo a respetar por los ordenamientos procesales locales (15), nunca podrán resultar válidas si no se resguarda el acceso a la justicia de las partes, cuya principal manifestación está configurada por la pretensión procesal, pudiendo materializarse en distintos momentos del proceso judicial que transita el grupo familiar involucrado. Esto supone: a) considerar que las relaciones humanas y su reflejo, las relaciones jurídicas, no son

estáticas; b) que los intereses de las familias en conflicto son mutables; c) que los tiempos que insumen los trámites judiciales en general son desfasados respecto de la realidad familiar; d) que debe siempre respetarse el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta de los niños y adolescentes, en igualdad de condiciones que se analiza, estima y resuelve respecto de los adultos; e) que para apartarse de la manifestación competente del deseo de un joven respecto de los derechos que titulariza se requieren razones explícitas distintas a la mera opinión de los adultos, incluidos el juez y los integrantes de los equipos técnicos auxiliares.

La sentencia en comentario, como veremos, parecería respetar los paradigmas constitucionales-convencionales si tomamos en cuenta que su principal fundamento jurídico para adentrarse en la consideración y resolución de la restitución del ejercicio de la responsabilidad del progenitor reposa en: a) el interés superior del niño y b) el recíproco derecho al disfrute de ambos progenitores, siendo que lo sometido a decisión como tribunal de revisión fue el alcance de la cuota alimentaria fijada.

Sin embargo, de su detenida lectura pueden advertirse algunos matices o inconsistencias que intentaremos desnudar en este comentario, con la modesta intención de contribuir a que cada vez más la magistratura llene la obligación contenida en el art. 3 del CCiv.yCom.

III. El análisis de los hechos y la aplicación del derecho, ¿cuál es el límite del juez?

Se extrae tanto de la sentencia en comentario como de las que la precedieron que el primer requerimiento de aumento de la cuota alimentaria de la progenitora en representación de los hijos se instaura en el año 2008, teniendo como antecedente lo convenido en el divorcio vincular de la pareja parental (16). Que además de los incidentes por incremento de la pensión (17), la progenitora impulsó la privación de la responsabilidad parental (en abril de 2011, época del

fallo aún denominada patria potestad) y denunció penalmente al progenitor por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, prosperando en ambos casos la pretensión y la configuración de las circunstancias fácticas del delito, respectivamente.

Otro dato que nos resulta relevante es que el progenitor fue contumaz en el juicio donde se pretendía el desplazamiento del ejercicio del rol que le competía, y luego de dictada la sentencia no la apeló ni requirió la rehabilitación de las funciones parentales, pese a que en el mismo cuerpo del fallo de primera instancia se sostuvo que la sanción prevista en aquel entonces en el art. 307 del CCiv. no era irrevisable y podía ser dejada sin efecto.

No obstante, emerge del texto de la sentencia en comentario que el adolescente tendría algún contacto con su progenitor hasta mediados de 2014, sin precisarse la extensión de la vinculación ni las razones por las cuales esa comunicación habría cesado.

En el proceso alimentario instaurado, el progenitor se opuso al incremento y además planteó excepción de falta de legitimación, la que se subsanó con la ratificación de la hija, ya mayor de edad, admitiéndose la pretensión y el consiguiente reajuste de la cuota alimentaria. Ante ese resultado, el alimentante apela la sentencia.

La Cámara, en cumplimiento del principio de inmediación respecto de las partes, se entrevista con los ex cónyuges y con la hija mayor de edad. Señala la sentencia que el adolescente no asistió a la convocatoria, afirmando los jueces que ello fue consecuencia de la negativa de la progenitora que detenta el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental.

Llama la atención que el razonamiento sentencial no se inicia con el tratamiento del recurso interpuesto acerca de la cuota alimentaria fijada judicialmente, sino advirtiendo los magistrados que habían detectado una grave conflictiva familiar subyacente, lo que

verifican especialmente con la falta de contacto del padre con sus hijos (18).

Seguidamente invocan y desarrollan el argumento que sirve de sostén al fallo: la naturaleza supralegal del interés superior del niño, para lo cual argumentan que (el joven de quince años) *"no ha completado todavía la constitución de su aparato psíquico"*(19) y la tutela de su interés moral y material debe ser prioritaria.

En ese contexto, proceden a disponer, bajo la figura jurídica de medida cautelar, una terapia vincular direccionada muy estrictamente por el tribunal. Con esta estrategia entiendo que se soslayó una de las mejores formas de trasponer el conflicto y dirigirlo hacia un ámbito de mayor tolerancia: el consenso y hallazgo de un camino de solución a partir de la reflexión y la autocrítica, pues el reconocimiento de una necesidad invisibilizada es la semilla de una posible solución no sólo jurídica, sino también terapéutica (20).

A toda persona, y ello incluye a los niños y adolescentes, le asiste el derecho a la intimidad personal —o derecho a la privacidad o a ser dejado a solas—, que es el que permite al individuo poder decidir sobre determinados ámbitos personales, teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros (21). Es necesario aclarar que en el caso de las personas menores de edad, la condición ínsita en el ejercicio de los derechos que titularizan es la del progresivo desarrollo de su despliegue bajo la doble pauta de edad y madurez, que, dadas las particularidades de cada individuo, serán diferentes conforme el entorno de crianza del niño, niña o adolescente.

Ese derecho a la intimidad personal y a impedir la injerencia estatal sobre la vida privada y familiar es oponible por los progenitores del niño y aun por él mismo (arts. 12, CDN; 3 y 27, ley 26061; arts. 26, 710 y concs., CCiv.yCom.), debiendo siempre ponderarse entre los distintos intereses y priorizarse los derechos de la persona menor de edad por sobre aquellos que esgriman o detenten los adultos (art. 3, CDN).

En relación con la ponderación de los derechos en juego y la búsqueda del acuerdo más que la imposición de determinadas conductas, la CIDH en "*Derecho del niño y la niña a la familia. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*", párr. 205, p. 89, puso de resalto que los procesos relativos a la niñez se distinguen de otros por su concepción y orientación eminentemente destinada a la identificación de los arreglos que mejor se adapten al interés superior del niño, en lugar de concebirllos como típicamente contradictorios entre las partes. A ello debe sumarse el "*deber de diligencia especial*" que la propia CorteIDH puso en cabeza de la judicatura a partir del caso "*Furlán y familiares v. Argentina*"(22).

En líneas generales, la sentencia en comentario se hace eco de esos estándares, aunque creemos que se extralimita en las funciones jurisdiccionales, no ya como tribunal de alzada al desbordar el alcance del recurso interpuesto, sino al silenciar el deseo explicitado del joven de pensar la propuesta de vinculación. Y así avanza sobre la intimidad de todo el grupo familiar en cumplimiento de una pauta legal que, si bien es de orden constitucional y sería deseable que se ejecute —nos referimos a la coparentalidad—, ello lo será en la medida de lo posible y en tanto y en cuanto no perjudique otros derechos igualmente involucrados.

La estrategia de intervención que se diseña es enmarcada en un contexto de medida cautelar, con características de autosatisfactiva, pero no llega a advertirse la urgencia para que su dictado se disponga por el tribunal de alzada, cuando otras pudieron ser las medidas preventivas posibles.

Como se señalara, la disposición se adopta sin explicar cómo se procedió a analizar la manifestación del hijo, su opinión en función de su edad y grado de madurez, el mantenimiento de la situación existente (la conformación de una familia ensamblada en la que el joven estaba incorporado) y sin dotar al adolescente de la posibilidad de acceder a un letrado que lo represente, si es que el tribunal advirtió

la existencia de intereses contrapuestos entre los derechos del adolescente y la postura de la progenitora en el proceso.

En ninguna porción de la sentencia se consigna en qué consistió la intervención interdisciplinaria, que aparece modesta, vulnerándose, en mi opinión, la interdisciplina como principio liminar contenido actualmente en el art. 706, inc. b, del CCiv.yCom. y poniéndose en jaque la eficacia de la sentencia, al no lograrse una mínima adherencia del principal involucrado (el joven).

Si bien es cierto que los jueces contamos con amplios poderes como directores de los procesos en lo que hace al impulso y la investigación de la verdad, no lo es menos que ellos deben ser ejercidos sin arremeter contra el intangible derecho de defensa de todas las partes involucradas, respetando el acceso a la justicia de cada una de ellas y la posibilidad de defender su posición personal frente al conflicto con el aporte probatorio correspondiente.

Además, en una búsqueda permanente del consenso necesario para dar comienzo a la terapia de revinculación y de rehabilitación de funciones parentales, pareciera que el mejor camino es el de una postura dialógica donde se haga conocer a los progenitores cuáles son las transacciones exigibles —informadas por los profesionales de las disciplinas vinculadas— en función de los derechos afectados (23).

En la legislación instaurada a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se establece especialmente la facultad judicial de instar oficiosamente determinados procedimientos, como es el caso de la adopción (art. 616, CCiv.yCom.). Sin embargo, en referencia al ejercicio de la responsabilidad parental sólo se concede la posibilidad de disponer medidas de intervención interdisciplinaria (24) a partir del requerimiento concreto de alguna de las partes involucradas.

Si bien en el caso analizado el progenitor habría requerido a la Cámara la mentada revinculación, esto surgió en el contexto de la

apelación de una sentencia desfavorable en un proceso alimentario, y no como pretensión autónoma luego de varios años de ser suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental.

IV. La citación del adolescente y el ejercicio de su derecho a ser oído

Otra cuestión que nos resulta llamativa es que se extrae del relato de los sentenciantes que el joven sujeto de autos no concurrió al llamado de la Cámara "*reiteradamente*" (25), pero sin embargo mantuvo entrevista a los fines establecidos en los arts. 12 de la CDN y 24 y 27 de la ley 26061 con la defensora de menores y personal del equipo técnico del Ministerio Público.

En la entrevista, donde, a tenor de lo dicho en la sentencia, se produjo la escucha del adolescente, ante la posibilidad de retomar el contacto con su progenitor manifestó que "*lo pensaría*". Tratándose del principal interesado, la ocasión de manifestar su opinión resulta trascendente, y así fue receptado en la legislación que actualmente nos rige, donde se procura su participación activa (arts. 639, 653, entre otros), en resguardo de su derecho a la autodeterminación (26).

Luego, y ponderando tan trascendente acto en la vida de un adolescente que, en ejercicio del derecho constitucional a acceder a la justicia mediante la escucha y eventualmente mediante su propio abogado para que represente de forma autónoma sus intereses conforme lo dispuesto por el art. 27 de la ley 26061 (27), juzgan los jueces de la sala que "*Las impresiones recogidas en los aludidos comparendos así como la resistencia expresada por la madre —quien tiene el cuidado personal exclusivo del hijo— a contribuir a que F. se apersonara en la sede del tribunal han creado en esta sala la convicción de que este grupo familiar atraviesa una severa crisis que desborda lo que fuera puntual objeto de apelación en este expediente; la que, además, surge palmaria de la litigiosidad habida entre los progenitores*".

En rigor de verdad, de la lectura del fallo y sus antecedentes no podemos converger coincidentemente con estas aseveraciones, pues la litigiosidad que se menciona y se atribuye a ambos progenitores no parece tan evidente a poco que se advierta que la progenitora accionó judicialmente ante las omisiones paternas, que se reafirmaron en el sistema judicial con la condena civil y el resultado de la causa penal, y que el requerimiento de incremento de la pensión evidentemente transitó por esa vía ante la falta de espontaneidad del co-alimentante que no tenía a su cargo el cuidado de los hijos.

Si otras causas subyacían a partir de la separación de la pareja parental, ellas debieron ser evaluadas interdisciplinariamente y expresadas en la sentencia, pues lo contrario coloca a la argumentación en el límite mismo de la arbitrariedad.

Se refieren a la actitud procesal del accionado —rebeldía declarada y firme— y arriban a la inexplicable conclusión de que "*ello da cuenta de un problema familiar de serias dimensiones*", disponiendo medidas que ellos mismos catalogan de "*muy firmes*", orientadas a neutralizar "*en lo posible*" la disfunción que advierten. En ningún momento de la sentencia se explicita en qué consiste tal desarreglo para así permitir a los involucrados argumentar en contra o, tal vez mejor aún, reconocer, admitir, compartir lo que pudo ser un diagnóstico especializado que, bien regresado como información sanitaria para la familia, la conduzca a transitar hacia un cambio de actitud.

Si bien desde el punto de vista teórico podemos compartir los argumentos tenidos en cuenta, resulta más difícil de asimilar lo resuelto en relación a los hechos tenidos en cuenta y las pruebas recolectadas.

En primer lugar, no se indica en qué consistiría la desprotección en que incurrió la progenitora, y la lectura de la sentencia permite entrever cierta "*sanción*" encubierta a su respecto por la no comparecencia del joven ante el tribunal. Cuestión esta que, de

ser de ese modo, chocaría contra el concepto mismo que yace en la norma del art. 12 de la CDN, pues el derecho a ser oído admite la posibilidad de no asistir, o eventualmente no expresar opinión. La resistencia que se achaca a la progenitora no se condice con las constancias de autos, pues el joven concurrió ante una citación diferenciada que se le realizó desde otro organismo.

La postura inquisitiva del tribunal queda explicitada en el texto de la sentencia, pero la pregunta que surge es:

V. Interés superior del niño como motivación ¿de la sentencia?

El interés superior del niño nace como principio derivado de la Convención de los Derechos del Niño y se transforma en regla de derecho a partir de su incorporación en el art. 3 de la ley 26061, que describe varios de los elementos que lo integran (28), y es de obligada satisfacción tanto para los órganos judiciales como para toda institución estatal.

Se aplica "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"(29).

La sentencia reconoce que se encuentra operando sobre derechos indisponibles, aunque lo hace en la porción en la que analiza la interrupción del derecho a la comunicación con el progenitor (nótese que se refieren a la manifestación paterna sobre el asunto, que se realiza en una audiencia donde, además, se habría acreditado que la hija mayor presta tareas remuneradas), tratada en primer término pese a que el recurso de apelación versó sobre otro derecho también indisponible como lo es el alimentario.

Por otro lado, y siguiendo con minucia el razonamiento, vuelven los jueces a volcar una mirada paternalista hacia el joven, al prejuzgar acerca de "*la natural condición de dependencia en la que se hallan*", sin describir siquiera mínimamente el nivel de autonomía personal de este adolescente de quince años. Como lo sostuvo la CorteIDH en la OC 17/2002, la capacidad de las personas tiene grados, y no es la misma la de un niño de 3 años, que la de un adolescente, análisis que no aparece solventado con suficiencia en el fallo en comentario. Es sabido que a medida que las personas crecen y adquieren mayor autonomía, menor es la intensidad de la intervención de terceros en orden a la toma de decisiones, lo que se recepta en la norma del art. 639 del CCiv.yCom. (30).

Luego, haciendo referencia a un supuesto estado de riesgo que no indican en qué consiste, ni mucho menos fundándose en dictamen de otras ciencias, aduciendo que con ello se propenderá a la sana construcción de la personalidad del adolescente, pero sin que exista una sola mención a alguna disfunción, finalizan disponiendo la realización de una terapia direccionada estrictamente, con imposición de multas. Refuerzan la argumentación aduciendo que el magistrado (aun de la instancia revisora) tiene aptitud plena para disponer medidas, incluso de oficio.

También señalan los sentenciantes que el reconocimiento de los deberes parentales tiene por objeto salvaguardar los sentimientos humanos más elevados, desinteresados y permanentes, cuales son los nacidos de la maternidad, paternidad, consanguinidad y parentesco.

Respecto de tal apreciación, nos permitimos disentir, advirtiendo un sesgo biologicista que soslaya que la crianza de los niños y niñas para ser eficaz y procurar el desarrollo armonioso de la personalidad individual no necesariamente deben ser desarrolladas por los progenitores. En muchas ocasiones quienes se reproducen biológicamente carecen de aptitud y actitud (por acción u omisión) para el cumplimiento de las tareas que conlleva la crianza, y son suficientemente cubiertas por el otro progenitor o por terceros no

vinculados por lazos genéticos. Ello sin perjuicio de reconocer la trascendencia que la familia de origen tiene en toda construcción de la identidad personal.

En otras palabras, el amor y el cuidado, sustento esperable en toda relación paterno-filial, no se garantiza con el mero hecho biológico de la procreación, sino con la cotidianeidad, la ocupación y la presencia constante, el acompañamiento en el desarrollo de la personalidad y el crecimiento. En el caso analizado, se focalizó la resolución en el interés que el adulto manifestó ante el tribunal de revisión en ocasión de tratar su incumplimiento alimentario, soslayando los derechos fundamentales del principal protagonista a ser oído, que su opinión sea tenida en cuenta y participar en el proceso como parte. Se elabora un dispositivo terapéutico estricto sin sustento interdisciplinario, cuyo resultado no está siquiera asegurado por los integrantes de la Cámara, en una suerte de ilusión de cambio que, desde el punto de vista jurídico, no supera el dogmatismo.

Referencias Bibliográficas

(1) Arts. 9.1 y 9.3, CDN; arts. 3 y 11, ley 26061; art. 376 bis, CCiv., conforme se citan en el fallo en comentario.

(2) Niño, conforme la nomenclatura que emana de la Convención de los Derechos del Niño —art. 1— y adolescente según lo dispuesto por el art. 25 del CCiv.yCom.

(3) Que había adquirido su mayoría de edad con anterioridad al dictado de la sentencia que motiva este comentario, hecho considerado para resolver acerca de los alimentos debidos por el progenitor.

(4) BERIZONCE, Roberto O., "*El juez acompañante en los procesos de familia*", Revista de Derecho Procesal 2015-2, Procesos de Familia, ps. 187 y ss.

(5) Conforme la noción que se extracta del considerando 13 del fallo "Halabi", dictado el 24/2/2009, la Corte Sup. entiende que el interés público remite a "un fuerte interés estatal en su protección, sea por su

trascendencia social o en virtud de las características de los sectores afectados".

(6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y Molina de Juan, Mariel, "Los principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial", Revista de Derecho Procesal 2015-2, Procesos de Familia, p. 40.

(7) Vale recordar que la CorteIDH condenó al Estado argentino por violación a la CADH en lo tocante a la extensión indebida del transcurso del tiempo en la resolución de los conflictos jurídicos en los casos "*Furlán y familiares v. Argentina*", del 31/8/2012; "*Kimel v. Argentina*", del 2/5/2008, y el resonado litigio de derecho familiar "*Fornerón e hija v. República Argentina*", del 24/4/2012.

(8) MORELLO, Augusto, "*Los procesos de familia cuando se apaga la centuria*", ED 178-1096,MJ-DOC-695-AR, MJD695.

(9) Ver, entre otros KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "*Algunos aspectos referidos a la eficacia del llamado proceso familiar*", en AA.VV., Derecho procesal. Temas actuales, Ediar, Buenos Aires, p. 79, y en la legislación actual, art. 721, CCiv.yCom. Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. "*Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Puede especialmente: a. determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble; b. si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges; c. ordenar la entrega de los objetos de uso personal; d. disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el título VII de este Libro; e. determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433*".

(10) Art. 709, CCiv.yCom.: "*Principio de oficiosidad: En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces*". Esta disposición se plasma en el título VIII, dedicado a los procesos de familia, pero la oficiosidad se materializa dentro del Código en otras

disposiciones, como el art. 111, CCiv.yCom., que autoriza al magistrado a iniciar la tutela; el 130 del CCiv.yCom., que admite que ordene oficiosamente la rendición de cuentas, o el art. 136, CCiv.yCom., que regula la remoción del tutor; el art. 579, CCiv.yCom., que admite la facultad para ordenar la realización de las pruebas genéticas en los juicios de filiación, o el art. 616, CCiv.yCom., en que se determina que, de oficio o a pedido de parte, dé inicio al juicio de adopción

(11) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A., en Herrera, Caramelo y Picasso (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Buenos Aires, 2015, comentario art. 706, donde se señaló: "*Este principio supone, por un lado, el contacto directo y personal entre el juez y la persona que reclama sus derechos y, por otro, la oralidad. Su base constitucional/convenional está en lo que disponen los arts. 8, CADH, 9.2, CDN, y 1, 3 y 13 CDPD*". En la nueva legislación, el principio de intermediación se plasma en los arts. 26; 35; 113; 404; 438; 595, inc. f; 609, inc. b; 607; 626, inc. d; 627, inc. d; 632, inc. a; 639, inc. c; 642; 643; 678, CCiv.yCom., exigiendo la presencia personal de los involucrados ante el magistrado. La intermediación garantiza el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad sin discriminación de ningún tipo, enfatizándose en supuestos de niños, niñas y adolescentes y personas con capacidad restringida (art. 707, CCiv.yCom.).

(12) FERREYRA DE DE LA RÚA, BERTOLDI DE FOURCADE, DE LOS SANTOS, en Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras (dirs.), Tratado de derecho de familia, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 432 y ss.

(13) Para ampliar, ver de los SANTOS, Mabel, "*Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de familia (que responde al nuevo Código Civil y Comercial*", LL, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación-Familia, diciembre 2014; KIELMANOVICH, Jorge, "*El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*", RDF 66-613, AP/DOC/1078/2014; Ferreyra de de la Rúa, Bertoldi de Fourcade, de los Santos, en Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras (dirs.), Tratado...", cit., t. IV, ps. 425 y ss.

(14) BERIZONCE, Roberto, "*El juez acompañante...*", cit., p. 202.

(15) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel, "Los principios...", cit., ps. 37/39.

(16) En autos: "*D., M. D. y otros v. O. A., R. A. s/aumento de cuota alimentaria*", expte. nro. 47.165/2011, en junio de 2013 se dicta sentencia disponiendo el incremento de la pensión fijada a favor de los dos hijos de la pareja en el año 2009. Cabe aclarar que dicha cuota fue dispuesta judicialmente tomando como antecedente el convenio que sobre el punto realizaron ambos cónyuges al momento de su divorcio vincular y debió intimarse de cobro al alimentante, embargándose las sumas debidas.

(17) Conforme los antecedentes, dos serían los incidentes de aumento de cuota alimentaria interpuestos por la representante necesaria de los hijos de la pareja.

(18) Considerando II, con el que se comienza el desarrollo de los fundamentos del fallo.

(19) Considerando II, segundo párrafo.

(20) FARAONI, Fabián, con cita Guahnon, Silvia, en "*El cuidado personal unilateral y el derecho y deber de comunicación de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente*", en Fernández, Silvia (dir.), Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes, 1ª ed., 1ª reimp., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, ps. 771 y ss.

(21) SALTZER, Anderson, "*Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial*", disponible en www.infojus.gob.ar.

(22) Caso "*Furlán v. Argentina*", sent. 31/ 8/2012, conf. párr. 186.

(23) Ver el análisis del lenguaje analógico en los procesos de familia en Ballarín, Silvana, "*Estrategias de la eficacia de la sentencia en el proceso de familia*", en Fernández, Silvia E. (dir.), Tratado..., cit., t. III, p. 2553.

(24) "*Art. 642.— Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede*

exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación".

(25) En otra porción del cuerpo de la sentencia se mencionan dos audiencias fijadas a las que asistieron sólo los adultos y no se refieren a ninguna otra citación, por lo que creemos que ese fue el número de llamamientos para ser oído.

(26) Para ampliar, compulsar FARAONI, Fabián E., "La voluntad de las niñas, niños y adolescentes en la determinación del régimen de comunicación", RDF 50, julio 2011, ps. 175/194; Solari, Néstor, "La autodeterminación del niño en el régimen de visitas", JA 2006-III-560, AP 0003/012737.

(27) Corte Sup., "G., M. S. v. J. V., L.", sentencia del 26/10/2010, Fallos 333:2017 (elDial.com - AA6525); G.346 XLVII, sentencia del 5/6/2012, también sentencia del 27/11/2012 (elDial.com - AA7B35).

(28) Art. 3. Interés superior del niño: "*A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".*

(29) ONU, Comité de los Derechos del Niño, observación general 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.

(30) Un intenso análisis de este punto es realizado por HERRERA, Marisa, "*Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de los niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino*", www.derecho.uba.ar/herrera-ensayo; también MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa "*Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26061, en Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, Ed. del Puerto, Buenos Aires, ps. 43 y ss., y con importantes referencias, FARAONI, Fabián, "El cuidado..."*", cit., ps. 765/795.

Guarda de hecho y adopción

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://www.rubinzalonline.com.ar/>

Publicado en: Revista Derecho Privado y Comunitario 2016-1

Cita Online: RC D 1310/2017

[Consultado el: 20/08/2021]

Sumario:

1. A modo de introducción. 2. La guarda como herramienta del Derecho. 3. La guarda y la guarda de hecho en la adopción. Breve noticia de la doctrina y la legislación. 3.1. La antesala del desprendimiento: los derechos vulnerados. 3.2. Algunos precedentes anteriores a la entrada en vigencia del CCyC. 3.3. La guarda para adopción en el CCyC. 4. Contextualización jurídica y jurisprudencia según el Código Civil y Comercial. 5. El factor tiempo. 6. El interés superior del niño frente a las guardas de hecho. 7. La socioafectividad. 8. Conclusiones.

1. A modo de introducción

Resulta un verdadero desafío abordar uno de los temas más álgidos del Derecho de Familia, como lo es la posibilidad de admitir una filiación adoptiva precedida por una entrega directa, entendiendo por tal aquella que vincula a un niño o niña con quienes pretenden emplazarlos como hija/o sorteando el sistema legal vigente que la prohíbe de modo expreso.

La apreciación sobre las dificultades que se plantean frente a las entregas directas que dan lugar a guardas de hecho se sustenta no sólo en que así lo demuestran las crónicas de la jurisprudencia de todo

el país, incluidos los máximos tribunales provinciales y la Corte federal, sino también en las implicancias que tiene en la construcción de la subjetividad del individuo la legitimidad o la transgresión en aquel primer momento de su incorporación a una familia a través de la adopción.

Parece importante apuntar una aclaración: el sistema adoptivo de nuestro país sufrió diversas modificaciones y se reguló en base a diseños legales determinados y correspondientes a distintos momentos históricos [1], sin embargo y a pesar de que la ley parecía ser la herramienta, los actos que precedían al emplazamiento adoptivo no siempre eran legítimos. Muchas fueron las adopciones que prosperaron enmarcadas en un sistema legal, aunque sin sustento de legitimidad [2], como por ejemplo las apropiaciones de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres en la época de la dictadura militar; las inscripciones como propios de niños y niñas nacidos por fuera del vínculo matrimonial y respecto de quienes luego del nacimiento se promovía la adopción integrativa de la cónyuge del reconociente, o -y éste será nuestro tema- la captación de mujeres vulnerables que, generalmente con presencia de intermediarios, delegaban las funciones derivadas de la responsabilidad parental en parejas, matrimonios o personas solas cuya infertilidad les impedía concebir un hijo.

Si bien las motivaciones que llevan a los progenitores al desprendimiento del cuidado y crianza del niño o niña concebido pueden provenir de diversos y múltiples factores, en el escenario donde se producen las entregas directas son mayoritarios los casos en los cuales aparecen mujeres pobres y sin compañeros estables, jefas de hogares monoparentales o con hijos y sin soporte familiar para la crianza. Es decir se trata de personas vulnerables [3].

Sin embargo existen otros supuestos que se enmarcan en la guarda de hecho provocada a partir de la entrega directa, que pueden tener un soporte en ciertos vínculos genuinos. Nos referimos a la selección de los guardadores por fuera del sistema legal respecto de

personas no inscritas en los registros pertinentes ni vinculados con los progenitores por vía del parentesco, pero que sin embargo se presentan requiriendo la guarda para adopción a su favor alegando la existencia de relaciones socioafectivas previas que motivaron la selección realizada por los progenitores. Estas situaciones en principio se excluyen de la única excepción legal a la prohibición contenida en el artículo 611 del CCyC y, no obstante, reclamaban y reclaman una respuesta legal en función de las normas convencionales/constitucionales, fundamentalmente porque el principio del interés superior del niño es la piedra basal del sistema que regula los derechos de la infancia.

Esta brevísima reseña de algunas de las cuestiones que plantea el escenario adoptivo nos permite coincidir con una autora que agudamente hizo notar que la adopción -y sin dudas junto a ella las guardas de hecho y su rechazo o convalidación jurisdiccional- 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 [4]. Junto a estas inquietudes, surgen otras.

¿Es idéntico el interés social que dio lugar a la primera ley de adopción que el que motorizó las sucesivas reformas? ¿Rigen los mismos valores en la comunidad o la incidencia y el peso de la constitucionalización de los tratados de derechos humanos forjaron un paradigma distinto? ¿La entrega directa que da lugar a las guardas de hecho y posteriormente a requerimientos de transformación en guarda con fines de adopción puede o debe ser convalidada por el sistema jurídico? ¿Estamos ante reglas rígidas que deben ser aplicadas en todos los supuestos o la interpretación de las normas permitirá la corrección de las decisiones legislativas? ¿Hay soluciones lineales frente a problemas tan complejos? Son algunas de las múltiples preguntas que intentaremos responder.

2. La guarda como herramienta del Derecho

Para encarar este tema es necesario, entonces, establecer una primera referencia a la figura de la *"guarda"*, a la que se recurre frecuentemente en el ámbito tribunalicio y que parece no haber encontrado aún una determinación precisa. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 20 que 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. Entre los cuidados que debe garantizar el Estado, la Convención menciona en primer lugar *"la colocación en hogares de guarda"*, como una alternativa diferente de la adopción y de la inclusión en *"instituciones adecuadas de protección de menores"*, siempre en defecto de la familia de origen.

Se la utiliza mediatizada o metafórica como medidas cautelares o provisionales especialmente en el ámbito administrativo del sistema de protección integral en caso de resguardo de niños y niñas donde deba disponerse el alejamiento de su familia de origen; también bajo la denominación de *"guardas asistenciales"* englobando un desmembramiento de la responsabilidad parental en la porción destinada al cuidado del niño, niña o adolescente para obtener beneficios derivados de la seguridad social o incluso para sustituir a los primeros responsables -los progenitores- en el despliegue de los deberes a su cargo [5].

Se trata de una figura de cierta ductilidad, o por lo menos así parece funcionar y a ella se recurre cuando el ejercicio efectivo de la responsabilidad parental en lo relativo al despliegue de las funciones formativas, asistenciales, de cuidado y orientación para el crecimiento de la persona en desarrollo no es llevado a cabo por los progenitores. En la actualidad el CCyC recepta algunas situaciones prácticas, regulándolas específicamente.

Veamos por ejemplo la disposición alojada en el artículo 657 del CCyC, que, a la par que reglamenta los deberes y derechos sobre el

cuidado de los hijos, dispone: "*Otorgamiento de la guarda a un pariente. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por el plazo de un año*"²⁰²⁶", y en el segundo párrafo agrega: "*El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio*". De este modo, la norma deja en claro la provisionalidad de la disposición, y sus recaudos: a) que se determine judicialmente; b) que se trate de supuestos de especial gravedad, es decir que impidan la permanencia en la familia de origen; c) que se discierna en un pariente, y d) que no tiene la consecuencia de la privación de la responsabilidad parental conservando los progenitores el derecho a la comunicación y a participar en la vida del hijo -si no se restringe expresamente- así como los deberes alimentarios y sucesorios.

Otro supuesto de desmembramiento de las funciones de cuidado reconociendo la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental es el que se confiere a los progenitores en el artículo 643 del CCyC, que dispone: "*Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido*". En este caso, el sistema jurídico exige similares recaudos: a) la intervención judicial; b) razones justificadas suficientemente; c) que recaiga en una persona vinculada por vía de parentesco; d) se mantiene la titularidad y el ejercicio se limita a supervisar la crianza y educación del hijo.

Un tercer supuesto de desmembramiento de las funciones imbricadas en el ejercicio de la responsabilidad parental es el contenido en los artículos 674 y 675, que admiten la posibilidad de delegar en el progenitor afín (cónyuge o conviviente del titular) por razones especiales, fundadas, y transitorias, siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio, o el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor conviviente y el afín en el segundo supuesto, requiriéndose en ambas normas la homologación judicial. Únicamente se exceptúa la intervención judicial en caso de acuerdo fehaciente del otro progenitor del niño, niña o adolescente y sólo para la delegación en el progenitor afín, pero no para el supuesto de ejercicio conjunto que contempla el artículo 675.

El sistema legal, hasta aquí, nos muestra la injerencia estatal en las relaciones derivadas del ejercicio de la responsabilidad parental en función del orden público que rige la materia, al plasmar dos tipos de guardas judiciales: la diferida por los progenitores (arts. 643, 674 y 675) y la discernida por el juez (art. 657).

Finalmente, podemos señalar un último supuesto que puede ser incluido dentro de la clasificación precedente en la guarda discernida por el juez, y es el alojado en el artículo 614, que dispone: *"Sentencia de guarda con fines de adopción. Cumplidas las medidas dispuestas en el artículo 613, el juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción. El plazo de guarda no puede exceder los seis meses"*. En forma previa, incorpora expresamente la declaración judicial de la situación de adoptabilidad y el procedimiento para el otorgamiento de la guarda preadoptiva (arts. 607 y 608), a la par que prohíbe la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, como así la otorgada por los progenitores u otros familiares del niño (guardas de hecho), excepto en este último caso, que se compruebe judicialmente que entre los progenitores y los guardadores elegidos exista un vínculo de parentesco (art. 611).

3. La guarda y la guarda de hecho en la adopción. Breve noticia de la doctrina y la legislación

La guarda y la adopción en el Código Civil y Comercial (arts. 611 a 614) se vinculan de un modo distinto al que surgía del Código Civil (arts. 315, 316, 317, 318 y concs.), aunque en ambos sistemas legislativos la entrega directa a personas determinadas aparecía negada en el ordenamiento jurídico.

Además de la prohibición introducida en la última reforma al sistema adoptivo (ley 24.779) vedando la entrega directa por acto administrativo o escritura pública, la ley 25.854 completó la tarea legislativa y creó 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 [6]. Sin embargo, siguieron sucediéndose supuestos de vulneración del sistema legal y sentencias que convalidaban, en su mayoría, la situación fáctica.

Un sector de los estudiosos del tema [7] y la jurisprudencia que sigue esa línea académica admiten el aval del Estado ante esa decisión de desprendimiento del adulto a favor de personas predeterminadas por fuera el sistema legal, con base en el respeto de la "*autonomía de la voluntad*" [8] sosteniendo que frente a una realidad que interpela el juez no puede ignorarla, pudiendo evaluar si resulta viable la transformación de la guarda en guarda para adopción [9]. 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 hagan peligrar al niño. No son los jueces*

quienes deben juzgar las causas íntimas por las 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] y no caben dudas de que esa porción dinámica de la identidad personal, los afectos generados durante el desarrollo de la guarda de hecho y 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].

A esta línea parece adherir el fallo dictado por el Juzgado de Familia de San Isidro el 28 de agosto de 2013 [14] que repelió a las puertas del proceso la demanda presentada por una pareja que había contactado a una joven mujer embarazada a partir de la utilización de Internet y un intercambio de e-mails, tomando a su cargo los gastos de atención médica, hasta el nacimiento de la niña, producido el 18 de marzo de 2013, denunciando que la recibieron dos días después.

Luego de recordar la prohibición legal alojada en el artículo 318 del Código Civil vigente a la época del fallo, y la obligación de inscripción en el Registro de Pretensos Adoptantes, el juez argumentó con sustento en la doctrina de la SCJBA que sostiene que *"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" [15].

Por razones de espacio mencionaremos brevemente también, por ser de interés en el tema, que algunos Estados provinciales se hicieron cargo de la problemática regulando 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. La Provincia de Misiones, en la ley 4523, sancionada el 29 de octubre de 2009, alojaba en su artículo 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 estableció, luego de disponer la prioridad de los adoptantes misioneros y la obligación de respetar el orden de inscripción, las excepciones a esas reglas. Admitió entonces 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 ministerio pupilar, cuando: a) sean niños mayores de 4 años, o grupos de hermanos, o niños con capacidades diferentes, o estén institucionalizados y se les haya declarado el estado de adoptabilidad; b) la identidad cultural así lo considere; c) sean requeridos por la familia biológica o extensa o vínculo afín.

La ley 9752 de Entre Ríos, del 9 de enero de 2007, relevó 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), aunque exigía la registración cuando sean los progenitores quienes

elijan a los guardadores preadoptivos y los circunscribe a los residentes de la provincia [16].

La ley III, N° 27 DJP de la Provincia de Chubut y el decreto III, N° 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 artículo 10 de la ley admite la posibilidad para los progenitores de delegar la guarda en personas determinadas, cuya legitimidad será valorada judicialmente [17], aunque exige siempre que los pretendientes de la guarda con fines de adopción se encuentren evaluados por los profesionales del organismo.

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 artículo 4°, mencionándose a los "...representantes legales o guardadores de hecho..." En el artículo 16 de la ley 14.528 (promulgada el 15-7-2013 con las observaciones del decreto 445/2013 a los arts. 9°, 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 pretendidos 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 artículo 611 del 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 sufrió la supresión de la excepción del referente afectivo, que sí se mantiene en la ley bonaerense, situación que puede motivar una discordancia normativa que, creemos, deberá ser resuelta en función de un principio de peso específico estimable, como lo es la socioafectividad [18].

Este rápido recuento de legislación, doctrina y jurisprudencia anterior a la entrada en vigencia del CCyC ya ponía en evidencia la tensión que se produce en los conflictos que involucra la pretensión de guarda para adopción de quienes obtuvieron un niño o niña mediante la entrega directa: la autonomía personal de los progenitores que eligen a la familia que asumirá el cuidado de su hijo (Derecho Privado) y la injerencia del Estado en esa decisión, en tanto garante de los derechos del niño y en ejercicio de un paternalismo justificado ante la condición de vulnerabilidad del niño (orden público).

El artículo 611 del CCyC, que actualmente regula la cuestión, prohíbe el desprendimiento de las responsabilidades derivadas de la filiación por naturaleza por escritura pública o acto administrativo y además incluye en la prohibición a la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares, con una única excepción: que la situación fáctica se haya producido por el desplazamiento del niño de su familia de origen a un pariente [19].

3.1. La antesala del desprendimiento: los derechos vulnerados

Es preciso señalar que entre las razones que provocan el acceso directo de individuos con deseos adoptivos a mujeres vulnerables que se desprenden de los hijos aparecen los condicionamientos económicos que las conducen irremediabilmente a abdicar de la crianza de sus vástagos. Pero hay otros factores no menores: situaciones de desequilibrio estructural que condicionan las decisiones personalísimas, 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, la demora que conlleva el tratamiento de las cuestiones ante los organismos de revisión (cámaras y superiores tribunales), agravada cuando las preceden situaciones de hecho o cuando las dos primeras

instancias adoptan decisiones opuestas y la revisión extraordinaria insume y consume extensos períodos de tiempo, etcétera.

Desde el punto de vista de los derechos vulnerados, estas situaciones pueden afectar el derecho a la tutela judicial efectiva [20], a la convivencia familiar [21], a la dignidad y la identidad personal (arts. 7º, 8º, 21, 35, CDN) y otros derechos fundamentales contenidos en pactos constitucionalizados como el PIDESC, la CEDAW, la CADH, muy especialmente los artículos 8º y 25 en función de los artículos 1º y 2º, y directamente o por reflejo el artículo 19, sólo por mencionar algunos.

La protección de la familia tiene sustento constitucional y legal, constituyendo un estándar de idéntica dimensión y deber estatal de garantía que el interés superior del niño. Esta directriz rectora se aloja en los artículos 5º, 7º, 8º, 9º, 20, 21 y en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 13 de la CADH, es reconocida también por la OC N° 17 sobre Condición jurídica y derechos humanos del niño del 28 de agosto de 2002, o en fallos señeros como el dictado en la causa "*Fornerón, Leonardo V. y otra vs. Argentina*", del 27 de febrero de 2004, o "*Atala Riffó, K. vs. Chile*", del 24 de abril de 2012, de aplicación directa e inmediata en nuestro país por virtud de la regla 75.22 de la Constitución Nacional y el artículo 2º del CCyC.

No podría dejar de señalarse tampoco el artículo 14 de la Constitución argentina, ni los artículos 4º, 7º y 11 de la ley 26.061 -y varias de las leyes provinciales que precedieron a la reglamentación nacional, o aun las posteriores-, o el artículo 4º del decreto reglamentario 415/2006, todos los cuales constituyen soportes normativos de aquella directriz.

Lo cierto es que el sistema adoptivo, si bien con otro origen, hoy en día está diseñado en función del principal sujeto de derechos: la persona menor de edad, como surge de la propia definición legal del instituto (art. 594, CCyC) [22].

Como consecuencia de esta afirmación, al momento de resolver no pueden considerarse bajo idéntico tamiz situaciones tan diversas como podrían ser: a) los alojamientos afectivos que se desarrollan regularmente desde el inicio con desprendimientos monitoreados; b) aquellos en los que la o los progenitores dispusieron voluntariamente una entrega a determinadas personas vinculadas consanguínea o afectivamente, o teniendo un legítimo interés en que ellas desplieguen la crianza, o c) 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 algún delito.

3.2. Algunos precedentes anteriores a la entrada en vigencia del CCyC

Resulta interesante repasar lo resuelto por el titular del Juzgado de Familia N° 1 de San Martín al rechazar la petición de guarda con fines de adopción propuesta por una pareja que detentaba la guarda de hecho de una niña entregada en forma directa por su progenitora, que había firmado un "*acuerdo*" de carácter privado, aunque en el proceso surgía una escasa autonomía personal para ese acto [23].

El magistrado, ante la pretensión de los guardadores, dispuso una medida excepcional (conforme lo disponen en la actualidad los arts. 607, inc. c, 608, 609 y 634, inc. g, CCyC) hasta tanto se reintegre a la niña a su progenitora, con intervención de la autoridad administrativa. Sopesando los derechos conculcados rompe el principio del mantenimiento de la situación de hecho en una interpretación incluso preventiva de las derivaciones que la demora en el dictado de la sentencia pudiese irrogar, y organiza el futuro disponiendo el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen mediante el dictado de la medida excepcional, sendero que permite garantizar los derechos de todos los involucrados.

El fallo se dicta a escasos días de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento jurídico, lo que no impidió al magistrado analizar los hechos conforme los principios de la adopción contenidos en el artículo 595, y resolver conforme lo dispone el artículo 611, cuando autoriza al juez a separar preventivamente al niño de la familia de hecho.

Luego de señalar que *"...analizando el caso que nos ocupa, resulta claro que la niña A. M. M. no se encuentra en condiciones de ser declarada en situación de adoptabilidad, toda vez que no se observan los presupuestos de los artículos 7° de la ley 14.528, 317 (inc. a) y 607 del CCyC. Es decir, a) la niña tiene filiación establecida; b) los padres reclaman el reintegro de la misma (por lo que no existe una decisión 'libre e informada' de que sea adoptada), y c) no se ha dispuesto ninguna medida de protección de derechos por los organismos administrativos (tampoco judiciales) correspondientes. El ejercicio de la guarda que ostenta el matrimonio requirente se basa únicamente en la entrega de la niña, en condiciones irregulares"*, se introduce en la ausencia de pauta vincular afectiva o de parentesco que permita admitir excepción alguna, pero además valora las condiciones de los progenitores y de los guardadores de hecho, y así señala que *"ha quedado cabalmente demostrado que ningún vínculo, ni afectivo ni de parentesco, une a los pretensos guardadores con los padres de la niña. Es más, las versiones dadas por los peticionantes en la demanda y por los progenitores de A. son marcadamente diferentes [...] Que el consentimiento prestado por los progenitores de la niña no puede ser considerado 'una decisión libre e informada', atento que dicho acto no se celebró (como se dijo) ante ninguna autoridad competente, y además resulta notorio que existió entre las partes una desigualdad de recursos intelectuales y sociales, al punto que [...] los padres de la niña no saben leer ni escribir, y tienen muchas dificultades para expresarse en idioma castellano. Asimismo surge de la audiencia con el suscripto que la Sra. R. desconoce el sentido del término 'adopción', que lo confunde y lo entiende con otros alcances [...] A estas irregularidades se suma lo declarado por la madre de la niña en su comparecencia ante este Juzgado, en cuanto a que los pretensos guardadores 'le mandan plata por encomienda, que ellos se ofrecieron a mandarle 200 o 300 pesos o ropa', y que es su deseo «recuperar a su hija, que la quiere llevar con ella, ahora que se siente mejor de salud»"*.

En definitiva, se adoptaron recaudos suficientes para indagar la existencia de vínculo atendible entre progenitores y guardadores, se analizó el desprendimiento materno y las condiciones en que el mismo se habría producido, se atendió a las condiciones de vulnerabilidad y se respetó fundadamente el sistema legal, poniéndose en evidencia la ilegitimidad de la pretensión de obtener la guarda para adopción en tales condiciones.

La situación es similar a la abordada por la CSJN en fecha 27 de abril de 2012, cuyo antecedente en la primera instancia fue resuelto de manera similar, para luego ser revocado por la Cámara de Apelaciones, aunque el resultado final sea dispar.

Se trataba de una niña nacida el 26 de octubre de 2012, a los cuatro días su progenitora firmó un instrumento privado por el cual cedió la "*guarda con fines de adopción*" en favor de la señora V., mujer viuda de 59 años de edad, inscripta en el Registro de Aspirantes a Adopción desde el año 2010. Transcurrido un año de la situación fáctica, la guardadora de hecho solicitó judicialmente la guarda con fines de adopción invocando ese instrumento privado y la negativa de la madre de asumir el cuidado de su hija menor, señalando que tenían vinculación preexistente a partir de una amiga en común. En fecha 27 de diciembre de 2013 se rechazó la petición y se dispuso el retiro de la niña, decisión apelada por la guardadora de hecho y revocada por la Cámara el 19 de junio de 2014, resolución que fue a su vez objeto de recurso extraordinario por los representantes de la niña y resuelta finalmente por la Corte cuando ella ya contaba con más de dos años de edad y había sido restituida a la guardadora de hecho.

Para así decidir, el máximo tribunal nacional hizo suyos los argumentos de la Procuración, que se basaron en un precedente de cuestionable aplicabilidad pues las circunstancias fácticas eran distintas, comenzando porque en este supuesto se trataba de un hogar monoparental donde una persona de edad avanzada se hacía cargo de una niña recién nacida vulnerando el sistema vigente -hallándose inscripta y admitida como adoptante, es decir, conociendo los plazos

de espera y las dificultades de acceder a un niño de tan corta edad- y en el precedente se trataba de una pareja joven que también había accedido de manera directa a la guarda de hecho.

Si bien en el fallo se reconocerían las irregularidades de la constitución de la guarda, se hace hincapié en que aparece más favorable para la niña no someterla a una nueva situación de vulnerabilidad y desamparo -conforme el dictamen asumido por el supremo tribunal- para ser entregada a otra familia padeciendo una nueva desvinculación. Para medir el interés superior del niño señala que "*...no media conflicto entre la guardadora -con legajo aprobado ante el registro de adoptantes Ruaga- y la madre biológica, quien transcurrido un lapso prolongado desde el cese del estado puerperal ha ratificado en sede judicial la firme voluntad de no tener vínculo con su hija...*", agregando que la sentencia que dispuso la separación "*...tratándose de una medida innovativa -en tanto alteró sustancialmente la situación existente- era menester demostrar el daño irreparable...*"

Y, en lo que nos interesa particularmente en punto a la cuestión de la guarda de hecho, sin perjuicio de hacer notar que las tres instancias fijaron sus posiciones -encontradas- fundándose en el interés superior de la niña y que sin dudas el transcurso del tiempo jugó un rol fundamental en la decisión, extraemos un párrafo importante para el tema que abordamos. Se lee en el Considerando IV del dictamen: "*...cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, y la solución propiciada no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños, o las anomalías en la entrega de menores en estado de adoptabilidad*".

Es bastante claro que deja sentada la posición de que la resolución de la primera instancia ("*gestión realizada a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico o las anomalías en la entrega*") no fue respaldada por la Cámara, que revirtió fácticamente la emigración de la niña que había sido colocada en un hogar alternativo, por lo tanto, el procurador se

refiere a un nuevo desprendimiento y, con un sentido realista ("*respuesta personalizada*"), propicia la solución del mantenimiento de la situación fáctica. No obstante, hace notar que la decisión del desprendimiento de la guardadora se tomó sin realizar evaluaciones adecuadas, ponderar el impacto de la decisión en su desarrollo, ni indagar su deseo, todo ello habiéndose desechado la posibilidad de existencia de delito alguno, brindando de este modo algunas pautas ineludibles a considerar al momento de analizar un caso de entrega directa.

3.3. La guarda para adopción en el CCyC

De varios de los problemas puestos de relieve en los párrafos anteriores, se hace cargo el nuevo ordenamiento que rige el sistema adoptivo en nuestro país, aún con la plena conciencia de que toda legislación, por impoluta y previsible que se diagrama, no podrá impedir la transgresión ni la inoperancia de los efectores.

En razón de la incidencia que el factor temporal suele tener en la vida de las personas, pero de los niños y niñas en particular [24], y el desborde de todo plazo que solía insumir el trabajo con las familias de origen hasta la decisión del ensamble en otra familia distinta, garantizando así el derecho a la vida familiar de la persona menor de edad, el legislador de 2014 incorpora una figura que tuvo base jurisprudencial, y ahora cuenta con reconocimiento legal. Nos referimos a la "*adoptabilidad*", o técnicamente a la declaración de situación de adoptabilidad de la o las personas menores de edad (arts. 607, 608 y 609).

Se trata de un verdadero proceso de conocimiento donde la finalidad es agotar la posibilidad de permanencia del niño, niña o adolescente con derechos vulnerados en su familia de origen, a quien deberán procurársele las herramientas para su fortalecimiento y disponer su eventual y subsidiaria inclusión en un grupo familiar alternativo al de origen donde se le brinden las condiciones necesarias para su correcto desarrollo. Este proceso finaliza con una sentencia

que tiene por agotada la posibilidad de implementar medidas para la rehabilitación de las funciones parentales.

Una vez firme la sentencia [25] se selecciona de la lista remitida al juzgado conteniendo los datos de los pretensos adoptantes admitidos la familia más adecuada en función de ese niño determinado, se la cita y se dicta una nueva sentencia, en este caso discerniendo la guarda con fines de adopción por un plazo no superior a seis meses.

Este esquema hace desaparecer la guarda preadoptiva como proceso, colocándola en su lugar jurídico adecuado: el del ejercicio de la responsabilidad parental con miras a la filiación adoptiva. Tal como se explica en un fallo, "Según el Derecho nuevo el 'proceso de adopción' se compone de tres etapas bien definidas: 1) la declaración judicial de la situación de adoptabilidad (arts. 607 a 610); 2) la guarda con fines de adopción (arts. 611 a 614), y 3) la adopción propiamente dicha o juicio de adopción como la llama el Código nuevo (arts. 615 a 618). Cada etapa del proceso diseñada por el Código unificado tiene asignado un procedimiento y un propósito definido, guiado por los principios que rigen en la materia y que la ley ahora normativizó, fijó plazos específicos y mostró cuidado por las garantías judiciales en juego. Cada fase resulta un tramo necesario para culminar (con celeridad y en condiciones de plena protección de derechos y respeto de garantías) en la sentencia de adopción, siempre y cuando, no hubiera sido posible lograr que las necesidades afectivas y materiales de NNA, fueran satisfechas por su familia de origen, conforme a la noción del artículo 594 del CCyC" [26].

¿Cómo se inserta la entrega directa en el sistema diseñado?

El artículo 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 pretendidos 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".

De la norma emergen tres prohibiciones: a) la entrega directa instrumentada en escritura pública; b) la entrega directa plasmada en acto administrativo, y c) la entrega directa sin ningún tipo de documento público o privado. En todos los casos la imposibilidad abarca a los progenitores o a sus familiares. El apartado final es muy claro en cuanto a que la guarda de hecho no debe ser considerada a los fines de la adopción, lo cual implica que el principio general es la prohibición de su convalidación, y que de presentarse el supuesto fáctico nace la potestad para el juzgador de separación del niño o niña de esos guardadores.

Ahora bien, en tanto potestad incluye la opción de mantener el statu quo, para lo cual una de las principales directrices a considerar es el mantenimiento del centro de vida, en tanto el artículo 595, inciso a, establece el principio rector del interés superior del niño (norma que debe ser leída juntamente con el art. 706, inc. c), a la par que el artículo 705 establece la aplicación de las disposiciones generales para los procesos de familia *"sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos"*. Encontrándose vigente la ley 26.061 reglamentada por el decreto 415/2006, el concepto de interés superior del niño deberá considerar al menos los aspectos contenidos en el artículo 3° de la norma [27], que en lo que hace al centro de vida (inc. f) lo define claramente diciendo: *"el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia"*, con expresa mención a que debe ser considerado para supuestos de restitución y de adopción. Además, en la reglamentación de este artículo se previó que en la interpretación del inciso f, será tenido en cuenta el concepto de "residencia habitual" contenida en los tratados en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad [28].

Armonizando estas disposiciones, cabe concluir que la legitimidad del alojamiento en un grupo familiar realizada por los progenitores o parientes del niño por vía de una entrega directa debe surgir evidente de la presentación que pretenda su convalidación y conversión en guarda para futura adopción, como podría ser el caso de un pariente que asumió las funciones parentales por delegación fáctica, o la hipótesis de un progenitor afín que se presente acreditando el fallecimiento del progenitor biológico del niño o niña y el matrimonio o convivencia, supuestos que darían lugar al mantenimiento de la situación fáctica, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva.

En los casos en que la legitimidad no aparezca tan evidente, se impone la indagación inmediata de la voluntad de los progenitores, la escucha del niño, la evaluación de las condiciones personales de los adultos y de la incidencia que una separación transitoria podría tener en la persona menor de edad, para adoptar decisiones prudentes y alejadas del dogmatismo. Como con agudeza se señaló: *"¿Acaso se podría aseverar sin temor alguno, que si un niño está inserto en una familia con la cual vivió toda su primera infancia, el mejor interés de él será disponer 'sacarlo' de este núcleo familiar para 'colocarlo' en una familia de acogimiento y un hogar para 'entregarlo' a otra familia inscripta y ubicada en los primeros lugares del registro de pretensos adoptantes? ¿Acaso este tipo de actitudes de sacar, colocar y entregar no cosifican al niño en pos de un supuesto -en abstracto- interés superior del niño, tan fundamentalista como aquellos que sostienen que el contacto directo, en definitiva, debe ser convalidado?"* [29]

4. Contextualización jurídica y jurisprudencia según el Código Civil y Comercial

Como vimos, el artículo 611 del CCyC veda la entrega directa por los progenitores o sus familiares a favor de personas determinadas, a excepción de que se trate de parientes, dejando de lado los referentes afectivos que se habían incluido en el Anteproyecto.

Dos casos resueltos por la SCJBA alertan sobre la dificultad ya esbozada en cuanto a que el tiempo que insumen los trámites judiciales de una a otra instancia, y más cuando llegan a las máximas provinciales o nacional, incide de manera dirimente en la solución definitiva.

Se advierte acerca del enorme peso que se atribuye al principio de estabilidad a la par que se soslayan las restantes pautas que también integran el interés superior del niño de conformidad con el artículo 3° de la ley 26.061, y cómo la expresa prohibición legal de considerar a las guardas de hecho como antecedente para la adopción se vuelve inerte frente al imperio de lo fáctico, aun ante casos de dudosa legitimidad.

Junto a esos señalamientos, es imperioso alertar acerca de que sin perjuicio de lo que dispone el artículo 3° del decreto 415/2006 acerca de la interpretación del concepto de "*centro de vida*" no se sigue la misma línea que en los supuestos de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad, donde las excepciones interpretan con carácter restrictivo y el "*trauma*" posible cede para hacer lugar a la restitución al país reclamante en los casos donde debería procederse a la separación del niño de sus guardadores [30]. ¿No es posible pensar que es el factor temporal el que se computa, sin profundizar en el concepto de "*legitimidad*" de la guarda? Creemos que, encubierto en el precepto "*interés superior del niño*", en muchos casos es el tiempo judicial el que termina dirimiendo el caso, aun a costa de la legalidad y el orden público que impera en la materia. Veamos.

Un primer caso lo constituye aquel en que, con la disidencia del doctor De Lázzari, se resuelve la convalidación de la guarda de hecho con estos argumentos: "*siendo que de las constancias obrantes en autos [...] surge que la menor R. A. se encuentra debidamente contenida junto al matrimonio P. C. [...] la medida de protección cautelar que -con carácter excepcional y provisorio- ha sido dictada en el marco de estas actuaciones, debe ser confirmada pues resguarda debidamente los intereses de la niña*" [31]. A pesar de que, conforme se extracta, se trataba de una medida de naturaleza

cautelar, el tiempo transcurrido entre que se dictó y se resolvió en la última instancia, más el restante hasta la resolución definitiva sosteniendo la situación fáctica -ya confirmada en la primera instancia-, sella una suerte de definición de los vínculos derivados de la convivencia, pues cabe cuestionar qué separación será posible si no se toman las medidas eficaces apenas alertado el órgano judicial, entre ellas, las necesarias para determinar la legitimidad de la entrega.

Queda plasmada la opinión de la mayoría en el siguiente voto: *"Si en el caso se acreditó que las necesidades materiales, espirituales y emocionales de la niña que fue entregada al nacer a un matrimonio se encuentran satisfechas, no es posible poner en duda la idoneidad de quienes ejercieron la guarda de hecho, máxime cuando aquéllos se encuentran inscriptos en el Registro Central de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y es un deber de los tribunales ser sumamente cautos a la hora de modificar situaciones de hecho vinculadas con las personas menores de edad"* (del voto del Dr. Pettigiani). Al respecto, cabe preguntarse si no son justamente los inscriptos -no se dice si admitidos- en el Ruaga quienes en mejores condiciones están de conocer la ilegitimidad y la ilegalidad del acceso a niños por vía de la entrega directa, cuestión que si bien no puede ser presumida, debería ser tenida en cuenta. En el caso en comentario, la inscripción se produjo luego de efectivizada la entrega y después de un tiempo de convivencia con el niño, punto que debió ser analizado junto con, por ejemplo, la vulneración del derecho a la identificación de la recién nacida mientras detentaron su cuidado.

La disidencia evaluó una serie de cuestiones: *"Se trata de una guarda de hecho nacida de una entrega de una beba sin identidad reconocida, en la que poco se sabe con exactitud cómo aconteció para que el matrimonio C. P. la recibiera, y mucho del arribo a una vía de custodia de la menor de la mano de una serie de irregularidades"*. Respecto de la conducta de las partes, que analiza en detalle, entiende que vulneraron la buena fe: *"En primer lugar, si el camino hubiera sido transitar por la excepción a la prohibición de las guardas de hecho apoyándose en un vínculo afectivo previo con el niño, no hubiera sido necesario participar al Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción de la Provincia de Buenos Aires con la solicitud de inscripción"*

cuando de su propio legajo surge la manifestación de que tienen al niño desde hace unos meses por la entrega de su progenitora". Y profundiza aún más allá de la excepción que establece el artículo 611 a la prohibición, "...la situación fáctica de la entrega no responde a la existencia de un vínculo afectivo entre la progenitora y los pretendidos guardadores y sólo una posible relación laboral entre aquéllos. En consecuencia, se ha obviado la intervención de los servicios administrativos de protección, convalidando un acuerdo previo realizado entre adultos, al margen de la ley, que cosifica a la niña, al mismo tiempo postergando la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación". Es de hacer notar que, puesto en marcha el sistema de protección integral ante la manifestación de voluntad de la progenitora de no asumir la crianza del hijo, la preexistencia de un vínculo afectivo acreditable, genuino, sincero y desinteresado podría ser tenida en cuenta dentro del concepto de "familia" que establece el decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, y siempre más atendible que la guarda de hecho judicializada cuando los lazos afectivos ya se desarrollaron, en una suerte de "presión" al sistema judicial y desprecio por la prohibición legal (art. 611).

En otra parte de su voto el ministro De Lázari pone sobre el tapete el tema propuesto al inicio de este trabajo, es decir, el relativo a la legitimidad de un ensamble adoptivo iniciado por fuera de la legalidad. En ese sentido desautoriza los argumentos de la Alzada: *"El calificativo que hace la Cámara sobre el obrar de los pretendidos adoptantes como contrario al ordenamiento jurídico, pero dejado de lado en vista a la integración que se alcanzó entre el niño y esta pareja, justificando esta solución en consideración a la primacía del interés superior del menor es incorrecta. En ella, no se tiene en cuenta la posible afectación en la integralidad e interdependencia de los derechos que pudiera resultar afectado de seguirse esta vía (arts. 2º y 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño)".*

Y también el ministro reflexiona sobre la necesidad de que *"las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos de la niña y porque obliga a considerar que en toda decisión concerniente a ella es ineludible valorar el impacto de la decisión en su futuro [...] Desde esta perspectiva y apoyada en el principio de realidad y de identidad dinámica que se ha forjado*

durante el tiempo que convive con el matrimonio de referencia, no desconozco que la definición en la separación de la niña del matrimonio repercutirá en su posicionamiento familiar y que lo que aquí se proyecte también pueda ser vivido como una nueva pérdida...", para finalmente terminar proponiendo que sea el equipo interdisciplinario quien determine el impacto que la separación podría causarle a la nena y también los efectos de la entrega directa, señalando que para el supuesto de estimarse pertinentemente ventajosa la migración hacia una familia respetuosa de la ley, se la seleccione del Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción. Aunque indica -y resulta altamente probable que ésta sea la solución final, ya que el equipo interviniente había dictaminado favorablemente en la instancia de origen- que para el supuesto de convalidación de la situación *"con la finalidad de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar el respeto de la ley, se habrá de incluir a los guardadores -en el supuesto de determinarse la conveniencia de permanecer la niña con ellos, y como modo de reparación y de arrepentimiento- en un programa educativo a implementarse en el Área Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción y Digesto (res. 1967/2012) en coordinación con el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, abierto a la comunidad, con el compromiso de manifestar una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades (arts. 2º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 75, incs. 22 y 23 de la Const. Nac.; 'Fornerón', párrs. 129 a 144)"*.

Cabe hacer notar que la decisión del caso era netamente jurídica, y como quiera que sea, los requerimientos interdisciplinarios fueron el soporte para la adopción de la medida que convalidó la situación de hecho; que el supuesto se subsumía claramente en la prohibición del artículo 611 y que si algo aleccionador se percibe como imprescindible es que los operadores del sistema judicial de todas las instancias cumplan con las reglas constitucionales convencionales, o declaren su inaplicabilidad para el caso concreto.

El otro caso es inverso en cuanto a que en la primera instancia se dispone la separación del niño de los guardadores de

hecho, y este decisorio es revocado por la Cámara. Llegado a la SCJBA, el 11 de febrero de 2016 trata el recurso extraordinario interpuesto por la asesora de incapaces contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino, manteniendo el statu quo del niño con la familia guardadora y disponiendo la prosecución de la causa según su estado [32].

Los hechos del caso dan cuenta de que: el niño nació el día 30 de enero de 2014 en la ciudad de Pergamino y la guarda de hecho del matrimonio domiciliado en Santa Rosa, La Pampa, se efectivizó el 3 de febrero de 2014 (la entrega o desprendimiento por parte de la progenitora se produjo al cuarto día del nacimiento del niño), día en que suscribieron ante una Defensoría Oficial, un instrumento privado. Requerida la guarda para adopción por el matrimonio, la asesora de menores advierte la configuración de una guarda de hecho prohibida por el ordenamiento y solicita se disponga el cese de la convivencia del niño y el matrimonio.

El juez de familia admite la pretensión, disponiendo la intervención de la autoridad administrativa en el marco de la ley 13.298, resolución que se dicta el 22 de octubre de 2014, es decir contando el niño con ocho meses, tiempo transcurrido siempre al cuidado de los guardadores. Convocó a la progenitora para prestar consentimiento para el desprendimiento en guarda para adopción conforme el artículo 11 de la ley 14.528, difiriendo la declaración en situación de adoptabilidad y ofició a la Fiscalía a fin de investigar la posible comisión de un delito.

La sentencia no se efectivizó, y los guardadores mudaron de domicilio, dificultaron la notificación de las resoluciones judiciales y no cumplieron la disposición de separación. Por tal razón, sorprende la lectura de los argumentos tenidos en mira para revocar la decisión por la Cámara -que resuelve rápidamente- argumentando: *"...lo acontecido desde la decisión materna, en lo que a la ausencia de control jurisdiccional desde el inicio de la guarda fáctica de A. respecta y la falta de*

adecuación de las partes a los procedimientos de la normativa vigente, si bien aparecen como una disfuncionalidad en el sistema previsto, no impiden sopesar certeramente la primacía del interés del niño, evitando que recaigan sobre este sujeto vulnerable las consecuencias negativas de los hechos consumados..." pues no toman a su cargo que convalidando el accionar de los guardadores, la vulnerabilidad de la madre de origen [33], el consentimiento viciado - muy diferente al informado que debe ser prestado transcurridos 45 días desde el nacimiento, según artículo 607, inciso b-, la omisión de trabajo con la familia de origen o ampliada, es decir, vulnerando el sistema jurídico de orden público, lejos se está de proteger el interés superior del niño.

La SCJBA emite su fallo con la mayoría de cuatro de sus miembros, dos en minoría y un tercer voto que cataloga de prematura la decisión cuestionada. Entre los argumentos por los cuales se confirma el pronunciamiento mencionan la incidencia del factor temporal en estos términos: *"el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el «interés superior del menor»"*. Respecto de la ausencia de vínculo de parentesco o afectivo previo, y la convalidación de la guarda resuelta en la anterior instancia pese de la manifestación materna expresada durante el puerperio -recuérdese que ante funcionarios de la defensa pública-, dijeron: *"...emana así que la decisión de la madre de entregar a su hijo en adopción había sido tomada antes del parto, fue instrumentada cuatro días después del mismo mediante un acuerdo asistido celebrado en sede del Ministerio Público [...] y fue luego ratificada en audiencia con asistencia letrada ante el juez de la causa"*.

Por último, podemos señalar que analizan la situación de vulnerabilidad de la progenitora, en especial la falta de recursos propios para el sostén material, algunos problemas de salud y su falta de vivienda digna para sentenciar que esas *"...limitaciones que le son estructurales y demuestran la impotencia estatal para contribuir a la satisfacción de sus necesidades más básicas"*. Si bien se hace referencia a las condiciones de la progenitora, éstas no avalan en modo alguno la vulneración del sistema legal, sino al contrario, serían esas carencias las que deberían poner en marcha el sistema de protección para el fortalecimiento de la

familia de origen, y si no obstante la decisión se sostiene, procederá la declaración de situación de adoptabilidad.

La disidencia, en cambio, entiende vulnerado el interés superior del niño en base a varios argumentos: a) el desprendimiento del hijo y su entrega a personas determinadas no tuvo como antecedente vínculo de parentesco o afectivo previo; b) estuvo dirigida "a generar, a partir del desplazamiento de la progenitora de su ciudad de origen en La Pampa a un lugar alejado como Pergamino, un proceso adoptivo en otra jurisdicción" [34]; c) respecto de la legitimidad de la situación de entrega en punto a la existencia de alguna contraprestación se afirma: "las prestaciones en especie están reconocidas por los propios guardadores -traslado desde La Pampa a Pergamino y su retorno, gastos por el parto y los controles previos, fs. 60- y por sí solas son la visualización de un niño como mercancía, en donde se afectan bienes jurídicos fundamentales como la libertad, su integridad personal y dignidad, con un aprovechamiento a su condición vulnerable de dependencia del adulto"; d) con agudeza refiere que "el artificio de presentarse los guardadores acompañados con la progenitora ante la Defensoría Oficial con representantes de dos oficinas oficiales para dar forma a la entrega directa de un niño con el ropaje de un acuerdo extrajudicial y refrendar ambas titulares [...] es preparar el terreno para intentar legitimar un proceso judicial que desde el marco legal no puede encajar en ningún molde. Ni como excepción a la guarda porque no existe ningún vínculo afectivo previo, tampoco en la figura de delegación de guarda porque no está prevista para progenitores que quieren desentenderse de forma definitiva de la crianza del hijo -ver artículo 643 del Código Civil y Comercial unificado-. Menos como un abrigo donde se haya garantizada la participación de los servicios locales o zonales de protección a la infancia y en su caso proseguir con una guarda entregada a familias que se encuentran inscriptas en donde cabe presumir legítimamente la idoneidad de la familia como consecuencia de haber separado las instancias institucionales establecidas específicamente para tal fin"; e) se pone en evidencia que por una serie de irregularidades en la actuación de parte de las integrantes de la defensa pública, "que controvierten estándares internacionales en derechos humanos particularmente en materia de derecho de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación al no haber impedido la maniobra tendiente a consolidar la entrega irregular. A partir de su participación, se

convalida el traslado de la progenitora a un lugar que viola el centro de vida del niño por nacer; se avala un consentimiento de la progenitora no sólo en un tiempo durante el cual está prohibido que tome esta decisión -dentro de los cuarenta y cinco días-, sino también bajo condicionamientos adversos de extrema necesidad en que transitó la maternidad; con elementos objetivos como es el domicilio en la partida de nacimiento distinto al denunciado en la firma del acuerdo y de solvencia material de la pareja B. L. que no requiere la asistencia de un defensor oficial, y por último, remata con un acuerdo prohibido por el artículo 611 del Código Civil por el modo de obtener la guarda"; f) también vulnera el interés superior del niño la conducta de los guardadores al "eludir los guardadores del accionar de la justicia, pese a haber sido notificados en el domicilio constituido y haber realizado presentaciones demostrativas que conocían de la existencia de la medida dispuesta del cese de convivencia del niño, con un claro proceder contrario a la buena fe para beneficiarse del transcurso del tiempo y torcer el efecto devolutivo del recurso a fin de consolidar el vínculo [...] Ello trasunta otra evidencia de apropiación del niño como medio natural de comunicarse"; g) revela asimismo la violación al estado puerperal de la progenitora en ocasión de prestar el consentimiento para adopción, "otra irregularidad en esta materia signada por el orden público se encuentra en la fecha que se firma el acuerdo, a los cuatro días de dar a luz la progenitora, en violación al artículo 11 de la ley 14.528 que determina que la manifestación de voluntad es válida sólo si es posible después de los cuarenta y cinco días", y finalmente al considerar que "no se tiene en cuenta la posible afectación en la integralidad e interdependencia de los derechos que pudieran resultar afectados de seguirse esta vía", propone la revocación de la sentencia de Cámara y la confirmación de la separación resuelta en primera instancia.

5. El factor tiempo

Nuestro país incurrió en responsabilidad internacional que se hizo efectiva en el conocido caso "Formerón" [35], cuya particularidad y peso estriban en que se trató de un supuesto de entrega directa de la progenitora a los guardadores, instrumentado en un documento público, y negándole al progenitor y a la niña nacida, sistemáticamente, la posibilidad de ejercer el derecho a la convivencia familiar. El proceso duró doce años, y la Corte IDH señaló que "para

determinar la razonabilidad del plazo en la toma de decisiones se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve". Esta pauta, de obligado cumplimiento para nuestro país, no siempre se efectiviza. Especialmente extensos son los períodos de tiempo que insume la revisión de las decisiones de la primera instancia, donde el principio de inmediación, o en aquellos Estados donde rige el proceso por audiencias los agilizan en la primera etapa de la judicialización.

Recordaremos aquí, en función de la relevancia que se le atribuye a este factor en la decisión final de los casos que involucran la guarda de hecho, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien reiteradamente viene sosteniendo 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 encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades". "El mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos [...] podría 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" [36].*

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 pretensos 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 la/s 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 seis 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) [37].

Sin embargo, los casos jurisprudenciales analizados dan cuenta de que pese a la abreviación de los plazos, aún persiste la mora estatal.

6. El interés superior del niño frente a las guardas de hecho

Este "*principio de principios*" lejos está de la indeterminación que esconde voluntades de quienes resuelven, pues al momento de su invocación deberá considerarse: a) que conforme las reglas que imponen los artículos 2° y 3° del CCyC constituye un deber de quien lo invoca su justificación razonada; b) que toda decisión en materia de

infancia debe considerarlo prioritariamente; c) que se materializa con el reconocimiento y protección de la mayor cantidad posible de derechos; d) que involucra, más allá de las definiciones, las pautas fijadas en el artículo 3° de la ley 26.061; e) que el orden público imperante en materia adoptiva, en tanto con esta figura se garantiza el derecho del niño a vivir en familia, impone el cumplimiento de las normas jurídicas cuya legitimidad se presume, debiendo quien alega una transgresión comprobar que su caso se incluye en la excepción a la prohibición.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 14 sobre El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, advierte: *"El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso [...] es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales [...] La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales"* [38].

En razón de todo esto, al analizar los desprendimientos de los niños que realizan sus progenitores a favor de terceros, se impone la imprescindible y exhaustiva valoración de las singularidades del caso, con especial consideración de la vulnerabilidad del niño, sin perder de vista el rol del Estado como garante de sus derechos en cuya órbita se incluye el cumplimiento de las normas de orden público en materia de adopción.

De allí que sostengamos que el statu quo es una de las pautas a considerar, pero no la única. Junto a ella se alinean la preservación de su identidad, incluyendo el mantenimiento de vínculos (arts. 7°, 8°, CDN), su derecho a la vida familiar con preferencia en el ámbito de origen (arts. 7°, 8°, 9°, CDN; arts. 10, 11, ley 26.061), el derecho a una tutela judicial efectiva (arts. 8° y 25, CADH), entre otros.

Como derivación de estas premisas, y en vistas a la jurisprudencia que se vino analizando, es posible sostener que:

El interés superior del niño no permite convalidar las entregas producidas violando las disposiciones que obligan a respetar el estado puerperal, que son sancionadas con nulidad conforme artículo 607 del CCyC.

El interés superior del niño no puede revalidar la violación de los procedimientos previstos en materia adoptiva, y la presentación realizada solicitando la convalidación de la guarda de hecho es insuficiente para relevar al juez del deber de ingresar en el análisis del origen de dicha guarda, efectuar su valoración, y determinar la necesidad de disponer el cese o el mantenimiento de la situación.

El interés superior del niño no puede avalar actos ilícitos en torno al origen de la guarda y los vínculos generados no son suficientes para restar entidad a ese hecho.

El interés superior del niño no se relaciona con la invocación del "*transcurso del tiempo*" al cuidado de los pretensos guardadores, sino con el concepto de "*centro de vida*".

El interés superior del niño involucra la preservación de su salud, por lo tanto deberá considerarse que la separación constituye un episodio traumático permanente o una experiencia negativa según cada situación [39] y dependiendo de múltiples factores, entre los cuales la legitimidad del acogimiento cobra relevancia. En modo alguno puede sostenerse que el mantenimiento de la situación fáctica es el principio general.

El interés superior del niño debe ser valorado en función del análisis integral y contextualizado de las circunstancias, entre lo que no cabe descartar la intensidad de las relaciones interpersonales forjadas pero considerando muy especialmente la legitimidad en el

origen de la situación y el respeto por la identidad de la persona menor de edad.

7. La socioafectividad [40]

Con esta denominación se alude a un moderno principio jurídico que junto a los criterios jurídicos y biológicos constituye una herramienta para establecer la existencia de vínculos que deben ser protegidos. Ellos se gestan y desarrollan en la vida, y en términos jurídicos lo hacen alojados en el aspecto dinámico de la conformación de la identidad personal del principal sujeto involucrado: la persona menor de edad.

Como señalamos durante este trabajo, la realidad expone distintos supuestos fácticos que no siempre esconden o se generan a partir de irregularidades, o no siempre son intereses egoístas los que promueven las vías de hecho.

El debate que genera la admisión o no de las guardas de hecho como antesala de la guarda con fines de adopción se centra en tres cuestiones: 1) la autonomía personal de la persona adulta que se desprende del infante a favor de terceros para que ejerzan su crianza y el peso que tal decisión ha de tener en el futuro del niño o niña; 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 pretensos adoptantes, y 3) el alcance del orden público imperante en la materia en especial por la función de garante del Estado en el acceso del niño a su derecho a la vida familiar.

En ese escenario, en ocasiones se ha puesto en jaque la función del Registro de Aspirantes, esclarecida a partir de la consideración de que constituía una herramienta creada al servicio del niño y no a la inversa, con la consecuencia de hacer prevalecer la realidad consagrada frente a la opción del desplazamiento del niño. La CSJN 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".

En ese orden de ideas, pueden señalarse tres argumentos centrales que deberán ser tenidos en cuenta al momento de decidir acerca de las guardas de hecho como antecedente de un ensamble adoptivo: 1) 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-; 2) el concepto de centro de vida, en cuyo marco debe analizarse si se pudo acreditar la legitimidad en la que transcurrió la vida del sujeto a proteger por el sistema judicial, y 3) su identidad personal, punto donde el desarrollo de la socioafectividad legítima asume un papel central.

Se sostiene de este modo una postura 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.

Los recaudos que la judicatura debería considerar ante la postulación de confirmar judicialmente una guarda de hecho dirigida a que se la considere a los fines del emplazamiento adoptivo serían:

a) La manifestación de voluntad de la o los progenitores efectuada en absoluta libertad, sopesando las condiciones de vulnerabilidad que podrían teñir el desprendimiento, bajo las mismas condiciones que se evalúa el consentimiento informado.

b) La comprobación de un vínculo de parentesco o afectivo que justifique la elección que se pide convalidar.

c) La buena fe en el actuar de las partes, lo que incluye el análisis del tiempo insumido en llevar el caso al sistema judicial y la conducta procesal desplegada.

d) La inexistencia de retribuciones, compensaciones u otras formas que evidencien una posición de poder desequilibrante entre la familia de origen y la seleccionada.

e) La valoración y consolidación de los vínculos, con la salvedad de que no es el mero transcurso del tiempo el factor determinante, sino que esta pauta debe ser analizada en relación con los aspectos dinámicos de la identidad, incluyendo también a la familia de origen y la actitud de los guardadores de hecho frente a este derecho.

f) La posición del niño o niña frente a la cuestión, dependiendo de su edad y madurez, en la cual no cabe descontar el recurso a un dictamen que se expida acerca de las consecuencias probables que cause el desarraigo, siempre partiendo de que el statu quo es una pauta interpretativa, pero no la única.

Como apoyo de estas aseveraciones, puede mencionarse que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el mes de octubre de 2015 en la ciudad de Bahía Blanca, en la Comisión N° 6 se concluyó por unanimidad con relación a la Guarda de hecho en los siguientes términos: *"De lege lata: Se debe entender de manera sistémica de conformidad con los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación, que la excepción a la prohibición de la guarda de hecho no se circunscribe a los parientes, sino a aquellas situaciones excepcionales de socioafectividad en el que la relación entre la familia de origen y la guardadora (los adultos) es cierta, previa y genuina"*, y *"De lege ferenda: Se debe modificar el artículo 611 y volver al texto del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación"* [41].

8. Conclusiones

La disposición alojada en el artículo 611 sostuvo la obligatoriedad de la vía legal para arribar al emplazamiento adoptivo y una contundente prohibición de las entregas directas, aunque introdujo la posibilidad de que si en el caso concreto puede justificarse la guarda de hecho apoyada en la comprobable preexistencia de vínculo consanguíneo podría convalidarse. El interés superior del niño amplía esa excepción a situaciones en las que se evidencia un soporte afectivo preexistente entre los progenitores de origen y los que pretenden la afiliación adoptiva ulterior, bajo determinados recaudos.

El sistema implementado incluye la necesidad de la declaración de situación de adoptabilidad, tal vez más aún en estos supuestos de guardas de hecho. 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 [42].

Estos lineamientos se completan con los siguientes:

a) La estructura del ordenamiento jurídico debe ser aplicada de un modo orgánico, dotándolo de equilibrio por vía de la interpretación conforme las pautas alojadas en el artículo 2° del CCyC.

b) El sistema legal reconoce y protege los derechos de las personas vinculadas por estructuras jurídicas más frágiles que la responsabilidad parental, como las guardas judiciales (arts. 104, 643, 657) o la guarda con fines de adopción (art. 614), pero no admite bajo ninguna posibilidad la entrega directa de los progenitores a terceros sin vínculo de parentesco.

c) La guarda de hecho no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico, incluso su propia denominación así lo indica, y

eso significa que quien recurre a ella para alojar a un niño con miras a obtener su filiación adoptiva carece de protección jurídica.

d) La posibilidad de desprendimiento del niño a favor de persona determinada es conferida a los progenitores -en principio- respecto de los parientes, en tanto esta opción mantendría al niño o niña dentro de la familia ampliada respetando su identidad.

e) La identidad del niño comprende no sólo el aspecto estático, sino también la socioafectividad que despliega a partir del desarrollo de un apego saludable originado en vínculos genuinos, basados en relaciones nacidas y llevadas a cabo sin embustes ni ocultamientos, sin abusos de poder ni de mejores posiciones económicas o sociales.

f) El desprendimiento de las funciones parentales a favor de terceros no conectados por vínculos de parentesco con los progenitores es admisible una vez comprobada por la autoridad judicial la existencia de un vínculo socioafectivo previo, descartada la ilegitimidad del origen de la colocación en ese ámbito alternativo y declarando la inaplicabilidad del artículo 611 en función de las normas constitucionales de rango superior.

El interés superior del niño nos interpela de manera permanente. Nuestro deber es desnudar los hechos y rearmar el futuro desde el propio niño, y si eso importa la separación de quienes lo recibieron transgrediendo dolosamente el sistema previsto, ninguna mano debería temblar para revertir la situación en pos de la dignidad de ese ser humano.

Referencias Bibliograficas:

[1]La regulación jurídica de la adopción nace como norma especial y complementaria del Código Civil en el año 1948 (ley 13.252), siendo conocida la postura de Vélez Sársfield en contra de su incorporación

normativa. Posteriormente es modificada en el año 1971 (ley 19.134) y recién en 1997 con la ley 24.779 se anexa al texto del Código Civil (arts. 311 a 340), con algunas modificaciones producto de la sanción de la ley 26.618. Por último, la ley 26.994 sanciona el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), que por disposición de la ley 27.077 comenzó a regir el 1-8-2015, regulándose la figura de la adopción en los arts. 594 a 637.

[2]La legitimidad o justicia de las normas jurídicas expresa concordancia o discordancia de esas normas con un determinado sistema de valores (BOBBIO, Teoría general del Derecho, 1958), y en este trabajo, se vincula con las apreciaciones de Eva Giberti volcadas en publicaciones varias, disponibles en <http://evagiberti.com/category/adopcion/>, y muy especialmente de esa autora Adopción siglo XXI. Leyes y deseos, Sudamericana, Buenos Aires, 2010.

[3]100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

[4]TARDUCCI, Mónica, Maternidades y adopción. Una introducción desde la antropología de género, en TARDUCCI, Mónica, Maternidades en el siglo XXI, Espacio, Buenos Aires, 2008.

[5]Una muestra la constituye la resolución del Juzg. de Fam. N° 2 de La Plata del 21-3-2013, en autos "*L., J. E. c/W., J. H.*", que dispuso conferir la guarda definitiva a la hermana unilateral de dos menores de edad por 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 llevado a la decisión del juez. Puede verse comentario de LOPES, Cecilia y FALÓTICO, Yael, en RDF 2013-IV-129 y ss.

[6]Por decreto 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 estado actual de 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, en RDF 582013-34 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, en RDFyP, noviembre 2009, ps. 27 y ss.

[7]MINYERSKY, Nelly y LEVY, Lea M., Reflexiones sobre la ley 25.854. Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, en RDF 27-131; MEDINA, Graciela, La guarda de hecho y la adopción, en J. A. 1998-III-959; LEVY, Lea M., Adopción: guarda de hecho, en GROSMAN, Cecilia P.; LLOVERAS, Nora y HERRERA, Marisa, Summa de Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 2207.

[8]HERRERA, Marisa, Consentimiento de los progenitores para que la adopción arribe (si arriba) a buen puerto. Consentimiento informado y adopción, en RDF 27-2004-71, nos alerta acerca del lenguaje y la utilización de algunos términos más vinculados a cuestiones patrimoniales, sugiriendo con sumo acierto el reemplazo de ellos 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, como sería el consentimiento informado, de allí el entrecomillado de la expresión.

[9]MEDINA, Graciela y FLORES MEDINA, Pablo, Las guardas de hecho. Correlación entre el artículo 318 del Código Civil y el artículo 40 del decreto 383/2005, en L. L. del 2-6-2005; MEDINA, Graciela, Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor, en RDFyP 2009-110 y ss.; CÉDOLA, Carolina y JORGE, Carina, El derecho del niño a que los padres de origen elijan a la familia adoptante, Ponencia, XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata, 22/26 de octubre, 2012.

- [10]MEDINA, Graciela, La guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer, en RDFyP del 1-1-2012, p. 65.
- [11]VENTURA, Ana I. y 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, en elDial - DC1615.
- [12]Paradigmático el caso juzgado por la CSJN en fecha 27-5-2015, en autos "*M. M. S. s/Guarda*", que mereció comentarios de HERRERA, Marisa, Colocando la figura de la adopción en su justo lugar, en L. L. 2015-D-202, y LAVALLE, Mariana, Entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes: prohibición legal vs. convalidación judicial, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2015-VI-13/27; DE ACHÁVAL, Mercedes M. y BADO, Carlos A., Hacia una regulación de las guardas de hecho, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2015-II-17 y ss.
- [13]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-1101.
- [14]Fam. N° 5 de San Isidro, 28-8-2013, "*V., K. T. s/Guarda con fines de adopción*", SI 276, con comentario de mi autoría Guardas de hecho. Legislar o castigar, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia 2014II-93/124.
- [15]SCJBA, C 115696-S, 11-4-2012, "*N. A. s/Medida de abrigo*", Trib. origen: LM. Juez: De Lázari.
- [16]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, lo cual no hace más que colocar la cuestión de la prohibición en un lugar incómodo o no razonable.
- [17]Permite al juez apartarse del orden registral obligatorio en cuatro supuestos, 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]FERNÁNDEZ, Silvia; GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela y HERRERA, Marisa, La identidad dinámica/socioafectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción, 21-12-2015, MJ-DOC-7564-AR, MJID7564.

[19]En los Fundamentos de elevación del Proyecto de Reformas al Código Civil y Comercial se explica: *"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"*. Cabe señalar que la referencia al vínculo afectivo lo es porque el Anteproyecto contenía esta posibilidad, que fue quitada durante el trámite parlamentario, en ocasión del tratamiento en la Cámara de Senadores, limitándola al vínculo de parentesco.

[20]El derecho a la tutela judicial efectiva puede abordarse desde un enfoque tripartito, comprendiendo: a) la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo; b) la posibilidad de obtener una sentencia de fondo, motivada y fundada, en un tiempo razonable, con independencia del acierto de dicha decisión, y c) que esa sentencia se efectivice, o sea a la ejecutoriedad del fallo.

[21]Ya en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño aparece el derecho del ser humano a vivir en y con una familia, en tanto núcleo primario de socialización, siendo reconocido también por los restantes instrumentos internacionales (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 17 y 19; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10, inc. 3º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 y 24, inc. 1º, por mencionar algunos).

[22]Art. 594 - Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

[23]JFam. N° 1 de San Martín, 28-7-2015, "*M., A. M. y otra s/ Guarda de personas*".

[24]FERNÁNDEZ, Silvia, El desafío al tiempo en la adopción, en Revista Derecho Privado, Año II, N° 6, Infojus, Buenos Aires, p. 35; Infojus: DACF140072, consultado como disponible en http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf140072-fernandez-desafio_al_tiempo_en.htm.

[25]Cuando el art. 607, último párrafo dispone que el juez cuenta con un plazo máximo de 90 días para resolver acerca de la situación de adoptabilidad, entiendo que debe computarse dentro de ese período a la vía recursiva, en función de que no resulta razonable que el Derecho sustancial confiera un plazo que supera el de todos los códigos de procedimiento para dictar sentencias en juicios ordinarios, que son los que con más extensión temporal cuentan, desajustándose a la garantía del plazo razonable para garantizar un derecho fundamental como es vivir en familia.

[26]CApel. de Gualaguaychú, Sala Primera Civil y Comercial, 6-11-2015, "*Z. E. C. y otras s/ Guarda con fines de adopción*".

[27]Ley 26.061: "*Artículo 3° - 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 tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este*

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

[28]Artículo 3º: El concepto de "*centro de vida*" a que refiere el inciso f, del artículo 3º 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.

[29]HERRERA, Colocando la figura de la adopción... cit.

[30]FERNÁNDEZ, GONZÁLEZ DE VICEL y HERRERA, La identidad dinámi-ca/socioafectiva... cit.

[31]SCJBA, C.119.536, 21-10-2015, "*P., R. A. s/Inscripción de nacimiento fuera de término*", Abeledo-Perrot, AR/JUR/65611/2015. Se trataba de una niña no inscripta, hija de una mujer que dos años antes del inicio de este proceso trabajaba dos o tres veces por semana en el domicilio de la guardadora. Dijo haberse embarazado como producto de una relación ocasional y advirtiendo que la niña no sería aceptada por su pareja, a partir del 6-8-2013 la dejó al cuidado de la familia empleadora; también que mantenía comunicación con la niña, que no deseaba entregarla para adopción, y que si no podía estar con este matrimonio solicitaba su reintegro. En la instancia originaria se convalida la guarda de hecho, ordenándose la inscripción del nacimiento. Apelada la decisión por el Ministerio Pupilar que reclamaba una medida de abrigo para trabajar la permanencia en la familia de origen, la Cámara la confirma.

[32]SCJBA, 11-2-2016, C.119.702, "*P., A. Guarda con fines de adopción*".

[33]Se acreditó en el trámite pues relató que había ocultado el embarazo pues consideraba que su situación no sería aceptada, expresó desconocer quién era el padre biológico del hijo, que tenía otros dos niños de 6 y 3 años, que subsistían con las cuotas alimentarias y que "*daba en adopción al niño por no tener dinero para pagar el alquiler, ni para comer*". Este tipo de situaciones deben ser analizadas en

función de lo resuelto por la Corte IDH, en la OC N° 17: *"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), aunque la referencia a *"único"* deberá ser leída e interpretada ajustando la actuación judicial a las pautas establecidas en la ley 26.061 (arts. 4°, 7°, 11 y 18).

[34]Se aclara en la sentencia que en la partida de nacimiento se declara que el domicilio de la progenitora es el de los propios guardadores en la ciudad de Pergamino; mientras que en el acuerdo extrajudicial firmado ante las defensoras, se revela que el domicilio real de la progenitora es en la localidad de Santa Rosa.

[35]Corte IDH, 27-4-2012, *"Fornerón L. e hija vs. Argentina"*.

[36]Corte IDH, 1-7-2011, *"L. M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay"*, consid. 16.

[37]GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A., El régimen jurídico de la adopción: cuestiones de fondo, en Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental, del 20-5-2015, p. 93; L. L. 2015-C.

[38]Observación General N° 14 (2013) sobre El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3°, párr. 1), aprobada por el Comité en su 62 Período de sesiones (14 de enero a 1° de febrero de 2013), puntos 32 y 34, disponible en http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf.

[39]GIBERTI, Adopción... cit., expresa: *"...este impacto, que ninguna teoría psicológica podría diagnosticar como trascendente para la historia del sujeto como un episodio traumático permanente, sino como una experiencia negativa, preferiblemente evitable, pero sin que el destino de ese niño quede fijado determinísticamente por la experiencia, constituye el argumento mayor para mantener la ilegalidad del procedimiento. Sin embargo, los montajes de las llamadas 'series complementarias' en psicoanálisis [...] autorizan a pensar, además de la experiencia clínica, que ese cambio puede instituirse en una ventaja para el niño si es trasladado desde ese preludio de familia hacia otra, respetuosa de la ley"*.

[40]DIAS, María Berenice, Manual de Direito das Famílias, 4ª ed. rev., act. y amp., Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2007, citada por HERRERA, Marisa, La noción de socioafectividad como elemento *"rupturista"* del Derecho de Familia contemporáneo, en RDF, 2014,

Nº 66; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Un "*leading case*" sobre responsabilidad civil en materia de filiación. ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?, en J. A. 2004-III-392 y ss.; HE-RRERA, Marisa, Socioafectividad e infancia. ¿De lo clásico a lo extravagante?, en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 971.

[41]Unanimidad: Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Adriana Krasnow (UNR), Paula Fredes (UN de Río Negro), Guillermina Zabalza (UN del Centro), Marisa Herrera (UBA), Marisa Domínguez (UNC), Lorena Galelli (UN de La Plata), Silvina Basso (Uces), Patricia Kuyumdjian (UCA, Buenos Aires).

[42]FERNÁNDEZ, GONZÁLEZ DE VICEL y HERRERA, ob. cit.

Jurisprudencia española. Protección de la vivienda eb el derecho familiar

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 80, 355

Citaon line: LALEY AR/DOC/3717/2017

[Consultado el: 04/06/2021]

Sumario: I. Palabras de introducción.— II. Criterios de atribución.— III. Atribución del uso por convenio. Improcedencia de cambio de lo acordado.— IV. Uso exclusivo en caso de cuidado alternado. Cambio de modalidad.— V. Cambio de progenitor custodio: de custodia compartida a unipersonal.— VI. Atribución alternada o exclusiva del uso del inmueble bajo contrato de arrendamiento como vivienda de protección oficial.— VII. Violencia familiar. Atribución de la vivienda a la víctima.— VIII. Palabras de cierre

I. Palabras de introducción

La posibilidad de acceso a la vivienda es considerada de forma unánime en la categoría de derecho fundamental que específicamente se encuentra incluida dentro de los derechos económicos, sociales y culturales bajo la denominación "*vivienda adecuada*" (1), concepto que abarca mucho más que un cobijo o techo, suponiendo un hábitat que exige su adaptación a las necesidades concretas de la persona, familia o grupo que la ocupa. Relacionado con la vivienda familiar, en varias sentencias del Tribunal Supremo español ensayaron su definición: "*la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia*" (2); "*bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario*" (3), aquella que constituye

el ámbito habitual del desarrollo de las relaciones interpersonales familiares de la persona, el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar con notas de permanencia y habitualidad, "*refugio elemental para la satisfacción de necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también el auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos*" (4).

Como señala la doctrina, la vivienda es lugar donde los niños, niñas y adolescentes, junto a los demás integrantes de su familia, llevan a cabo la mayor parte de sus actividades vitales; allí se produce la convivencia, se comparten los logros y se reparten las cargas (5).

El derecho a la vivienda es un derecho fundamental de las personas, que tiene intrínseca relación con el derecho humano a la vida familiar. Integra la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, lo que hace que sobre el Estado recaigan obligaciones positivas tendientes a garantizar su cumplimiento (6) y a relacionar los mecanismos adecuados para preservarlo y hacerlo compatible con los demás condicionamientos económicos y sociales de la población (7). Junto a otros instrumentos internacionales (8), la Convención de los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizar un hábitat donde desarrollar los derechos reconocidos. El art. 27 se refiere específicamente a la vivienda y, sin perjuicio de la responsabilidad primaria de los padres, dispone una responsabilidad subsidiaria del Estado.

La separación de la pareja —conyugal o convivencial— no siempre se produce en términos amistosos; la existencia de hijos en común o afines genera hacia el después una serie de responsabilidades, derechos y obligaciones que deberán ser resueltas apuntando a: a) mantener la relación y comunicación de los hijos con ambos progenitores, salvo causas graves; b) permitir el ejercicio del rol paterno o materno por cada miembro de la pareja; c) garantizar un derecho de habitación digna para todos los miembros de la familia, pero especialmente a los menores de edad o con discapacidad; d) garantizar unos apoyos económicos adecuados para cada miembro de

la familia tales como alimentos, gastos extraordinarios, pensión compensatoria, para que puedan atender a sus necesidades y subsistencia y e) propender a que los vínculos de la pareja se disuelvan sin desatender el proceso hacia la autonomía individual y mucho menos el bienestar de los hijos, con conciencia de que el uso de la vivienda, la pensión compensatoria y la liquidación del régimen económico matrimonial constituyen los puntos más sensibles de la disolución de una pareja cuyo proyecto de vida en común cesó (9).

Dentro de la interpretación de las diversas pautas diseñadas legalmente para la protección de la vivienda, pondremos énfasis en aquellas que enlazan este derecho fundamental con otros de igual jerarquía, trayendo aquellas sentencias dictadas en los últimos tiempos que dirimieron esas tensiones. En ese derrotero, pareció importante compulsar los fallos vinculados con la atribución del uso de la vivienda, los casos en que procede, el alcance y su asignación temporal o definitiva, de lo que la jurisprudencia española da nutrida noticia, muy especialmente interpretando el art. 96 del CCiv., que convive con otras disposiciones autonómicas, como la ley 25/2010 de 29 de julio que aprueba el Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, y ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los Hijos e Hijas cuyos Progenitores no Conviven.

Finalizada la síntesis jurisprudencial, se señalaran las pautas generales que rigen el tema en el derecho argentino, que ha recogido en su novel legislación varios de los cuestionamientos que originaron los fallos aquí condensados.

II. Criterios de atribución

1. Cuidado de los hijos: hijo mayor de edad con discapacidad

Si bien en el derecho español tanto la legislación como la doctrina judicial elaborada en la materia establecen que el cuidado de los hijos resulta ser la pauta por excelencia para la atribución del uso de la vivienda en función del interés superior de los derechos que titularizan, cabe preguntarse si la concomitancia de otros factores de vulnerabilidad puede ser considerada suficiente para la permanencia en dicho uso cuando ellos acceden a la mayoría de edad.

Traemos dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (TS), sala Civil, Madrid, Sección 1ª, una de fecha 19/01/2017 (10), donde se resuelve respecto de la procedencia de la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda que fue familiar, pero privativa del cónyuge, al hijo mayor de edad con discapacidad reconocida pero no declarada y al progenitor en cuya compañía queda, y la otra de fecha 08/03/2017 (11), que se expide respecto de medidas provisionales que atribuyeron a la esposa el uso de la vivienda, pero no de manera definitiva en la sentencia de divorcio, con la existencia de hijos convivientes con el padre y madre en vivienda familiar con hijo mayor enfermo mental.

Estas decisiones ponen de manifiesto la variación de la rigidez interpretativa con que se abordaba la cuestión del art. 96, CCiv., en especial porque se admite la limitación temporal del derecho.

La doctrina legal que emerge del análisis de sendos fallos es la siguiente: "*Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de*

prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142, CCiv.)". Veamos cada uno.

- a) En el primer caso, el juez decretó el divorcio y atribuyó el uso y disfrute de la vivienda familiar y del ajuar doméstico a la esposa, por ser el interés más necesitado de protección y por un plazo de tres años, a contar desde la fecha de la resolución. Durante este plazo, los gastos de suministros de la vivienda, como agua, luz, gas, etc., se abonarían por la esposa, lo mismo que los gastos ordinarios de comunidad, en tanto que detentadora del uso. Los gastos derivados de la propiedad, como el IDI, tasa de basura, etc., y los gastos extraordinarios de la comunidad serían abonados íntegramente por el esposo, por ser gastos referentes a la propiedad, y ser la vivienda propiedad exclusiva de él; además, fijó alimentos para los dos hijos a cargo del progenitor y dispuso que los extraordinarios se abonarían por mitades por ambos adultos. Apelada por la progenitora en representación de los niños, la Audiencia Provincial de Valencia confirmó lo resuelto con fundamento en que *"la circunstancia de que la vivienda sea privativa de uno de los esposos no impide el que su uso sea atribuido al otro si bien en ese supuesto ha de ser limitado temporalmente"*.

El interés casacional se focaliza en la alegación de la infracción al art. 96.1 del CCiv. y la oposición de la sentencia a la jurisprudencia del TS, sala Civil expresada en la sentencia de 30 de mayo de 2012, que declaró que los hijos discapacitados deben ser equiparados a los menores, consecuencia de lo cual la ex cónyuge solicita que el uso de la vivienda familiar de forma indefinida en lugar de por tres años, como se resolvió en las instancias anteriores, a la vista de las circunstancias de la hija, mayor de edad, pero dependiente.

La decisión del Máximo Tribunal se hace cargo de distinguir la situación de la sentencia citada como motivo casatorio —del 30/05/2012— del caso tratado, al señalar que en aquél se estaba frente a una persona declarada judicialmente discapacitada, "lo que no

ocurre en este caso en el que la discapacidad de la hija que convive en el domicilio familiar con su madre no ha sido reconocida judicialmente, ni consta en autos resolución administrativa de discapacidad". Agrega enseguida: *"Tampoco tiene en cuenta esta condición el art. 96 del CCiv., ni en el caso de los hijos ni en el de los cónyuges, ni se regula en ningún derecho civil especial sobre esta materia, pese a ser estos últimos posteriores a la entrada en vigor en España de la Convención de Nueva York de 2006, posiblemente porque esté contemplando, como instrumento protector, la prórroga de la patria potestad, con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, supuesto en el que se produce la equiparación entre hijos menores y mayores, a que se refiere la sentencia de 30 de mayo de 2012"*. Señala el Supremo, luego de reconocer que la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio (12), que *"El problema será determinar si entre los apoyos que el art. 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el art. 96 del CCiv. configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad"*.

Culmina con el rechazo del recurso por considerar que, arribados los hijos a la mayoría de edad, cesa el derecho conferido a ellos y nace —eventualmente— el del cónyuge más necesitado de protección, no oponiéndose a esa inveterada doctrina la existencia de un hijo mayor de edad con discapacidad, pues: *"Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al art. 96, CCiv., y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en*

que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad".

Sin perjuicio de ello, aclara la sentencia que "No se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad. Esta equiparación la hizo esta sala en las reseñadas sentencias en supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa".

- b) La otra sentencia que aborda el tema del hijo con discapacidad tuvo como antecedente, en un estadio inicial, la atribución del uso de la vivienda a la esposa en carácter de medida provisional durante la separación personal. La sentencia de divorcio dictada en el año 1987 guardó silencio sobre el punto, y la ex cónyuge continuó en el uso del inmueble. Ante el requerimiento de cese del ex cónyuge, se opuso a la pretensión, para lo cual adujo tener a cargo de un hijo con discapacidad.

La decisión establece la distinción entre la pauta de atribución del uso de la vivienda en razón del cuidado del hijo con discapacidad durante su minoría de edad y el desanclaje de ese parámetro cuando adquiere la mayoría de edad, donde las reglas rectoras son las previstas para los alimentos. En ese sentido, pareciera que el Tribunal Supremo se aparta de lo resuelto en la sentencia del 30/05/2012 (13), donde señaló: "*Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este*

aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1, CCiv., que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". No obstante, el tribunal se encarga de fundamentar que en ese caso se trataba de una persona declarada judicialmente incapacitada y la progenitora rehabilitada en el ejercicio de la responsabilidad parental (14).

Los antecedentes del caso dan cuenta de que el cónyuge interpuso demanda de modificación de medidas adoptadas en procedimiento de divorcio, requiriendo se extinga la pensión compensatoria que percibía su ex esposa, dada la mejora de su situación económica y lo dilatado del período en el que se ha compensado el desequilibrio ocasionado por la ruptura matrimonial. Subsidiariamente, solicitó la reducción del importe de la pensión. Asimismo, pidió pronunciamiento sobre si la sentencia de divorcio de fecha 13 de octubre de 1987 atribuye el uso de la vivienda, de titularidad del presentante por su condición de militar, a la mujer o si, por el contrario, no es así, a fin de proceder a la extinción del contrato de arrendamiento suscrito. La ex cónyuge pidió se mantenga la cantidad establecida en concepto de pensión compensatoria, disponiendo que lo fuera en carácter vitalicio, y se acuerde, con fundamento en las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento de separación y de medidas provisionales, mantener la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda ocupada por ella en Cádiz, de propiedad estatal, con carácter vitalicio. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Cádiz dictó sentencia, con fecha 9 de octubre de 2014 declaró extinguida la pensión compensatoria establecida y no la mantuvo en la atribución del uso de la vivienda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz resolvió con fecha 21 de septiembre de 2015, confirmando la sentencia de primera instancia.

La mujer interpuso recurso de casación fundamentado en la vulneración del art. 106 del CCiv. e infracción al art. 96, CCiv.

La decisión del Tribunal Supremo respecto del art. 106 del CCiv. (15) hace notar que la doctrina plasmada en sentencia de 26 de marzo de 2014 (16), ratificada por sentencia de 10 de noviembre de 2014, se ocupa del tiempo en el que se pueden percibir los alimentos una vez establecida la correspondiente condena en vía civil. Concluye que la jurisprudencia invocada nada tiene que ver con el tema de la vivienda familiar. Recordó que, en el caso, la vivienda familiar fue atribuida a la esposa en medidas provisionales de separación sin que se ratificase en sentencia posterior, ni aun en la de divorcio, donde quedó conferida al padre la custodia de los hijos. Regresó sobre el texto del art. 106 para afirmar que *"Este precepto nos lleva a entender que desde que no se ratificaron las medidas en el procedimiento de separación y al no peticionarlas en el de divorcio, la atribución del domicilio quedó sin efecto, pese a que en la práctica la recurrente lo ha disfrutado desde el auto de medidas de 5 de febrero de 1981, beneficio que compensa, con creces, cualquier perjuicio que pueda tener en el futuro, máxime si se tiene en cuenta que era una vivienda militar, atribuida al que fue su esposo"*.

Con relación a la invocada infracción del art. 96 del CCiv. (17), y oposición a la doctrina de la sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, se concluyó: *"No se han alterado las circunstancias que justifican la cesación de la atribución a la esposa del uso del domicilio familiar mientras dure la convivencia con el hijo común. No se ha valorado la situación de incapacidad del hijo como un hecho relevante en orden a la asignación del domicilio familiar a la recurrente, progenitor custodio en compañía del hijo, según ordena sentencia judicial, y/o bien a considerar a la esposa el interés más necesitado de protección por disponer de unos ingresos bajos"*.

El tribunal tuvo en cuenta que la progenitora alegó permanecía con ella de un hijo diagnosticado de esquizofrenia, lo que motivaría que se le equipare a un menor y atribuírsele la vivienda. Sin embargo, declara que *"...no consta declaración de incapacidad aunque sí constatación de la enfermedad psiquiátrica invocada, razón por la que el padre fue*

condenado al pago de una prestación alimenticia al referido hijo Aquilino". Recordó la sala que en sentencia 31/2017, de 19 de enero, declaró: "Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142, CCiv.). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores". De la referida doctrina deduce que la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar.

En otra porción de la sentencia, y respecto de la casación por oposición a la doctrina del pleno de la sala 1ª de lo Civil del TS, plasmada en sentencia 624/2011 de 5 de septiembre, dictada en unificación de doctrina legal sobre el art. 96, CCiv. (18), y por infracción de doctrina del TS, sala 1ª de lo Civil, de fecha 01/04/2011, STS de 14/04/2011, STS de 30/03/2012, STS de 09/05/2012 y STS de 31/05/2012, desestima el planteo.

Sostiene el tribunal que, dado que el precepto alojado en el art. 96.3 del CCiv. regula las viviendas familiares y la cuestionada no lo es, desde que no se le atribuyó formalmente a la esposa en las sentencias de separación y divorcio, ni en el referido domicilio convivieron desde el divorcio los hijos que quedaron con el padre, corresponde rechazar la pretensión de la actora.

2. Interés superior del niño

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar ante la existencia de personas menores de edad es la que dispone que *"la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96, CCiv."* (19). Fue ratificada, entre otras, en la sentencia dictada el 03/04/2014 (20) y más recientemente en el año 2015, también respecto de la decisión emanada de la Audiencia Provincial de Valladolid (21).

En el primer caso citado —2014— se decidió casar y anular la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, que, revocando lo resuelto en primera instancia, había resuelto adjudicar el uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estableciendo como tiempo máximo de usufructo hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad económico familiar (22) con el argumento de que el art. 96 del CCiv. no prohibía las limitaciones temporales. El TS resuelve reponer la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valladolid, que había declarado el divorcio de los cónyuges, disuelto el régimen de sociedad de gananciales, conferido carácter de definitivas a las medidas provisionales dictadas, con la sola modificación del horario de visitas, establecido la cuantía de la pensión de alimentos de la hija a cargo del padre y el derecho de uso de la casa familiar, reconociendo como máximo temporal de ejercicio del derecho la mayoría de edad de la hija.

Partiendo del argumento de que el art. 96, CCiv., establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, el TS concluye que *"Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio"*; posteriormente indica: *"El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre*

los alimentos se encuentra la habitación (art. 142, CCiv.); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1, CCCat.). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011)".

Recordó también la siguiente premisa: *"Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39, CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor".*

Señaló que no desconocía las críticas respecto de la complejidad de la interpretación literal del art. 96, CCiv., sobre todo en supuestos de custodia compartida (23). Y sostuvo que *"Sin duda, el interés prevalente del menor no pasa necesariamente por la liberación de la medida de uso. Se trata de un argumento simplemente especulativo que tendrá su razón de ser en algunos casos, no en todos".* Siguiendo la línea trazada en STS 17 de junio 2013 (24), sostuvo, relacionando el uso de la vivienda familiar al interés superior del menor de edad, que ese principio: *"es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un estatus si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no sólo*

con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros".

También el TS se expidió sobre las excepciones a la interpretación sostenida acerca de lo dispuesto en el art. 96, CCiv., señalando que *"hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios..."*.

3. Progenitor en condiciones de vulnerabilidad

La resolución dictada el 8 de marzo de 2017 (25) resulta de gran relevancia, pues el Tribunal Supremo debió expedirse respecto de la tensión emergente entre el derecho del progenitor que sostenía su condición de vulnerabilidad y el del hijo a quien se le había atribuido el uso de la vivienda, sin haber acreditado de forma suficiente el cambio de circunstancias tenidas en miras al momento de resolverse la adjudicación.

Los antecedentes del caso dan cuenta de que se interpuso recurso de casación contra una sentencia recaída en un juicio de modificación de medidas definitivas dictadas en sentencia de divorcio, donde el cónyuge alegaba que su derecho era el más necesitado de protección, pretendiendo la adjudicación del domicilio que fue vivienda familiar y que había sido atribuido preventivamente al hijo del matrimonio en resolución de fecha 21 de noviembre de 2007. La sentencia de divorcio se dictó en primera instancia, en fecha 27 de septiembre de 2013, atribuyendo al demandante el domicilio que fuera

vivienda familiar. El 19 de diciembre de 2014 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas revocó el fallo apelado y desestimó la demanda de modificación de medidas en su día interpuesta. Sostuvo que no existía una alteración sustancial de circunstancias que permita modificar la atribución del uso de la vivienda conyugal a favor del demandante, siendo aún menor de edad el hijo. Detalló que dicha atribución, cuando existen hijos menores de edad, no puede adoptarse en función del interés más necesitado de protección de cualquiera de los cónyuges, pues la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentencias de 21 de junio de 2011, 17 de octubre de 2013, 3 de abril de 2014 (26) y 16 de junio de 2014 (27)) establece que la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 del CCiv. Valorando expresa y detalladamente los supuestos en los que la sala ha flexibilizado el rigor de la norma dispuesta en el art. 96 del CCiv., concluyó que no concurrían en el caso objeto de autos. En cuanto al fundamento último de su decisión, precisó que el demandante ya intentó en una ocasión anterior la modificación de la misma medida de atribución del uso del domicilio, pretensión que le fue denegada en sentencia de 11 de mayo de 2012, siendo entonces las circunstancias similares, cuando no idénticas, a las que alega ahora, en particular en cuanto a su precaria situación económica. Sentó como hechos probados que el domicilio en cuestión nunca fue abandonado por la madre para habitar con su hijo en otro domicilio adecuado al interés del menor.

El recurso de casación se interpone denunciando la violación del art. 96 del CCiv. en cuanto a la aplicación automática del uso de la vivienda familiar al menor de edad en compañía de su madre custodia a pesar de existir otros domicilios que cubren con creces el derecho de habitación del hijo, desprotegiendo al cónyuge no custodio más necesitado de protección que, al carecer de una vivienda o lugar de residencia digno, impide que pueda ejercitar el derecho de visitas con su descendencia en condiciones óptimas que protejan a ese interés del

menor, presentando interés casacional la resolución del recurso, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo. El recurso es rechazado.

Se afirma en el fallo que la sentencia de la AP no desconoce ni deja de aplicar la doctrina de la sala acerca de la atribución de la vivienda familiar, *"...pues razona detalladamente en qué medida concurren las circunstancias que permitirían aplicar una solución distinta de la literalmente prevista por el citado art. 96 del CCiv., y llega a la conclusión de que a la vista de los hechos probados no concurre ningún supuesto de los que la doctrina de esta sala ha considerado como merecedores de matizar el rigor de dicha previsión legal. En suma, es claro que la sentencia recurrida se ha limitado a aplicar la doctrina de esta sala a los hechos que declara probados, tal y como explícita a lo largo de su Fundamento de Derecho Segundo, doctrina que sólo mitiga el rigor de la norma contenida en el art. 96 del CCiv. en supuestos excepcionales y bien definidos, como reitera la sentencia nro. 724/2016, de 5 de diciembre (recurso 788/2016), citando otras anteriores..."*.

Recuerda el juez ponente, en relación a la morigeración de la interpretación del art. 96 del CCiv., que *"Esta sala en sentencias de 15 de marzo de 2013; recurso: 864/2011 y 17 de junio de 2013; recurso: 1789/2011, declaró: 'Es cierto, como precisa la STS de 5 de noviembre 2012, que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que los hijos no precisen de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el art. 233-20, CCCat., que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1, CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011)'. En el mismo sentido la sentencia nro. 320/2014, de 16 de junio"*.

A ello se añade que la ratio decidendi de la sentencia recurrida no se encuentra únicamente en la consideración del interés del menor como preferente frente al del progenitor no custodio, sino además en la falta de acreditación por el demandante de la concurrencia de una alteración sustancial de las circunstancias sobre las que se fundamentó la atribución del domicilio familiar al menor y al progenitor custodio en la sentencia de divorcio. El recurso —sostiene el TS— no se refiere a esta cuestión, lo que supone omitir unas circunstancias de hecho relevantes y hasta decisivas para el sentido del fallo que se recurre, pues ante la oposición de la demandada a la modificación de la medida definitiva de atribución de la vivienda familiar, es preciso que el demandante acredite que se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias que fundamentaron la adopción de aquélla, lo que no ocurre, tal y como establece precisamente la sentencia recurrida.

III. Atribución del uso por convenio. Improcedencia de cambio de lo acordado

Otro supuesto considerado recientemente en la máxima instancia jurisprudencial española fue el atinente a la pretensión de modificación de lo convenido por los ex cónyuges respecto de la atribución exclusiva del usufructo del inmueble familiar a uno de ellos en el convenio regulador, donde además se plasmó un plazo determinado luego del cual la esposa debía abandonar la vivienda (28).

El fallo de la sala Civil del Tribunal Supremo data del 08/03/2017 y sus antecedentes son los siguientes: el juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián dictó sentencia con fecha 10 de julio de 2015, disponiendo que el uso y disfrute del domicilio familiar sea atribuido a la progenitora y al hijo hasta el momento de la mayoría de edad de éste o de su emancipación económica. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación el progenitor. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa dictó sentencia con fecha 9 de noviembre de 2015, revocando parcialmente dicha resolución en lo relativo a la atribución

del uso de la vivienda, debiendo estarse a lo pactado sobre dicho uso en el convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio de los litigantes. Esta decisión motivó la interposición el recurso de casación por infracción de lo dispuesto en el art. 96 del CCiv., por aplicación indebida con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2011 (unificación de doctrina), 14 de abril de 2011 y 21 de junio de 2011.

Al momento de resolver, el Tribunal Supremo señaló que la sentencia del 16 de abril de 2013 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Donostia/San Sebastián aprobó el convenio regulador de fecha 18 de febrero de 2013, propuesto por las partes y que, en lo que ahora interesa —uso de la vivienda familiar— atribuyó provisionalmente el uso a la mujer hasta tanto se le conceda o adjudique una vivienda de protección oficial, bien en régimen de alquiler o de propiedad. Allí se consignó que *"en cualquier caso"* abandonará la vivienda que ha sido familiar y propiedad exclusiva del señor una vez transcurrido el plazo de tres años desde la firma del presente convenio regulador (con independencia de que le hayan entregado la precitada vivienda). La mujer alegaba que se habían alterado las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del convenio regulador porque: a) no se le había concedido una vivienda de protección oficial; b) no dispone de alojamiento en la vivienda de su madre, al tratarse de una vivienda de reducidas dimensiones, en la que habitan en la actualidad, además de su madre, su hermano y su tío y c) se encuentra en situación de desempleo desde el 19 de junio de 2012. Esas circunstancias fueron meritadas por el juzgado para admitir la demanda y dejar a la señora el uso y disfrute del domicilio familiar hasta el momento de la mayoría de edad del hijo o de su emancipación económica.

La sentencia de la Audiencia Provincial revocó la del juzgado y desestimó la demanda porque no habían variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento en que fue suscrito el convenio regulador.

El argumento casacional se desestima con los siguientes fundamentos: *"1. Las sentencias citadas en el motivo, y otras posteriores (entre las más recientes la 117/2017, de 22 de febrero), recogen la siguiente doctrina en la interpretación del art. 96 del CCiv.: 'la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96, CCiv.'. Sostuvo el TS que 'Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39, CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor"*. Respecto del convenio regulador y la atribución del uso de la vivienda aclaró, en relación con lo dispuesto en el art. 96, CCiv., lo siguiente: *"2. El art. 90.2 del C. Civil establece como requisito para los convenios reguladores, que no sean dañosos para los menores, y ocurre en este caso que el uso de la vivienda familiar se asignó por un tiempo determinado a la esposa e hijo menor de conformidad con el primero de los criterios establecido en el art. 96 del CCiv. ('en defecto de acuerdo'), y este acuerdo fue aprobado judicialmente como manifestación expresa de que el interés del menor estaba suficientemente protegido en la forma que ambos progenitores evaluaron, primero, y acordaron, después, de común acuerdo, para definir las consecuencias derivadas de la separación, tanto para el presente como para el futuro, y lo que aquí se cuestiona no es tanto este pacto como la alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su aprobación para asignar el uso de la vivienda familiar en la forma en que lo hicieron, y esa modificación no se ha producido, como declara probado la sentencia, por lo que debe mantenerse la medida"*.

En definitiva, concluyó en que la modificación de los convenios reguladores, en cuanto admiten limitar temporalmente el uso exclusivo de la vivienda familiar a favor de los hijos convivientes con alguno de los miembros de la pareja, sólo será posible si se

comprueba el cambio de circunstancias tenidas en consideración al momento de su aprobación.

IV. Uso exclusivo en caso de cuidado alternado. Cambio de modalidad

Uno de los cuestionamientos que se hacían a las decisiones judiciales que sistemáticamente apelaban a la literalidad de la regla alojada en el art. 96 del CCiv. español era que la atribución del usufructo de la vivienda a los hijos por su condición de personas menores de edad se desentendía de las particularidades que se producían en los sistemas familiares cuando el cuidado de ellos le era conferido a ambos progenitores.

Recientemente —el 17/02/2017— el Tribunal Supremo tuvo ocasión de expedirse sobre el tema (29) a partir de lo resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid al tratar el recurso de apelación contra la sentencia emanada del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Coslada (30) que dispuso otorgar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre en exclusiva, manteniéndose la patria potestad compartida entre las partes con régimen de visitas para que el padre pueda relacionarse con sus hijos los fines de semana alternos, confirmándose el resto del pronunciamiento.

Al analizar el caso, el Tribunal Supremo señaló que las partes establecieron de hecho un régimen de custodia compartida y fijaron de común acuerdo el régimen de visitas, ponderando que ambos tienen aptitudes personales para dicha guarda y custodia. Agregó que la audiencia provincial justificó la modificación de lo resuelto en que las partes no se llevan bien y que viven en domicilios no cercanos (una en Madrid, la otra en Coslada, donde se encuentra la vivienda familiar); no existe informe auxiliador objetivo y científico del Ministerio Fiscal; no existe dictamen de especialistas, debidamente cualificados, indicando la idoneidad o no de la custodia compartida, afirmando que la madre está ejerciendo bien la guarda y custodia exclusiva y al menos uno de los hijos prefiere estar con su madre y ver

a su padre cada quince días. La progenitora había propuesto como prueba la realización de un informe pericial, que fue denegado por la audiencia provincial.

La decisión de la sala Civil del TS consistió en revocar lo resuelto por la audiencia provincial con base en que en la sentencia recurrida se desarrollan tres argumentos para rechazar la custodia compartida: 1. La distancia entre domicilios, sin más justificación. 2. La ausencia de informe del fiscal. 3. La inexistencia de informe psicosocial, cuando se estableció que 1. Sí hubo intervención del Ministerio Fiscal. 2. Efectivamente no se emitió informe psicosocial, en ninguna de las instancias, pero dicho informe fue solicitado en segunda instancia y rechazado por la audiencia provincial, contra cuya resolución se interpuso recurso de reposición que también fue desestimado. 3. La distancia entre las localidades en que residen los progenitores de los menores (Madrid-Coslada) es escasa, especialmente para una metrópoli como Madrid. Con ese análisis concluyó que ninguna de las causas que sustentan la negativa a la custodia compartida ofrece justificación suficiente, máxime cuando la propia audiencia provincial consideró innecesario el informe, cuando se le propuso como prueba.

Más allá de lo que se verá sobre la cuestión de la vivienda, interesa transcribir lo señalado en la sentencia en comentario sobre el sistema de custodia compartida, pues recuerda que la sala ha declarado: *"La interpretación del art. 92, 5º, 6º y 7º, CCiv., debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida*

excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

Se recordó en el fallo que *"Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013)".* A la luz de los datos de hecho, se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del CCiv. y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Al asumir la instancia, se confirma parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nro. 4 de Coslada, excepto en lo relativo al uso y disfrute del domicilio familiar, que a continuación se analiza.

Ya en lo que hace al tema de esta compilación, es decir, la atribución de la vivienda familiar, el fallo toma en consideración que tanto el padre como la madre reconocen que ésta ya no reside en el domicilio familiar de Coslada, sino en Madrid con su pareja. La sentencia del juzgado había atribuido el uso del domicilio familiar a los menores, debiendo permanecer en él el progenitor que disfrutase del turno semanal. Sobre la cuestión puntual de la alternancia de los adultos en el que fuera el domicilio familiar, dice el TS: *"Este sistema que puede ser respetable, cuando los ingresos de la pareja son cuantiosos, se convierte en inasumible ante economías precarias, como es el caso, dado que deben hacer frente al mantenimiento de tres viviendas (la familiar y las dos de alternancia)".* Para resolver la cuestión, apeló a una decisión de la sala

adoptada en sentencia nro. 545/2016, de 16 de septiembre, donde se observa la morigeración de la interpretación que se venía dando desde el Tribunal Supremo al art. 96 del CCiv. en los siguientes términos: *"Esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2, CCiv., aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015; rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. En igual sentido la sentencia de 3 de diciembre de 2013; rec. 1341 de 2012"*.

Finalmente señaló que, constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su permanencia como vivienda social, no procede entrar en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar, dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de sentencia las incidencias que procedan.

V. Cambio de progenitor custodio: de custodia compartida a unipersonal

También recientemente (31) el Tribunal Supremo tuvo ocasión de expedirse sobre el usufructo de la vivienda de propiedad de ambos ex cónyuges como derecho del hijo frente al interés de uno de los progenitores afectado por un padecimiento psíquico.

En la primera instancia se dictó sentencia de divorcio, y se decretó la responsabilidad parental compartida, del mismo modo que el cuidado (la guarda y custodia, según la nomenclatura española) con

un reparto temporal por mitades durante los fines de semana, los períodos vacacionales escolares, de Navidad y Semana Santa. Se atribuyó al ex cónyuge el uso y disfrute de la vivienda familiar, la administración del vehículo a la señora y en conjunto —es decir, a ambos— la administración de la sociedad comercial y la contribución al sostenimiento de las cargas familiares. Interpuesto recurso de apelación por la ex esposa, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2015, atribuyendo la guarda y custodia de las menores de edad a su madre, fijando un régimen de visitas a favor del progenitor, atribuyendo el uso de la vivienda familiar al ex cónyuge y fijando alimentos a su cargo.

El motivo de casación que invocó la mujer fue la infracción del art. 96 del CCiv. y de la doctrina jurisprudencial al efecto.

Durante el trámite se produjo prueba de peritos, valorando la experta designada que tanto por el sistema mantenido en el período de convivencia, como por la fuerte y positiva vinculación entre las hijas y el padre, por no existir discrepancias básicas en la educación de las niñas y por no haber comportamiento en los padres que incida negativamente en las hijas, el sistema de custodia compartida es el que mejor se acomoda a sus necesidades, a pesar de las crisis del padre, que obedecen no a trastorno psicopatológicos, sino que son debidas a situaciones de estrés. Durante el trámite ante la AP se realiza un nuevo informe pericial, del que surge que la relación de una de las hijas con su padre se deterioró progresivamente hasta llegar a un estado de apatía y desidia. Se informó que vivencia que el padre no está interesado en la relación con ella ni con su hermana. Tras ello, se atribuyó la custodia de las niñas en exclusiva a la madre, manteniendo en el uso de la vivienda familiar al señor con fundamento en que las niñas llevaban tres años fuera del domicilio familiar y lo relativo a la salud psíquica y a la capacidad económica del progenitor, que llevó a la audiencia a entender que su interés era más digno de protección el interés de éste.

Frente a tal disposición se recurre en casación solicitando se atribuya el uso de la vivienda familiar, así como los objetos de uso ordinario, a las hijas y al cónyuge bajo cuya custodia queden. Se cita como precepto legal infringido el art. 96, CCiv., por oposición a la jurisprudencia de las sentencias de fecha 1 de abril de 2011, de 3 de abril de 2014, 14 de abril de 2011 y 16 de junio de 2014.

La sala Civil del Tribunal Supremo admite el recurso.

La resolución dictada señala que la audiencia provincial entiende erróneamente que la vivienda familiar ya no tiene ese carácter, dado que las menores de edad, junto con su madre residen en una arrendada, de lo que parece entender que las niñas no precisan de la vivienda, por lo que pasa a adscribirla al padre "*con carácter temporal*", pero sin precisar el tiempo. Atribuye el yerro a que no se contempló que la madre y las hijas abandonaron la vivienda familiar no por su propio deseo sino porque así se acordó en el auto de medidas de 27 de abril de 2012. Es decir, la vivienda en la que todos habitaron (y que en ambas instancias fue atribuida al padre) no dejó de ser vivienda familiar. Recordó que establece el art. 96 del CCiv. que "*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial*".

Reitera entonces el TS su doctrina en cuanto a que de este texto legal se deduce que la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia. Y señala: "Esta sala en sentencias de 15 de marzo de 2013; recurso: 864/2011 y 17 de junio de 2013; recurso: 1789/2011, declaró: '*Es cierto, como precisa*

la STS de 5 de noviembre 2012, que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que los hijos no precisen de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el art. 233-20, CCCat., que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1, CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011)'. En el mismo sentido la sentencia nro. 320/2014, de 16 de junio". Con esos argumentos concluye que "La referida doctrina legal nos lleva a la atribución de la vivienda familiar a las niñas y su madre, aunque en virtud de la estimación del recurso de casación y la atribución de la vivienda a las hijas y la progenitora, se reducen los alimentos a cargo del progenitor, con ponderación del hecho de que la madre mantiene mejor posición económica".

VI. Atribución alternada o exclusiva del uso del inmueble bajo contrato de arrendamiento como vivienda de protección oficial

El 01/03/2017, la sala Civil del Tribunal Supremo dicta sentencia (32) en un caso en que, disuelto por divorcio el vínculo matrimonial, el uso y disfrute de la vivienda familiar se atribuyó al esposo, estimando el suyo como interés más necesitado de protección, con cargo de hacer frente a todos los pagos derivados del uso de una vivienda social arrendada a su nombre (alquiler, gastos, suministros, reparaciones). Apelada la sentencia, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente el recurso, determinando que la atribución del uso de la vivienda sería por períodos anuales de forma sucesiva y alternativa a favor de ambas partes, comenzando por el señor. El juez de la primera instancia

apoyó su decisión en la circunstancia de que los hijos eran mayores de edad, el demandante carecía de ingresos más allá de la prestación por desempleo, no tenía perspectiva de obtener trabajo habida cuenta su edad, su escasa cualificación y la situación de crisis económica, recibía ropa y alimentos para atender a sus necesidades, carece de familiares que puedan auxiliarle y el contrato de alquiler de la vivienda de la Junta de Andalucía se celebró con él, no previendo posibilidad de cambio de titular más allá de la subrogación por fallecimiento, corriéndose el riesgo de que, de atribuirse la vivienda a la demandada, el contrato de alquiler sea rescindido por la arrendadora por no cumplirse por el usuario de la vivienda las condiciones requeridas. Por su parte, entendió que la demandada tenía cubiertas sus necesidades más perentorias, viviendo con su madre, habiendo realizado trabajos esporádicos en su nueva localidad de residencia.

La AP, para revocar la sentencia de primera instancia, en el sentido de atribuir la vivienda familiar por períodos anuales de forma sucesiva y alternativa en favor de ambas partes, estimó que el interés más necesitado de protección es el del demandante, habida cuenta de que él es jornalero agrícola, viene percibiendo la prestación por desempleo y recibe alimentos y ropa para atender sus necesidades más básicas; aunque añadió que la demandada, tras el cese de la convivencia conyugal, se trasladó a vivir con su madre a otra localidad, cobrando el subsidio por desempleo. Desde el punto de vista jurídico, consideró que el uso y disfrute de la vivienda no puede ser vitalicio y, en función de la realidad económica de ambos, resolvió la distribución temporal periódica y consecutiva para ambos.

Como fundamento del interés casacional alegado por el ex cónyuge se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de la sala Civil de fechas 5 de septiembre de 2011, 11 de noviembre de 2013 y 12 de febrero de 2014, que establecen que en caso de no existir hijos menores de edad, la atribución de la vivienda familiar deberá hacerse al cónyuge más necesitado de protección.

La casación estima el recurso, apreciando contradicción en la resolución de la audiencia provincial, dado que reconoce en el señor el interés más necesitado de protección y, sin embargo, establece un sistema de alternancia anual en el uso de la vivienda arrendada. Luego señala: *"El art. 96.3 del C.Civ. permite la atribución de la vivienda familiar por un tiempo prudencial al cónyuge no titular, cuando no concurren hijos menores. En el presente caso consta que el Sr. Salvador es el titular del contrato de arrendamiento sujeto a la legislación administrativa de la Comunidad Autónoma Andaluza y con sujeción a las causas de desahucio administrativo. Por tanto, procede mantener al Sr. Salvador en el uso exclusivo de la vivienda, en régimen de arrendamiento: 1. Por ser el que ostenta el interés más digno de protección. 2. Porque al ser el titular no es preciso establecer un plazo prudencial (art. 96.3, C.Civ.). Por lo expuesto, casamos la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 15 de junio de 2012"*.

VII. Violencia familiar. Atribución de la vivienda a la víctima

En fecha 22/02/2017, el Tribunal Supremo dicta sentencia (33) en razón de un recurso de casación que llega a su conocimiento exclusivamente por la medida de uso de la vivienda familiar atribuida en la primera instancia a *"la madre y los hijos menores, sin limitación temporal"*, y revocada por la audiencia provincial, que limita el derecho de uso y disfrute exclusivo *"por un tiempo máximo de cuatro años desde la fecha de firmeza de esta resolución, momento a partir del cual el importe de la pensión alimenticia se incrementará en cien euros por hijo con respecto a la que en dicha fecha se venga satisfaciendo"*.

La sentencia impugnada reconoce que la atribución del derecho de uso, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, es *"una manifestación del principio del interés de los menores que no puede ser temporalmente limitado por el juzgador mientras aquéllos sigan siéndolo, por cuanto el interés que protege el art. 96 del CCiv. no es la propiedad de los bienes, sino los derechos de los menores en situaciones de crisis"*. Pese a reconocer el carácter taxativo de esa doctrina jurisprudencial, argumenta lo siguiente: *"...el propio Tribunal Supremo viene admitiendo en alguna de sus*

resoluciones más recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del art. 96.1 del CCiv. —cuya pronta modificación y más completa regulación considera el propio Tribunal Supremo debe producirse de manera inexcusable—, en atención a las especiales circunstancias personales y laborales de los progenitores y cuando esa facultad de limitación constituya una solución razonada que no perjudique el interés de los menores por contar los progenitores con capacidad suficiente para satisfacer las necesidades de habitación de los mismos, o cuando la atribución indiscriminada del referido derecho de uso y disfrute exclusivo supone un abuso de derecho que no debe ser amparado por los arts. 7º y 96, ambos del CCiv.". Esto último es lo que entiende que concurre en el supuesto resuelto, en función de que la vivienda que ha constituido el domicilio familiar en los últimos cinco años de convivencia de la pareja litigante y sus dos hijos menores de edad es de propiedad exclusiva del señor. Agregó la AP que la mujer se trasladó a vivir a otro domicilio próximo al que fuera última vivienda familiar, en el que permaneció al menos hasta el dictado de la resolución recurrida.

El Tribunal Supremo, en función de que el caso involucraba no una relación conyugal sino una unión convivencial, señala: *"que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159, CCiv.), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159, CCiv., no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92, CCiv., por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones (se refiere al art. 96, CCiv.) existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4º, CCiv.".* En realidad, añade, *"el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39, CE"*.

Luego, y en punto a la interpretación que realizó la audiencia provincial, reitera su doctrina en estos términos: *"Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del art. 96.1 del CCiv. Lo que no es posible es que esta alegación sirva*

de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la vivienda familiar en supuestos similares pues a ninguno se refieren las 'resoluciones más recientes' que dice la sentencia, sin citarlas. Lo que dice esta sala —sentencia de 17 de junio de 2013— es lo siguiente: 'hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios...'. Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina: 'la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96, CCiv.' (221/2011, 1 de abril; 181/2014, 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo, todas ellas dictadas en recursos de casación procedentes de la misma audiencia)".

Por lo demás, enfáticamente agrega el fallo: *"...lo que no es sostenible de ninguna forma es que, como argumento de refuerzo, se diga que 'la salida del referido domicilio se produjo por iniciativa de la Sra. Angustia en el mes de marzo de 2014 sin que se suscitase cuestión alguna en relación con el indiscutible derecho de habitación de los menores, accediendo de manera inmediata a una vivienda en las proximidades del domicilio familiar en el que se ha mantenido sin controversia alguna al menos hasta el dictado de la resolución recurrida", y ello en razón de que el caso trasuntaba un hecho probado de violencia de género, en el que la primera prevención que se recomienda a la víctima, como recordó el Ministerio Fiscal en su informe, "es el abandono del domicilio e inmediaciones donde se ha producido la violencia"*.

En definitiva, entonces, se resuelve la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida y la consiguiente reposición de la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n. 1 de Valladolid, de 5 de junio de 2014, en la que se atribuye el uso del domicilio familiar a los hijos y a su madre, sin la limitación temporal impuesta

en la sentencia recurrida. Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: *"la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art 96, CCiv."*

VIII. Palabras de cierre

En el sistema jurídico argentino, la tutela de la vivienda comprende un doble alcance y se materializa en dos momentos fundamentales. En primer lugar, se protege el acceso a una vivienda digna que garantice las necesidades mínimas de las personas, lo que implica la obligación de garantía del Estado, traducida en el deber de diseñar políticas públicas orientadas a su concreción. En segundo lugar, se tutela el derecho sobre la vivienda en la que se habita (sea obtenida en propiedad o por cualquier otro medio legítimo), frente a las acciones de alguno de los miembros adultos de la familia o frente a los derechos de terceros (34).

En el plano de las relaciones familiares, Argentina cuenta con un sistema protectorio de la vivienda que se establece con varias reglas jurídicas: a) el sistema de *"afectación de la vivienda"* (arts. 244 y ss.); b) el sistema que regula la indisponibilidad relativa e inejecutabilidad de la vivienda por deudas posteriores a la celebración del matrimonio o la inscripción de la unión convivencial garantizado a partir del requerimiento del asentimiento del otro integrante de la pareja para los actos que impliquen disposición del bien (conf. art. 456 y art. 522); c) la regulación de la atribución de la vivienda familiar en caso de crisis familiar para los supuestos de divorcio (art. 443) o cese de la unión convivencial (art. 526).

Puntualmente, y en relación a la regulación normativa del problema de la vivienda que emerge en las crisis familiares y la continuidad de la ocupación del inmueble por alguno de los miembros adultos o de los hijos, el derecho civil argentino, similar al español, contempla la posibilidad de adoptar medidas protectivas de orden interino y otras definitivas.

Dentro de las primeras, el art. 721 del CCiv.yCom. para los matrimonios y el art. 723 para las uniones convivenciales admiten la adopción de disposiciones de adjudicación transitoria del uso del inmueble que fue sede de la familia, importando que el ejercicio de facultades inherentes al derecho patrimonial del titular se posponga en beneficio de un miembro más vulnerable. En todos los casos, la decisión tendrá soporte en las circunstancias de hecho, debiendo ponderarse el ejercicio del cuidado de los hijos, las posibilidades y las probabilidades objetivas para obtener otra vivienda, el grupo más numeroso, la mayor o menor vulnerabilidad de los integrantes del grupo familiar, la prestación alimentaria dispuesta convencional o judicialmente, la situación de violencia de género o doméstica, etcétera.

Respecto de la atribución del uso y goce de la vivienda con carácter más definitivo, es regulada como efecto del divorcio y por lo tanto puede ser pautada en el convenio regulador (art. 438). Ante la inexistencia de acuerdo, a partir de diversos criterios que resguardan los intereses de quienes se erigen como los más vulnerables, la atribución de la vivienda se rige por las disposiciones de los arts. 443 a 445 (35). Las pautas para seleccionar a quién le corresponderá el uso son: a) el cuidado de los hijos, estrechamente vinculada al derecho de habitación de los niños y adolescentes, a la coparentalidad y al centro de vida como criterio equivalente a permanencia; b) el interés más necesitado de protección, cuya evaluación contemplará características personales (estado de salud o edad), económicas (capacidad actual o posible de acceso a un hogar), ambientales (viviendas urbanas, rurales, asistenciales), sociales (acceso a bienes culturales, educación o capacitación para propender a la autonomía), de desventaja incluso estructural (mujeres, migrantes, discapacitados) contempladas en relación con los intereses de las otras personas que integran el grupo familiar.

La atribución de la vivienda es un derecho personal, no real, y por lo tanto se dispone sin interesar el título por el cual ese hábitat era

el hogar conyugal, es decir, sin interesar si es de propiedad de uno o ambos, propio o ganancial, o incluso locado.

El CCiv.yCom. estipula como regla que la atribución es temporaria, y el plazo es fijado por acuerdo de partes o judicialmente, en este caso con un amplio margen de discrecionalidad no exenta de razonabilidad (en función de los arts. 2º, 3º y 10, CCiv.yCom.). El derecho conferido se extingue por la expiración del plazo, por causa de indignidad o porque variaron las circunstancias tenidas en consideración para determinar la atribución (art. 445).

A tono con otro principio fundamental como es la igualdad, también se regula la atribución de uso para los supuestos de familias organizadas a partir de una unión convivencial (art. 526) para el caso de ruptura de la unión, con una diferencia importante respecto del matrimonio: el plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de dos años a contar desde que se produjo el cese. Ese límite temporal de atribución del uso exclusivo a uno de los convivientes puede extenderse en el supuesto de que existan hijos menores de edad o con capacidad restringida cuyo cuidado sea ejercido por el beneficiario, aunque él sea compartido, siempre evaluando las pautas que integran el interés superior del niño.

Referencias Bibliográficas

- (1) Art. 11, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- (2) STS, 1ª, 31/05/2012 (Ar.6550, MP: Encarna Roca Trías).
- (3) STS, 1ª, 31/12/1994, Ar.10330; MP: Jesús Marina Martínez Pardo.
- (4) STS, 1ª, 16/12/1996, Ar.9020, MP: José Almagro Nocete.
- (5) Junyent Bas, F. y otros, *La tutela de la vivienda*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 28.
- (6) Kemelmajer de Carlucci, Aída - Molina de Juan, Mariel, "*La protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y*

Comercial argentino", Actualidad Jurídica Iberoamericana, nro. 2, febrero 2015, ps. 87/114, www.idibe.org.

(7) Juanes, N. - Plovánich, M. C., "*El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión vital?*", Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley (2010), nro. 10, ps. 40/52.

(8) La Declaración Universal de los Derechos del Hombre dispone: "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*" (art. 25). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma: "*Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar*". La Convención Americana de Derechos Humanos establece que "*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado*" (art. 17). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declara: "*Los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia*" (art. 11.1). La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la vivienda (art. 5º, inc. e III). La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer consagra, especialmente para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones (art. 14, inc. h).

(9) Para ampliar, Campo Izquierdo, Ángel L., "*Uso de la vivienda según el art. 96.1 del Código Civil: comentario a las últimas sentencias del Tribunal Supremo*", disponible en www.ase mip.org/system/files/971/original/Campo-Izquierdo-Uso-de-la-vivienda-art-96-1-2011.pdf?1335514779, compulsado el 29/3/2017.

(10) STS 113/2017, ECLI: ES:TS:2017:113. Id órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 991, fecha:

19/01/2017, nro. de recurso: 1222/2015, nro. de resolución: 31/2017, procedimiento: casación, ponente: José Antonio Seijas Quintana, tipo de resolución: sentencia, Cendoj: 28079119912017100002.

(11) STS 856/2017, ECLI: ES:TS:2017:856. Id órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 08/03/2017, nro. de recurso: 3431/2015, nro. de resolución: 167/2017, procedimiento: casación, ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, Cendoj: 28079110012017100157.

(12) La condición de discapaz, según el art. 1º de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

(13) STS 3791/2012, ECLI: ES:TS:2012:3791. Id órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 30/05/2012, nro. de recurso: 1132/2011, nro. de resolución: 325/2012, procedimiento: casación, ponente: Encarnación Roca Trías, tipo de resolución: sentencia, Cendoj: 28079110012012100331.

(14) Argumentó el TS que "*Esta sala no se ha pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad. Lo ha hecho a propósito del derecho a los alimentos en las sentencias de 7 de julio de 2014 y 17 de julio de 2015. En la primera de ellas, se ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial: 'la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos'*".

(15) El art. 106 del CCiv. español dispone: "*Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo. La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva*".

(16) La STS 162/2014, de 26 marzo (sala Primera, de lo Civil) fija como doctrina la siguiente: "*cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de*

alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente".

(17) El art. 96 del CCiv. Español reza: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

(18) STS 6237/2011, ECLI: ES:TS:2011:6237. Órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 991, fecha: 05/09/2011, nro. de recurso: 1755/2008, nro. de resolución: 624/2011, procedimiento: civil, ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, tipo de resolución: sentencia, Id Cendoj: 28079119912011100013, donde se estimó necesario un pronunciamiento de la sala Primera en cuanto a la interpretación del art. 96, CCiv., al existir doctrina contradictoria de las audiencias provinciales sobre la atribución del uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía se queden, sin distinguir según se trate de hijos menores o mayores de edad. La discordancia existía al interpretar el art. 96, CCiv., en el sentido de entenderlo aplicable también cuando los hijos son mayores de edad que dependen económicamente, mientras que la otra tesis jurisprudencial sostenía que si los hijos son mayores de edad, debía tenerse en cuenta en la atribución del uso del domicilio el interés más necesitado de protección. El tribunal fija como doctrina que no cabe atribuir el uso de la vivienda al hijo mayor de edad y al cónyuge en cuya compañía se quede, en atención al interés de aquél, sino que ha de valorarse únicamente el interés de los cónyuges, y adjudicarse al que tenga un interés más necesitado de protección. Se leen como argumentos que: "ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y ss. del CCiv., tiene derecho a obtener

parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1 sino del párrafo 3 del art. 96, CCiv., según el cual "No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección".

(19) STS 2053/2011, ECLI: ES:TS:2011:2053, id órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 01/04/2011, nro. de recurso: 1456/2008, nro. de resolución: 221/2011, procedimiento: casación, ponente: Encarnación Roca Trías, tipo de resolución: sentencia, Cendoj: 28079110012011100217; STS 2672/2011, ECLI: ES:TS:2011:2672, órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 14/4/2011, nro. de recurso: 2176/2008, nro. de resolución: 236/2011, procedimiento: casación, ponente: Encarnación Roca Trías, tipo de resolución: sentencia, id Cendoj: 28079110012011100277; STS 3985/2011, ECLI: ES:TS:2011:3985, id órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 21/6/2011, nro. de recurso: 1766/2008, nro. de resolución: 451/2011, procedimiento: casación, ponente: Encarnación Roca Trías, tipo de resolución: sentencia, Cendoj: 28079110012011100369, y 30 de septiembre de 2011.

(20) STS 1356/2014, ECLI: ES:TS:2014:1356. Órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 03/04/2014, nro. de recurso: 1719/2012, nro. de resolución: 181/2014, procedimiento: casación, ponente: José Antonio Seijas Quintana, Id Cendoj: 28079110012014100160.

(21) STS, sala Civil, 18 de mayo de 2015 (sentencia número 282/2015, ponente: señor Seijas Quintana).

(22) La AP Valladolid había justificado su decisión revocatoria y la limitación temporal del uso de la vivienda hasta la liquidación del régimen matrimonial en que "*...siempre sobre casos concretos y particulares*", pues "*el principio que aparece protegido es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los*

alimentos se encuentra la habitación (art. 142, CCiv.). La pensión alimenticia recogida en el art. 142 no comprende sólo el concepto de habitación sino también el sustento, el vestido, la asistencia médica y la educación" y que si "fijamos uno de ellos inmovilizándolo, al identificar de manera inflexible el derecho de habitación con la vivienda familiar, se puede perjudicar el interés del menor ya que se pueden resentir los demás conceptos de la obligación alimenticia que podrán verse disminuidos si el progenitor obligado a proporcionar los alimentos carece de los recursos de que podría disponer si su participación en la vivienda común puede realizarla y obtener una liquidez que le permitiría atender con mayor suficiencia y proporcionalidad todos los conceptos que integran su deber de procurar alimentos a sus hijos". Sostuvo también que "los recursos económicos de los cónyuges, permiten garantizar a los menores un alojamiento adecuado y capaz de satisfacer sus necesidades si se reparten el producto de la venta de la vivienda conyugal o si se adjudica, en la liquidación de la comunidad ganancial, a uno solo de ellos indemnizando al otro en la mitad de su valor", añadiendo que "...el art. 96 no prohíbe efectuar limitaciones temporales y éstas pueden estar justificadas cuando tienen por objeto adaptar la situación patrimonial de la familia a sus nuevas circunstancias económicas a fin de compatibilizar los intereses de los menores con los de sus progenitores, que es en definitiva lo que se preconiza en el art. 146 del Código civil respecto de la obligación alimenticia de la que forma parte la obligación de proporcionar habitación a los hijos".

(23) Puede compulsarse de Verdera Izquierdo, Beatriz, "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La 'necesidad de vivienda'", Indret, Revista para el Análisis del Derecho, disponible en www.indret.com/pdf/1204_es.pdf.

(24) STS 3347/2013, ECLI: ES:TS:2013:3347. Órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 17/06/2013, nro. de recurso: 1789/2011, nro. de resolución: 426/2013, procedimiento: casación, ponente: José Antonio Seijas Quintana, tipo de resolución: sentencia, id Cendoj: 28079110012013100349.

(25) ATS 1883/2017, ECLI: ES:TS:2017:1883^a, órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 08/03/2017, nro. de recurso: 892/2015, nro. de resolución: ..., procedimiento: casación, ponente: Pedro José Vela Torres, tipo de resolución: auto, id Cendoj: 28079110012017200601.

(26) STS 1356/2014, ECLI: ES:TS:2014:1356, órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 03/04/2014, nro. de recurso: 1719/2012, nro. de resolución: 181/2014, procedimiento: casación, ponente: José Antonio Seijas Quintana, id Cendoj: 28079110012014100160.

(27) STS 2258/2014, ECLI: ES:TS:2014:2258. Id órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 16/06/2014, nro. de recurso: 594/2012, nro. de resolución: 320/2014, procedimiento: casación, ponente: José Antonio Seijas Quintana, tipo de resolución: sentencia, Cendoj: 28079110012014100260.

(28) STS 853/2017, ECLI: ES:TS:2017:853. Órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 08/03/2017, nro. de recurso: 117/2016, nro. de resolución: 168/2017, procedimiento: casación, ponente: José Antonio Seijas Quintana, tipo de resolución: sentencia, id Cendoj: 28079110012017100154.

(29) STS 474/2017, ECLI: ES:TS:2017:474. Órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 17/02/2017, nro. de recurso: 2930/2015, nro. de resolución: 110/2017, procedimiento: casación, ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, tipo de resolución: sentencia, id Cendoj: 28079110012017100085.

(30) Recomendamos la lectura del fallo en extenso por la minucia que las instancias de grado inferior dieron a las distintas cuestiones, en especial al disponerse, además del ejercicio conjunto de la patria potestad (responsabilidad parental en nuestro derecho) de los hijos comunes, también la guarda y custodia (cuidado compartido) conjunta, a ser efectivizada en el domicilio familiar por períodos semanales alternos, con un muy detallado régimen de visitas, comunicación y estancias, en defecto de acuerdo, contemplativo de: vacaciones de verano que se distribuirán en cuatro períodos donde los menores permanecerán con cada progenitor, de forma alterna; vacaciones de Semana Santa, que se distribuirán en dos períodos; vacaciones de Navidad, que se dividirán en dos períodos, más la consideración de "*Situaciones especiales*" como el Día de la Madre y el

día del cumpleaños de ésta, el Día del Padre y el día del cumpleaños de éste, el día del cumpleaños de cada uno de los menores, el día de Reyes. También se dispuso régimen de comunicaciones, además de la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar, la contribución de los progenitores a los alimentos de los hijos comunes tanto ordinarios como extraordinarios. Del mismo modo se resolvió la contribución de las cargas de la sociedad de gananciales, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario.

(31) STS 5308/2016, ECLI: ES:TS:2016:5308. Órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 05/12/2016, nro. de recurso: 788/2016, nro. de resolución: 724/2016, procedimiento: casación, ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, tipo de resolución: sentencia, id Cendoj: 28079110012016100697.

(32) STS 705/2017, ECLI: ES:TS:2017:705. Órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 01/03/2017, nro. de recurso: 1170/2015, nro. de resolución: 142/2017, procedimiento: casación, ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, tipo de resolución: sentencia, id Cendoj: 28079110012017100120.

(33) STS 582/2017, ECLI:ES:TS:2017:582, tipo órgano: Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sede: Madrid, sección: 1ª, fecha: 22/02/2017, nro. de recurso: 1653/2015 nro. de resolución: 117/2017, procedimiento: casación, ponente: José Antonio Seijas Quintana, tipo de resolución: sentencia.

(34) Molina de Juan, Mariel, "*Protección de la vivienda*", en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, Tratado de derecho de familia, t. V-A, 1ª ed. revisada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 233.

(35) Art. 443: "*Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar*".

Art. 444: *"A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato".*

Jurisprudencia española. Derechos de niños y adolescentes: problemáticas socio-jurídicas actuales

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 82, 227

Cita online: LALEY AR/DOC/4115/2017

[Consultado el: 04/06/2021]

I. A modo de introducción

Dentro del amplio espectro de análisis posible respecto de las producciones jurídicas tanto de nuestro país como de las sentencias emanadas del Poder Judicial español, sorprende la persistente vigencia de cuestiones que deberían entenderse superadas a tantos años de adhesión de nuestros países a la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos de derechos humanos. En concreto, puede señalarse que cuestiones que nos resultan fundamentales por su reconocimiento tanto constitucional como legal, como pueden ser el ejercicio del derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea considerada, no siempre se plasma a lo largo de todo el proceso judicial, el que se extiende, huelga decirlo, a las instancias recursivas ordinarias o extraordinarias.

Se puede advertir, también, que aun cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a los países europeos por violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en varios supuestos, y en el caso especial de España en el caso "*Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España (23298/12)*", por ejemplo, de fecha 11/10/2016, donde se abordó la violación al art. 6º y se expidieron sobre el derecho a ser oído, o el asunto "*R. M. S. c. España*

(demanda nro. 28775/12)" (1), donde el Tribunal de Estrasburgo el 18/06/2013 sentenció con condena pecuniaria por resarcimiento moral ante la violación del art. 8º del Convenio de Roma, aún persisten las inconsistencias del sistema de detección adecuada y reversión de situaciones de riesgo de vulneración de derechos o desamparo de personas menores de edad.

El cambio de paradigma en la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho distintos a sus progenitores y el deber personal y legal de los adultos con responsabilidad de constituirse en apoyos imprescindibles para su desarrollo se percibe aún poco asentado en quienes tienen a su cargo resolver las cuestiones que los involucran, aunque el camino ya es irreversible. Veamos.

II. Vínculos fraternos sin convivencia permanente. Fijación de un régimen de visitas y de vacaciones coincidente para los hijos del padre fruto de distintas relaciones afectivas

La Audiencia Provincial de Palencia, por sentencia 26/2017 del 03/02/2017 (2), estima en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada y la revoca en cuanto al régimen de visitas, confirmando los demás pronunciamientos.

La sentencia apelada fue dictada el día 05/05/2016, y en ella se estimaron parcialmente la demanda y la reconvención, disponiéndose la guarda y custodia del hijo común a la madre, compartida la patria potestad entre ambos progenitores y a favor del padre régimen de visitas consistentes en poder tener en su compañía a su hijo A. del modo siguiente: a) fines de semana alternos, que coincidirán con aquellos en los que el padre visita a su otra hija menor de edad, incluyendo los feriados puente; b) entre semana, el padre estará en compañía de su hijo dos días que se determinaron; c) la mitad de los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa, eligiendo el padre el período a disfrutar los años pares y la madre los años impares; d) la mitad de los períodos de vacaciones escolares de

verano, que hasta que A. cumpla 6 años se dividirán en períodos de quince días. Además, se fijaron alimentos ordinarios y extraordinarios.

El padre solicitó que se dicte otra resolución para las vacaciones, haciéndolo coincidir así con el régimen de visitas de su otra hija menor y que se reduzca el monto impuesto por alimentos. Por su parte, la madre pretende que el régimen de visitas se fije por semanas alternas y que los puentes se adicione a los fines de semana, incluyéndose en ellos. También que el importe de la pensión alimenticia se fije en cantidad superior a la resuelta.

Del relato de los hechos que se realiza en el fallo, surge que R. y D. mantuvieron una relación sentimental, de la cual el día 4 de octubre de 2012 nació el niño A.; que D. tiene una hija de una relación anterior, con la cual sostiene un régimen de visitas durante los fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, correspondiendo al progenitor no custodio la primera mitad de los años pares y la segunda de los años impares. Detalla también los ingresos comprobados de cada uno de los padres, y se funda en la Convención de los Derechos del Niño, los arts. 39 de la CE (2500/1978) y 92, 93, 154, 158 y 170 del Cód. Civil, invocando la preservación de la dignidad, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y todos los demás derechos que son fundamento del orden público y de la paz social, tal como dispone el art. 10 de la CE (ley 2500/1978).

La sentencia resuelve la cuestión apelando a lo que se indica en el informe psicológico, según el cual se considera conveniente que se ajusten los horarios de entrega y recogida del menor y los períodos vacacionales al sistema de comunicación paterno filial que mantiene D. con su otra hija, y ello con el objetivo de fomentar la relación fraternal entre los hermanos paternos. Ese es el principal fundamento por el cual la sala entiende *"perfectamente justificado y de interés para los dos hermanos que puedan disfrutar y compartir tiempo de ocio derivado de los fines de semana y vacaciones durante el período que ambos van a estar y convivir con su padre. El tema suscitado no se habría planteado por ninguna de las partes de*

haber sido los dos menores hijos del mismo padre y de la misma madre. Es decir, que si ahora estamos decidiendo sobre esta cuestión tan importante para los citados menores es, sólo y exclusivamente, porque el menor A. y su hermana M. E. son hijos de un mismo padre pero de distinta madre, pero esta circunstancia, en modo alguno, puede impedir o dificultar que los dos hermanos puedan fomentar su relación fraternal, dicho esto en el exclusivo interés de los menores. Es más, nos parece también beneficioso para los dos hijos que puedan estar juntos y convivir durante el tiempo en que el padre va a disfrutar de sus vacaciones. La convivencia entre el padre y sus dos hijos durante los fines de semana alternativos y las vacaciones escolares no deja de ser un derecho, no sólo del padre sino, sobre todo, de los dos hijos para que, de esta forma, puedan todos ellos disfrutar y convivir durante ese tiempo de ocio y fomentar y favorecer tanto la relación fraternal como paterno filial".

La decisión adoptada aplica la doctrina del interés superior del niño, entendida como pauta de decisión que ha de inclinar el fiel de la balanza por el principio del *favor minoris* frente a un interés de un adulto igualmente válido, ya que evaluó los argumentos de la madre del niño, reflejados en los supuestos problemas prácticos que se derivarían del susodicho régimen de visitas, rechazándolos porque *"nada tiene más importancia y todos los inconvenientes son pocos comparados con el interés de los dos hermanos de relacionarse, de convivir y de fomentar su relación fraternal"*.

Por otro lado, en esta sentencia se advierte que se recurre a la interdisciplina, no sólo para resolver acerca de fomentar el vínculo fraterno, ponderándolo por sobre el interés práctico de la progenitora, sino que también se vale de lo sugerido por los expertos en cuanto al período por el cual se extenderá el régimen que se fija, ya que no acogen la postura del padre que pretendía un plazo mayor de exclusivo cuidado con fundamento en que *"se adopta en interés exclusivo del menor y por expresa indicación de los técnicos que emitieron el informe psicológico antes indicado, donde se dice que lo más conveniente para el hijo menor, dada su corta edad de tres años, los períodos de vacaciones estivales sean por turnos rotativos de quince días. Por lo tanto, se va a estimar parcialmente en esto el recurso de apelación interpuesto y desestimar la impugnación formulada"*.

Finalmente, se confirma el importe fijado en la primera instancia en cuanto a la pensión alimenticia por considerarla proporcional a la capacidad económica del padre y a las necesidades de su hijo, desechando la postura de ambos.

III. La responsabilidad civil de los adultos por hechos cometidos por menores de edad

Llega a la máxima instancia civil de España y es resuelto por sentencia dictada el 5 de diciembre de 2016 (3) un recurso de casación cuyo antecedente fue la sentencia recaída en juicio ordinario en el que la progenitora de un menor de edad, como representante legal de su hijo, ejercita acción de responsabilidad extracontractual contra los padres y el abuelo de otro menor de edad, haciendo extensiva la acción a una compañía de seguros. En las instancias de grado se condena a los progenitores del niño, se desestima la acción respecto del abuelo y se declara solidariamente responsable a la compañía de seguros.

El hecho ocurrió el 24 de abril de 2008, cuando un niño de 10 años de edad se encontraba en el patio de la casa de su abuelo donde pasaba sus vacaciones de verano, portando una escopeta de perdigones con la que alcanzó de un disparo al menor de edad que le acompañaba, hijo de la reclamante, ocasionándole una lesión en el ojo. Se declara la responsabilidad de los progenitores del menor de edad que manipuló el arma, al amparo del art. 1903, Cód. Civil (4), y por violación del deber de cuidado derivado de la responsabilidad 3.2. Delegación de ejercicio por causas extraordinarias parental, en el entendimiento de que existió culpa por omisión de guardar el arma para prevenir su uso, desechando el argumento de falta de diligencia o *culpa in vigilando* de los progenitores del niño víctima, para lo cual se argumentó que exigirles acompañar a su hijo en la visita que hizo a casa de su amigo no es una conducta que, conforme a los usos sociales, sea esperable en el caso de un niño a punto de cumplir 11 años.

Uno de los planteos que se resolvió fue el vinculado con la legitimación, en tanto no accionaron ambos progenitores de la víctima sino sólo la madre, y la parte demandada alegó la falta de concurso de voluntades. Al respecto, la sentencia de primera instancia sostuvo: *"La madre se encuentra legitimada para comparecer en juicio y ejercitar la opción en nombre de su hijo, sin necesidad del concurso del padre del menor, pues el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad corresponde a cualquiera de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156, Cód. Civil) y no se encuentra acreditado ningún hecho del que poder concluir la inexistencia de consentimiento tácito"*.

III.1. Prescripción de la acción. La prejudicialidad penal en el caso de la inimputabilidad en razón de la edad

A raíz del hecho, la Fiscalía de Menores de Toledo realizó diligencias preliminares y con fecha 14 septiembre 2009 dispuso el archivo de las actuaciones por ser el autor del disparo menor de 14 años, a la par que se le informaba a la denunciante que podía ejercer acciones civiles contra el representante legal del adolescente. El recurso de casación se basó en la alegación de violación a la sentencia del Pleno de la sala de fecha 14/01/2009 y apuntó a que se consideró interrumpido el plazo de prescripción por la interposición de una denuncia formulada por la madre del menor que, tramitada incorrectamente por la Guardia Civil, fue también incorrectamente remitida a la Fiscalía del Tribunal Tutelar de Menores, a pesar de que el menor implicado contaba con diez años de edad y que conforme al art. 3º de la ley de Responsabilidad Penal de los Menores no pueden exigirse responsabilidades ni penales ni civiles al amparo de dicha ley, por lo que el referido tribunal era manifiestamente incompetente y cualquier actuación ante él no tenía efectos prejudiciales, ni el de impedir en forma alguna el ejercicio de la acción de reclamación de la responsabilidad ante la jurisdicción civil, no existiendo por ello interrupción alguna del plazo de prescripción, debiendo declararse prescrita la acción ejercitada.

En el tratamiento de esta cuestión, el Supremo Tribunal, luego de recordar que la doctrina de la sala sobre la prescripción extintiva viene manteniendo como idea básica la construcción finalista del instituto, en tanto equilibra la sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades y la consideración de necesidad y utilidad social, de conformidad con la exegesis de los arts. 1969 (5) y 1973 (6), Cód. Civil, señala que *"siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica"*, reafirma que su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (7). El decisorio remarca que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí, por el contrario, lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la admisión de la prescripción extintiva se hace imposible sin subvertir sus esencias. Ese argumento tiene su apoyo en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución española, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la admisión de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preserva arroje la consecuencia de cierre del proceso y se convierta en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión de fondo deducida (argumento ya señalado por la sala en sentencia 148/2007, de 18 junio).

Cabe recordar que en el derecho español —a diferencia de lo que ocurre en nuestro país en que el proceso penal no impide el inicio de la acción de responsabilidad, sino que limita la posibilidad de dictado de la sentencia civil—, ante la investigación penal sobre los mismos hechos, el proceso penal constituye un impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil hasta que no alcance firmeza la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento total o provisional y, por tanto, archivo notificado al perjudicado, esté o no presentado en las actuaciones. En la sentencia que se analiza se explica de este modo: *"Como resulta de los arts. 111 y 114 de la LECrim., en*

relación con el 1969, Cód. Civil, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio (SSTS de 05/07/2007, RC nro. 2167/2000; 03/05/2007, RC nro. 3667/2000; 06/05/2008, RC nro. 5474/2000; 19 de octubre de 2009, RC nro. 1129/2005 y 24/05/2010, RC nro. 644/2006). De ahí que constituya también constante doctrina de esta sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el art. 1969, Cód. Civil, precepto que, puesto en relación con los arts. 111 y 114 de la LECrim. y 24.1, CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al art. 114m LECrim. (entre otras, SSTS de 09/02/2007, RC nro. 595/2001; 03/05/2007, RC nro. 3667/2000; 1 de octubre de 2009, RC nro. 1176/2005, 24/05/2010, RC nro. 644/2006)".

A posteriori, el tribunal se hace cargo del novedoso planteo que realiza la defensa de los demandados, consistente en que, tratándose de un autor material inimputable en razón de su edad, esa circunstancia conocida de antemano tornó inhábil la vía penal recorrida por la progenitora, sosteniendo esa parte que la acción estaba prescripta.

Luego de recordar el criterio uniforme del tribunal, en especial que *"...la doctrina sobre la interrupción de la prescripción, que ahora nos ocupa, no encuentra excepción por razón del resultado que la denuncia debería tener, esto es, incluso porque la denuncia llegue a archivarse"*, retoman lo reseñado en la sentencia 194 del 28/09/2009 en cuanto afirmó que *"...es clave examinar si la acción ejercitada era manifiestamente improcedente, y para ello resulta esencial tener en cuenta las circunstancias concretas que rodearon su ejercicio, pues se podrá inferir de ellas si la parte conocía de antemano la notoria incompetencia del órgano, si actuó de modo negligente y con una conducta contraria*

a la lealtad procesal, o desconociendo las indicaciones que algún órgano judicial le hubiese dado sobre el competente para conocer de su reclamación".

En definitiva, y apelando a que en cuestiones vinculadas con la interposición de la denuncia del hecho penal ante un órgano incompetente, lo relevante resulta ser la situación fáctica y las condiciones bajo las cuales se procuró la respuesta judicial, equipara el caso de la inimputabilidad en razón de la edad conocida de antemano y, a la luz del principio de buena fe, que también invoca (8), concluye: *"La demandante, lega en derecho, acude, en lo que es una máxima de experiencia, a denunciar la grave lesión sufrida por su hijo, y lo hace ante la Guardia Civil que levanta el oportuno atestado, sin recibir indicación sobre la inutilidad de la denuncia. El atestado fue remitido a la Fiscalía de Menores que abrió las oportunas diligencias, sin decidir de plano el archivo de las mismas en atención a la edad del menor. La actora, pues, confió en las instituciones, a la espera de que decidiesen sobre el hecho denunciado. No puede predicarse de ella que obrase de modo negligente o con falta de lealtad procesal. Si ha visto retrasado el ejercicio de la acción no se ha debido ni a su dejadez ni a su ausencia de voluntad en la conservación de la misma sino a la tardía respuesta que recibió sobre su denuncia".*

La misma línea sigue el tribunal en la sentencia más reciente STS 2838/2017, ECLI: ES:TS:2017:2838, Id Cendoj: 28079110012017100421, de fecha 13/07/2017, magistrado primer votante: Seijas Quintana (9).

IV. Adolescentes: responsabilidad parental. Opinión de los adolescentes

De manera previa a señalar las decisiones disímiles que se pueden hallar en la jurisprudencia española sobre el ejercicio del derecho a ser oídos en los procesos judiciales que afecten a las personas menores de edad, parece oportuno recordar lo resuelto en el asunto *"Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España (23298/12)"*, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en fecha 11/10/2016 (10) tuvo ocasión de expedirse sobre la denuncia formulada por tres ciudadanas españolas —la demandante y

sus hijas menores de edad en el momento de los hechos— que se quejaban de una vulneración del art. 6° del Convenio a raíz de la negativa del juez de oír personalmente a las niñas, pese a la solicitud materna. Se denunció que las jurisdicciones internas no habían atendido esta petición mientras se llevó a cabo el procedimiento de divorcio de los adultos, por el que se atribuyó la patria potestad compartida.

El TEDH admitió la demanda en relación a la progenitora, señalando: *"La denegación de oír por lo menos a la hija mayor, así como la ausencia de cualquier motivación para rechazar las pretensiones de las menores de ser oídas directamente por el juez que debía resolver sobre el régimen de visitas de su padre (...), conduce al TEDH a concluir que se ha privado indebidamente a la Sra. Iglesias Casarrubios del derecho de que sus hijas sean oídas personalmente por el juez, no obstante las disposiciones legales aplicables, sin que las jurisdicciones superiores que examinaron los recursos que aquella había interpuesto pusieran remedio a tal privación"*. Por lo que el TEDH estima que las jurisdicciones internas no han garantizado a la demandante su derecho a un proceso equitativo, en el sentido del art. 6° § 1 del Convenio de Roma (11). En consecuencia, se ha producido vulneración de esta disposición.

Los antecedentes del caso fueron: en el mes de octubre de 1999, el esposo interpuso una demanda de separación, en la sentencia (año 2000), el juzgado acordó la separación, atribuyendo la guarda y custodia de las dos hijas menores a la madre, compartiendo ambos padres la patria potestad y concediendo al padre un derecho de visita. En el año 2006, el esposo inició un procedimiento de divorcio al que se opuso la madre, quien solicitó que las dos hijas menores, que contaban entonces con edades de 13 y 11 años, fueran oídas en el procedimiento. El propio juez no las oyó, pero ordenó que las niñas se entrevistaran con el equipo psicosocial adscrito al juzgado, entrevista que a la postre no se desarrolló. El día 17 de septiembre de 2007 (12), el juzgado acordó el divorcio y concedió la guarda y custodia a la madre con la patria potestad compartida con el padre. La madre recurrió ante la Audiencia Provincial (13). El juzgado solicitó

un informe sobre la conveniencia de que se concediera la guardia y custodia de las niñas a su padre, a un tercero o a una institución pública de acogida. La madre interpuso un recurso de reposición contra este auto, al que se adjuntaban dos escritos dirigidos al juez por las niñas en los que se quejaban de que éste no les hubiera oído personalmente en el marco del procedimiento, y que sólo conocía la relación que mantenían con su padre por terceras personas. La madre indicaba que sus dos hijas deseaban ser oídas por el juez y por la Fiscalía. El juzgado no dio respuesta alguna. El día 30 de septiembre de 2010, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de la madre (14). En el mes de noviembre de 2010, inadmitió el recurso extraordinario interpuesto por la madre por infracción las normas de procedimiento.

Su recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional fue rechazado por carecer de especial transcendencia constitucional (15). Sin embargo, en STC 221/2002, de 25 de noviembre, ese tribunal declaró que *"al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9º de la ley de Protección Jurídica del Menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (...), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1, CE (...)"*.

La demandante y sus dos hijas se quejaban ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de una vulneración del art. 6º (derecho a un proceso equitativo) como consecuencia del rechazo de las jurisdicciones internas a oír a las niñas y por la falta de respuesta de las jurisdicciones internas a su solicitud.

En los argumentos del gobierno español se consideró especialmente que *"la Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se*

modifican el Código Civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, dio una nueva redacción al art. 92 del Cód. Civil, cuyo apartado 6 establece: 'En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda'. Esta disposición se complementa con el art. 9º de la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (...) que garantiza el derecho del menor a ser oído. El apart. 2º de este artículo establece que el menor puede ejercitar este derecho 'por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio' y que 'cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente'".

La decisión del TEDH rechazó la demanda en lo que concernía a las hijas, en la medida en que no eran parte en el procedimiento y no agotaron los recursos internos. Señaló que *"las cartas enviadas por las menores al juzgado de primera instancia (...) tenían como finalidad reiterar y reforzar las peticiones de comparecencia de las hijas realizadas por su madre, sin que el TEDH encuentre, en este caso, otros motivos para tratarlas como pretensiones separadas o diferentes de las de la Sra. Iglesias Casarrubios. Finalmente el TEDH apunta que las menores no han invocado ante este tribunal ningún derecho garantizado por el Convenio, distinto del que trata el art. 6º invocado por su madre"*. Admite la denuncia respecto de la madre en la medida en que la decisión de no oír a las hijas personalmente pudo afectarle como parte en el procedimiento de divorcio. El principal argumento para la decisión, y que resulta la guía para los casos juzgados en el derecho interno español en relación al ejercicio del derecho a ser oído, es el plasmado en el punto 36 del fallo: *"En lo que respecta particularmente al trámite de audiencia de las niñas por parte de un tribunal, el TEDH ha estimado que sería ir demasiado lejos decir que los*

tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado (Sabin c. Alemania — GC—, nro. 30943/96, § 73, CEDH 2003-VIII). Observa, sin embargo, que en derecho español (...) en caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier caso, cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivada".

Concluye que ha habido violación del art. 6º§1, en la medida en que —desconociendo la propia normativa nacional— no se oyó en persona a la hija mayor y no se motivó la falta de audiencia de la que, en ese momento, era menor.

Concede reparación económica en concepto de perjuicio moral, costas y gastos.

IV.1. Rechazo de la pretensión paterna que coincide con el deseo de la hija adolescente

La Audiencia Provincial (AP) con sede en Palma de Mallorca, con fecha 13/06/2017 (16), resuelve el recurso interpuesto contra la sentencia del 19 de diciembre de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Palma de Mallorca, por la cual se hizo lugar parcialmente a la modificación de la sentencia de medidas en relación a la hija del actor, de nombre F., dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 3 en los autos 440/2010 el día 29/07/2010. La resolución que motivó el agravio del progenitor y fue confirmada por la AP dispuso: 1. Mantener la titularidad de la patria potestad compartida de la menor F., disponiendo que las decisiones de cierta trascendencia que le afecten deban adoptarse de común acuerdo (por ejemplo, cambios de domicilio de la hija, cambios de centro escolar, terapias médicas que excedan de las revisiones ordinarias, terapias psicológicas, gastos extraordinarios). 2. Establecer un sistema de

custodia compartida de la menor F. que se detalla, incluyendo los períodos vacacionales. En otra parte de la resolución disponen lo atinente a los gastos ordinarios (alimentación, medicación ordinaria y ocio) y extraordinarios.

El progenitor apela la sentencia, requiriendo que se le confiera la guarda y el cuidado unipersonal, a la par que propone un régimen comunicacional con la progenitora, criticando la sentencia de instancia en tanto no tuvo en cuenta que su petición coincide ni más ni menos que con el deseo de su hija adolescente, que fue plasmado en el procedimiento (17). Aduce que, pese a tal circunstancia, el juez consideró que debe acordarse la guarda y custodia compartida de la menor porque entendió que es lo más beneficioso para ella, y no se tiene en cuenta que F. ya tiene 14 años, por lo que resulta de una extraordinaria dificultad concebir un régimen con el que ella no está de acuerdo. Aseveró que estaban acreditadas su capacidad y buena influencia para la hija, la madre no se oponía y se refirió a aquello que consideró obstáculos de la progenitora para detentar de forma compartida la responsabilidad.

La sentencia es confirmada por los siguientes argumentos: 1. la correcta evaluación de la prueba recibida que permite coincidir con la apreciación de que las dificultades económicas de la madre, sumadas al incumplimiento paterno de la asistencia alimentaria, coadyuvaron a las deficiencias advertidas en el inmueble que compartían madre e hija; 2. no se encontró evidenciado ningún síntoma de mal cuidado materno o de negligencia, salvo las deficientes condiciones de seguridad e higiene que mantenía la habitación de F., que fueron solventadas en parte, pero que entendieron sin duda motivadas por la precaria situación económica de la madre, que tiene escasos ingresos y abona por el alquiler del piso la cantidad de 390 euros mensuales.

Del análisis de la sentencia se advierte que el tribunal revisor hace una única mención al deseo de la hija de la pareja —para sostener el criterio de la anterior instancia— en los siguientes

términos: "...conforme motiva acertadamente la juez a quo, un mero deseo derivado de los habituales conflictos entre adolescentes y padres, que raramente ocurren cuando la relación es esporádica, sin ser acompañado de otras circunstancias (que no concurren en el supuesto de autos), no pueden determinar un cambio tan radical de custodia". Del párrafo puede presumirse que se cumplió con lo que dispone el art. 2° de la LO 8/2015 (18) y la ley 26/2015 en lo pertinente, y lo que dispone el art. 770 de la ley de Enjuiciamiento Civil (19), puesto que al menos se esboza la existencia de un conflicto entre la progenitora y la joven y un deseo que ella habría expresado, aunque no puede afirmarse que se haya cumplido con el deber legal de oírlos, como señaló al país el TEDH.

Podríamos agregar que no puede extractarse de la lectura del fallo que la jovencita tuviese una participación activa sobre cuestiones trascendentales para su vida, pues ya en la resolución que se confirma —en el punto I— se establece que las decisiones las adoptarán sus progenitores, omitiéndose toda referencia a su participación en actos que el legislador estima de envergadura. En nuestro derecho esta posibilidad se encontraría vedada por expresa disposición normativa, ya que tanto el art. 655 (20), dirigido a los padres, como el 656 (21), que regula la actividad del juez, se aplicarán a la luz de los principios generales que informan la materia, y se alojan respectivamente en los arts. 639 (22), 646 (23), 653 (24) y 707 (25) del Cód. Civ. y Com.

En el derecho español, el art. 154 del Cód. Civil establece que la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. En particular, la norma señala: "*Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*", por lo cual sería pertinente que la sentencia que dispuso el ejercicio conjunto también hubiese considerado justamente a la principal destinataria de la decisión,

consignando el deber de los progenitores de consultar su opinión para esos actos.

El deber del juez de oír al niño en conflictos como el que la sentencia resolvió emana también de los arts. 156 y 158 del Cód. Civil español (26). Por estos motivos, entendimos que la AP debió, ante un evidente conflicto de intereses entre la ex pareja parental y en relación a una joven con mayor autonomía, integrar la disposición jurisdiccional con la obligación de ambos padres de considerar el deseo y la opinión de la hija. En el derecho español, el art. 9º de la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone, en lo que aquí interesa: "*1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social (...). 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante*".

IV.2. Admisión de la postura paterna en coincidencia con el deseo de la hija

Pocos días antes del anterior fallo —concretamente el 09/06/2017—, la Audiencia Provincial de Oviedo (27) resuelve el recurso interpuesto por el progenitor de una joven de 17 años contra lo decidido por el Juzgado de Violencia Familiar de Oviedo en fecha 29/03/2017, y en tanto no se hizo lugar a la petición de modificación de lo acordado por los progenitores en el convenio regulador y que había sido homologado en el año 2006.

El único tema objeto de debate era el referido a la guarda y custodia de la hija común de ambos litigantes. Desde la sentencia de divorcio del 27/02/2006, que aprobó el convenio en el que se plasmó que los litigantes llevaban separados de hecho desde el año 2002, la

guarda y custodia fue ejercida por la madre, habiéndose instado la modificación de esa medida a fin de que sea el padre quien pase a ejercer esa guarda.

A diferencia de lo detectado en el fallo anterior, la AP de Oviedo sostiene: *"Según se desprende de lo declarado por ese litigante en el acto del juicio y por la hija en su exploración, en realidad nos hallamos ante una solicitud promovida por la hija, quien en los últimos años, ella habla de unos tres años, ha entrado en una dinámica de discusiones verbales e incluso agresiones físicas con la madre, que desaconsejan el mantener la situación actualmente existente"*, para, seguidamente plasmar el deseo y la opinión fundada de la joven, argumentos que reproduce en estos términos: *"Es el expreso deseo de la hija pasar a convivir permanentemente con el padre, quien dice le aporta mayor estabilidad emocional y en el entorno físico, según apunta en la exploración, su padre reside en su casa, la que tiene hace años, en tanto que la madre cambia de domicilio con cierta frecuencia si no ha cambiado diez veces no lo ha hecho ninguna, lo que incide en su estabilidad dada la necesidad de adaptarse al nuevo entorno físico. También apunta la hija, que la convivencia con la madre le lleva a compartir vida con su actual marido y otros dos hijos, de veintidós y veinticuatro años, a los que se refiere como hermanos. Apunta que sus hermanos y el actual marido de su madre, cuando surgen discrepancias con la madre, se decantan a favor de su progenitora generándole una situación de estrés y nerviosismo permanente"*.

La magistrada ponente recoge el guante respecto del alcance del deber legal de oír al menor de edad, en cuanto a que no siempre se debe atender a su deseo, pero se aparta de lo resuelto con el siguiente fundamento: *"Lo cierto es que la menor manifiesta su voluntad de pasar a vivir con el padre y si bien estamos de acuerdo con la juzgadora de instancia, en que la voluntad de la menor no es la determinante en la adopción judicial de estas resoluciones, en particular en edades en las que son de voluntad cambiante, voluble, tampoco cabe desconocerla cuando hablamos de una joven de 17 años, a quien además se le ha dejado plena libertad para convivir con uno u otro progenitor. Finalmente, el hecho de que la menor estudie en un instituto público de Oviedo y pase a residir en..., donde vive su padre, no reviste especial importancia, teniendo*

en cuenta la proximidad geográfica de ambas poblaciones y que están bien comunicadas por transporte público continuado".

Ese es el fundamento —a nuestro juicio suficiente y razonablemente fundado— con el que revoca lo decidido disponiendo el cambio de custodia y también el abono de la asistencia alimentaria a cargo de la progenitora. Pero, además, avanza en lo que hace al régimen comunicacional disponiendo: *"El cambio de guarda y custodia implica una variación en cuanto al progenitor que pasará a ejercer las visitas con la hija, en este caso será la madre, a quien se le mantiene el mismo régimen de visitas pactado en convenio sin perjuicio de las posibilidades de otro acuerdo entre ella y la hija y de tener en cuenta cierta flexibilidad en la materialización de esas visitas, pues no cabe ignorar que con una joven de diecisiete años es difícil obligarle a cumplir un régimen de visitas si ella no colabora en su materialización".*

V. Las medidas estatales de injerencia en la vida familiar que culminan en adopción

Como se mencionó al principio, el TEDH halló responsable al estado español en el caso *"R. M. S. C. España (demanda 28775/12)" (28)*, resuelto el 18/06/2013, y lo condenó a abonar un resarcimiento".

El asunto mencionado llegó a la instancia regional a partir de la intervención de los organismos administrativos españoles que actuaron apresurada y desmesuradamente alojando a una niña de tres años de edad en una institución del gobierno mientras su progenitora y pareja atravesaban una situación de carencias económicas que los llevó a solicitar colaboración estatal para obtener empleo y vivienda en Granada (29), y existiendo familia ampliada en condición de acogida. La madre de la niña se opuso física y jurídicamente a esa separación y la intervención estatal no admitió su postura, le impidió la comunicación con la nena y conocer su paradero, culminando con la declaración de desamparo y posterior adopción.

La madre alegó la violación de los arts. 8º y 14 del Convenio de Roma, quejándose de haber sido privada de todo contacto con su hija y separada de ella injustamente. El TEDH reiteró la doctrina sostenida de que para un progenitor y su hijo el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar (30). Del mismo modo se exployó sobre la injerencia estatal en supuestos en que el desarrollo de la vida familiar no es acorde a los derechos fundamentales de los niños; citó los fundamentos que habilitaban a considerar razonable el margen discrecional de cada Estado: "*La obligación positiva de toma de medidas con el fin de facilitar el reagrupamiento de la familia, tan pronto sea realmente posible, se le impone a las autoridades competentes desde el principio de que se hace cargo, y cada vez con más fuerza, pero siempre se debe contrapesar con el deber de considerar el interés superior del niño. Por otra parte, las obligaciones positivas no se limitan a velar por que el niño pueda reunirse con su padre, o tener contacto con él sino que engloban asimismo al conjunto de las medidas preparatorias que permitan llegar a ese resultado (ver, mutatis mutandis, 'Kosmopoulou c. Grecia', nro. 60457/00, § 45, 5/02/2004, 'Amanalachioai c. Rumanía', nro. 4023/04, § 95, 26/05/2009 y 112)*". Y en particular sostuvo que le competía "*...indagar si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, las autoridades internas han respetado las garantías del art. 8º del Convenio tomando, especialmente en cuenta, el interés superior del niño (ver, mutatis mutandis, 'Neulinger y Shuruk c. Suíza [GC]', nro. 41615/07, § 141, TEDH 2010, 'K. A. B. c. España', anteriormente citado, § 115)*".

Tras un pormenorizado análisis de lo aportado por la demandante y el gobierno, como en un caso anterior que involucró al mismo país, concluye: "*...el TEDH constata la existencia de unas faltas graves de diligencia en el procedimiento llevado a cabo por las autoridades responsables de la tutela, de la entrega de la niña y de su adopción eventual ('K. A. B. c. España', antes citado, § 104)*". En definitiva, se encarga de señalar que las necesidades materiales de los progenitores, por sí mismas, no constituyen motivo suficiente para la separación de padres e hijos, si no están acompañados de otras motivaciones debidamente comprobadas. Es más, menciona que, en el caso, las autoridades judiciales del país rechazaron tomar en cuenta el cambio de la

situación financiera que la demandante pretendía hacer valer para oponerse a la declaración de desamparo de su hija. El argumento que interesa resaltar es el que dice: *"El TEDH considera que el papel de las autoridades de protección social es precisamente el de ayudar a las personas en dificultades que no tengan los conocimientos necesarios del sistema, de guiarlas en sus trámites, y de aconsejarlas, entre otras cosas, sobre los distintos tipos de prestaciones sociales disponibles, sobre las posibilidades de obtener una vivienda social o sobre medios para remontar sus dificultades, tal como la demandante había buscado hacerlo, inicialmente..."*. Realiza, además, una enfática consideración acerca de que la toma en consideración de la vulnerabilidad de la demandante en el momento en que su hija fue entregada en acogimiento institucional hubiera podido jugar un papel importante para entender la situación en la que se encontraban la niña y su madre.

No obstante todo lo señalado, el Tribunal de Estrasburgo entiende que el tiempo transcurrido, consecuencia de la inercia de la Administración y de las jurisdicciones internas, que no han estimado irrazonables los motivos dados para privar a una madre de su hija fundándose, únicamente, en razones económicas —la salud mental de la madre, inicialmente esgrimida, no fue objeto de ninguna peritación—, contribuyeron de manera decisiva a la imposibilidad de cualquier reagrupamiento familiar. Concluye que las autoridades españolas no han desplegado los esfuerzos adecuados y suficientes para efectivizar derecho al respeto de su vida privada y familiar, garantizado por el art. 8º del CEDH.

Recientemente (abril de 2017) la Audiencia Provincial de Barcelona (31) debió intervenir ante la apelación de un progenitor que sustentaba la inexistencia de desamparo, siendo motivo del recurso la alegación de infracción del interés del menor y de la carga de la prueba, indefensión y error en la valoración de la prueba. Los hechos se pueden resumir como sigue: el progenitor (32) de dos niños presentó demanda de oposición a la resolución administrativa de 10/11/2014 y solicitó que se deje sin efecto la declaración de desamparo de L. (nacido en 2007) y M. (nacido en 2003), a quienes

cuidó desde el nacimiento, aseverando que asisten al colegio, no hay desatención médica, ni de otro tipo. Alegó que el apoyo de la Administración (una trabajadora familiar una hora a la semana) era insuficiente y no se le prestó la ayuda que necesitaba. La Administración adujo que los niños presentaban en la escuela mal aspecto físico, falta de higiene y el padre presentaba dificultades para comprender las carencias y hacer un seguimiento. La sentencia de la primera instancia valora que no han desaparecido los indicadores de riesgo y persisten las carencias del padre, y así desestima la demanda presentada contra la resolución de desamparo.

En la apelación el padre argumentaba que no había causa de desamparo, sino sólo situación de riesgo. La sentencia pondera que varios informes reflejan no sólo el deseo de los niños de volver con el padre, sino la tristeza que sufren cuando lo dejan, tras las visitas, por lo que no era preciso constatarlo por otros medios. Existían compromisos firmados por las partes que incluían la ayuda, por parte de la Administración, de un trabajador familiar, apoyo económico y seguimiento durante un año, que se prorrogaron, pues se admite alguna mejora y que los progenitores siguen las pautas. Se contaba con diagnóstico de trastorno adaptativo mixto de la conducta y las emociones de L., y con similar diagnóstico a su hermano M.; informes de que no tienen buen rendimiento escolar; no hay posibilidad de apoyo en familia extensa y la conclusión administrativa de que hay abandono emocional de los niños y negligencia grave en su atención. Se propone la declaración de desamparo, ingreso en centro de acogimiento, visitas semanales para el padre, quincenales para la madre y familia extensa materna.

El informe de seguimiento de 10 de septiembre de 2015 muestra que los menores han mejorado tras el ingreso en el centro (más M. que L.) y el padre también ciertos aspectos, aunque hace lo que puede, pues tiene limitaciones para poner en relación sus carencias con las consecuencias que pueden generar en los hijos, le falta conciencia de autocrítica y presenta limitaciones para asumir sus responsabilidades. En el recurso, el padre no admite que los hijos

estuvieran desatendidos, pero sí las carencias de cuidado, reconociendo que a veces no podía con los dos; aduce que padece del corazón y del riñón; que no puede pagar la hipoteca y ha pedido pagar un alquiler social; admite que los hijos están bien en el centro; afirma que la trabajadora iba todos los martes, pero sostiene que aparte de peinar y acompañar a los hijos al colegio, no hacía nada más; agrega que los Servicios Sociales le ayudan en busca de vivienda alternativa; no se ha formalizado la ampliación de las visitas; el CRAE está a 6 km y va en tren.

La sentencia impugnada señaló siete factores de desamparo (33) (padre separado cuidador, mayor, sin habilidades suficientes; desatención de las necesidades más básicas; vivienda en mal estado; madre discapaz y que no cumple visitas; signos de desatención de los hijos); da cuenta de carencias de los padres en la atención de los hijos por falta de capacidad y conocimiento y no tanto por dejadez. En definitiva, desatención de los cuidados primarios y privación de elementos básicos para el desarrollo integral de los menores (pautas, apoyo, disciplina, límites.) y la sala entiende que se configuraron.

Luego, se analiza la prestación de medios por parte de la Administración, señalando que *"...ha de responder al principio de mínima injerencia y máximo respeto al entorno familiar. En este caso, realmente, el despliegue de medios de la Administración fue importante antes de acordar el desamparo (educadora de la EALA, coordinación con la escuela, Servicios Sociales de base, CSMIJ, CDLAPE, trabajadora familiar, incluso, según se refiere en algún momento, ayuda económica). No concretó el padre en ningún momento necesitar otro tipo de ayuda. Además, las carencias eran estructurales (las propias limitaciones de los progenitores), por lo que es dudoso que algún plan de apoyo la pudiera revertir (no hay prueba al respecto). Tampoco se ha demostrado que con un aula de refuerzo escolar y la contratación por la Administración de una trabajadora para la limpieza diaria de la casa se hubiera revertido la situación en el propio núcleo familiar"*.

La regulación de las visitas y relaciones también se analiza, y luego de referir que *"se presenta desarrollada en periodicidad (semanal, quincenal), adaptación a cada nivel de relación familiar (padre, madre, familia materna extensa, allegada) y justificación inicial de no prever pernoctas (por no tener los menores ninguna base familiar fuerte en aquel momento...)"*, es cuestionada por el tribunal de revisión diciendo: *"Pero no encontramos justificación técnica en la limitación de tiempos (al parecer, dos horas a la semana, los viernes, para el padre, una hora a la quincena para la madre y otra para la abuela materna), ni se justifica la limitación de visitas sólo con la abuela materna y no con los tíos, ni por qué son supervisadas y en el propio centro, ni por qué el padre sólo puede llamar por teléfono los martes (luego ha cambiado a llamadas de los hijos los martes y jueves), especialmente si los técnicos prevén que la estancia en el CRAE va a ser larga"*. Se acusa que esa parte del diagrama de intervención no está bien planteada; no obstante, el padre admite en su demanda que el régimen relacional ha aumentado incluso con introducción de algunas pernoctas. En definitiva, se estima que la medida de internamiento en CRAE, con mantenimiento de vínculos, es proporcionada. Además, se agrega que *"debería razonablemente progresar hacia un sistema de tipo internado, con permanencia de los hijos con el padre los fines de semana, para acabar finalmente con un regreso a la unidad familiar (salvo que surjan nuevas incidencias). La Administración debe, en tal perspectiva, concretar un plan progresivo de visitas y relación, sin dejar en la indefinición y a su arbitrio el programa de reinserción"*.

En definitiva, desestimaron el recurso de apelación y en el control de mérito de la medida dispuesta por la Administración la judicatura estableció las pautas adecuadas, en cumplimiento de las reglas convencionales, tal lo ya indicado por el TEDH.

VI. Reconocimiento complaciente. Cambio de doctrina judicial. Tribunal Supremo pleno (34)

El 29/03/2012, O. presentó la demanda iniciadora del proceso, que calificó de *"impugnación de reconocimiento de filiación"* de C., hija de su exesposa a quien reconoció en el año 2009, luego del casamiento ocurrido en el año 2007, sabiendo que no existía nexo biológico. Alegó que el acto es nulo, y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en

numerosas ocasiones rechaza la inscripción del reconocimiento, sosteniendo que "la regulación de la filiación en el Código Civil se inspira en el principio de la veracidad biológica de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad". Como fundamentación jurídica de la demanda se citaron, junto a los artículos sobre filiación del Código Civil, el art. 39 de la Constitución y determinadas declaraciones de la sentencia 1177/2008, de 5 de diciembre.

La progenitora se opuso aduciendo que el reconocimiento que hizo el actor fue con pleno conocimiento de que la menor no es su hija biológica, luego, no existe error invalidante en su consentimiento. Que la acción de impugnación de la paternidad procedente no era la contemplada en el art. 140, Cód. Civil, sino la contemplada en el art. 136, Cód. Civil. Tratándose de filiación matrimonial, el padre puede impugnar la paternidad en el plazo de un año desde que conoce el nacimiento o desde que es conocedor del error que le llevó a reconocer al menor como hijo, y sostiene la validez del acto de reconocimiento. Invocó la sentencia 300/2012, de 10 de mayo (rec. 19/2011), en la que, para un caso igual en todo lo relevante, la sala Civil declaró que el reconocimiento realizado constante matrimonio atribuye a la filiación reconocida el carácter de matrimonial conforme al art. 119, Cód. Civil, aplicable "*con independencia de la existencia o no de relación biológica del reconocedor con el reconocido*".

En primera instancia se rechazó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia e impuso costas por el orden causado por estimar contradictoria la doctrina del Tribunal Supremo conforme los fallos citados.

La cuestión que se planteó se concreta en determinar si la filiación es matrimonial o no matrimonial, pues si se le otorgaba la primera calificación, tal como ha resuelto la sentencia de instancia, resultaba de aplicación el art. 136, Cód. Civil, que establece un plazo

de un año para la impugnación de la paternidad, mientras que si se califica como no matrimonial es de aplicación el art. 140, Cód. Civil, que establece un plazo de cuatro años para su impugnación. La STS de 27 mayo de 2004 citada por el recurrente se pronuncia, en un caso idéntico al enjuiciado, juzgando que la filiación será no matrimonial cuando los progenitores se casen con posterioridad al nacimiento del hijo cuando éste no sea hijo biológico del padre, afirmándose: "*(...) el art. 119 determina que la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, dando a entender que se trata de padre y madre reales y que se casan con posterioridad al nacimiento del hijo o de los hijos habidos de una unión extramatrimonial precedente y siempre que el hecho de la filiación quede determinado en forma legal (...) por lo que junto a los nacidos constante matrimonio (matrimonios originarios) se colocan los nacidos con anterioridad no estando los padres casados (hijos matrimoniales anticipados) (...). El art. 140, al referirse expresamente a la filiación extramatrimonial, se está proyectando a los hijos nacidos sin que los padres que se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos, no obstante el matrimonio de la madre progenitora y padre no progenitor*". No obstante, en la STS de 10/05/2012, se pronuncia también un caso idéntico al que se plantea en apelación, y en el que el recurso de casación se fundamentó, con cita expresa de la referida STS de 27/05/2004 y en la de 12/07/2004 (35), en que la doctrina del TS dice que es posible ejercitar la acción de impugnación de paternidad al amparo de lo dispuesto en el art. 140, Cód. Civil, cuando se trate de un reconocimiento de complacencia en el que no existe paternidad biológica. El Pleno juzga la aplicación del art. 119, Cód. Civil, en el caso, que se produce con independencia de la existencia o no de una relación biológica del padre reconocedor con el reconocido, porque se trata de un efecto legal del reconocimiento, unido al matrimonio de los padres, y que la restauración de la situación relativa a la coincidencia con la verdad biológica sólo puede tener lugar mediante las correspondientes acciones de impugnación de la filiación, que deben ejercitarse en los plazos y condiciones previstos en la ley, llegando así a la conclusión de que, en el caso enjuiciado, la filiación tiene carácter matrimonial por cuanto, una vez contraído matrimonio, el impugnante reconoció al hijo de su esposa, es decir, de acuerdo con

uno de los medios para determinar la filiación matrimonial previstos en el art. 120, Cód. Civil Aseveran que establecer regímenes jurídicos diferentes para la impugnación de la filiación matrimonial determinada por reconocimiento y la no matrimonial determinada del mismo modo comportaría una discriminación por razón del nacimiento, contraria al art. 14, CE.

El Máximo Tribunal español señala, en primer lugar, que *"...dos días después de dictarse la sentencia de 12/07/2004, la tesis de que el principio de veracidad biológica exigiría la nulidad de los reconocimientos de complacencia quedó ya implícitamente rechazada por la sentencia 793/2004, de 14 de julio (rec. 2576/2000), y desde entonces nunca ha sido acogida por esta sala; que tampoco mantiene desde hace años la doctrina de la nulidad en general de los reconocimientos contrarios a la verdad biológica, declarada en las sentencias 265/1994, de 28 de marzo (rec. 1574/1991), 947/1997, de 31 de octubre (rec. 2916/1993), y 498/2004, de 4 de junio (rec. 2338/1998)".*

Luego de afirmar que la filiación paterna que determinan legalmente los reconocimientos de complacencia puede ser no matrimonial (art. 120.1 y 2, Cód. Civil) o matrimonial: art. 138, Cód. Civil, primera frase, en relación con los arts. 117 (reconocimiento expreso o tácito del marido), 118 (reconocimiento implícito en el consentimiento del marido) y 119, Cód. Civil; respecto de este último, asume que no requiere que el reconocedor sea el padre biológico del reconocido, y agrega: *"Lo que caracteriza a los reconocimientos de que se trata es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza. Eso diferencia radicalmente los reconocimientos de complacencia de los denominados reconocimientos 'de conveniencia': con la finalidad de crear una mera apariencia de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere".*

Más adelante, el Pleno del Supremo Tribunal se pregunta: la acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor podrá ejercitar, ¿es regulada en el art. 136, Cód. Civil, con un plazo de caducidad de un año, o la regulada en el art. 140.II, Cód. Civil, con un plazo de caducidad de cuatro años (dando por supuesto que existió la correspondiente posesión de estado, como es natural cuando se trata de un reconocimiento de complacencia)? (36).

Fija, en definitiva, la siguiente doctrina:

— *"El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica" (37). Agregan que no cabe sostener la ilicitud de los reconocimientos de complacencia, y que "No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes. Ni contraria a la moral: se constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente —cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura—, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos".*

— *"Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el art. 136, Cód. Civil, si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el art. 140.II, Cód. Civil, si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción", con sustento en que el art. 136, Cód. Civil, no priva de dicha acción al marido que, en los casos que respectivamente contemplan los arts. 117 y 118, Cód. Civil, haya reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o*

consentido la inscripción de la filiación como matrimonial, sabiendo o estando convencido de no ser el padre biológico del hijo de su cónyuge. El art. 140, Cód. Civil, no priva de legitimación activa al reconecedor por el hecho de que haya reconocido sabiendo o teniendo la convicción de no ser el padre biológico del reconocido. En ambos casos, sostienen, los plazos de caducidad legales se basan en la seguridad jurídica, especialmente en interés del reconocido. A todo evento, explican que no se aplica el art. 7º.1, Cód. Civil (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814, Cód. Civil).

— *"En caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconecedor podrá ejercitar será la regulada en el art. 136, Cód. Civil, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el art. 140.II, Cód. Civil, en cuyo caso, el reconecedor no podrá ejercitar la acción del art. 136, Cód. Civil: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto".*

Referencias Bibliográficas

- (1) www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427041239?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_RMS.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH.
- (2) Audiencia Provincial de Palencia, Rec. 401/2016, magistrado ponente: Miguélez del Río, Carlos, nro. de sentencia: 26/2017, Diario La Ley, nro. 8987, Sección La Sentencia del Día, 25/05/2017.
- (3) STS 5311/2016 - ECLI: ES:TS:2016:5311, Id Cendoj: 28079110012016100698, Tribunal Supremo, sala Civil, Madrid, Sección: 1, fecha: 05/12/2016, nro. de recurso: 2987/2014, nro. de resolución: 721/2016, procedimiento: casación, ponente: Eduardo Baena Ruiz, tipo de resolución: sentencia.

(4) "Art. 1903.— *La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda*".

(5) El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

(6) La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

(7) Sentencias de 8 de octubre de 1981, 31 de enero 1983, 2 de febrero y 16 de julio 1984, 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986, 03/02/1987, entre otras.

(8) Al respecto señalan: "*Si se atiende a las circunstancias concretas que rodearon el ejercicio de la acción y a la función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación del mencionado instituto (SSTS de 11 de diciembre de 2012, 21/06/2013, 2 de diciembre de 2013 y 14/01/2014), el motivo del recurso debe desestimarse*".

(9) www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8106471&links=&optimize=20170724&publicinterface=true
(10) www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428099141?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_Iglesias_Casarrubios_c_Espa%C3%B1a.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH.

(11) "Art. 6º.— *Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada*

necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

(12) Atribuyó al padre un derecho de visita restringida, consistente en dos horas diarias, los sábados y domingos de los fines de semana alternos, en el Punto de Encuentro Familiar más próximo al domicilio de las menores en el horario que indique el personal de éste y bajo su supervisión.

(13) En base al art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (apart. 21 posterior), se quejaba de que su hija menor no había sido oída por el juez, ni siquiera por el equipo psicosocial adscrito al juzgado de primera instancia al negarse aquél, a pesar de la petición en este sentido de la niña, a que la entrevista fuera grabada.

(14) La sentencia no se pronunciaba sobre la falta del trámite de audición de la hija menor de la demandante por parte del juez y por los miembros del equipo psicosocial.

(15) En el fallo se adujo que *"siendo la pretensión de la Sra. S. que no se reconozca derecho de visitas al padre, el objetivo esencial de la propuesta de audiencia es conocer la opinión del menor respecto a tal régimen y si desea mantener contactos con su padre. Esta opinión ya es conocida por la sala, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicosocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor. Esta argumentación (...) es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9º de la ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6, Cód. Civil)".*

(16) SAP IB 1043/2017 - ECLI:ES:APIB:2017:1043, Cendoj: 07040370042017100197, nro. de resolución: 210/2017, Audiencia Provincial, Palma de Mallorca, nro. recurso: 67/2017, 13/06/2017, tipo resolución: sentencia.

(17) El art. 92 del Cód. Civil español dispone: *"6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime*

necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda". Además, el trámite de audiencia en los procesos de modificación de las medidas con relación a los hijos es obligatorio para la autoridad judicial, incluso sin necesidad de que sea solicitado por las partes. Esta obligatoriedad resulta de la aplicación sistematizada e integrada del art. 9º de la ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20/11/1989 y de los arts. 92.6 y 159 del Cód. Civil que confieren a la audiencia al menor en este tipo de procedimientos la condición de trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE).

(18) "Art. 2º.— Interés superior del menor. 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a)... b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior... 5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente".

(19) "Art. 770.- Las demandas de separación y divorcio (...) se sustanciarán por (...) las siguientes reglas: (...) 4ª (...) Si el procedimiento fuere contencioso y se

estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá (por parte del juez) a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario".

(20) "Art. 655.— Plan de parentalidad. Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga: a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; b) responsabilidades que cada uno asume; c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor. El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación".

(21) "Art. 656.— Inexistencia de plan de parentalidad homologado. Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición".

(22) "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".

(23) "Art. 646.— Enumeración. Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;

e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo".

(24) "Art. 653.— Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo; d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente".

(25) "Art. 707.— Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso".

(26) Igualmente se ocupa del tema de los intereses encontrados entre el niño o adolescente y alguno de los progenitores en el art. 163 cuando dispone: "Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor (...)", agregando la posibilidad de que "si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad".

(27) Audiencia Provincial, Sede: Oviedo, Sección: 4, fecha: 09/06/2017, Cendoj: 33044370042017100230, nro. de recurso: 222/2017, nro. de resolución: 226/2017, magistrado ponente: Zamora Pérez.

(28) www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427041239?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_RMS.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH.

(29) El 23/08/2005 la madre se presentó a solicitar ayuda económica y una trabajadora social dispuso la separación con ayuda de la policía. El 25/08/2005, la Delegación Provincial emprendió un procedimiento administrativo con el fin de considerar a la niña en situación legal de desamparo y la declaró en desamparo provisional. La decisión se refería a la carencia de recursos de la demandante, en

estado de indigencia extrema, a la situación de la menor y a su falta de higiene, a sus ropas inadecuadas para el período estación estival, a su piel reseca, que presenta cicatrices y arañazos, y a su extrema ansiedad ante la comida, entre otras cosas. La Delegación Provincial asumió entonces la tutela de la niña, dispuso su ingreso en el Centro de Acogida e informó a la demandante de la posibilidad de solicitar la asistencia jurídica. Se impidieron las visitas hasta el inicio de tratamiento psicológico.

(30) "*Buscemi c. Italia*", nro. 29569/95, § 53, TEDH 1999-VI, y "*Saleck Bardi c. España*", nro. 66167/09, § 50, 24/05/2011, § 49.

(31) SAP B 4787/2017 - ECLI: ES:APB:2017:4787, Id Cendoj: 08019370182017100284, 26/04/2017, nro. de recurso: 850/2016, nro. de resolución: 364/2017, siendo ponente Francisco Javier Pereda Gámez en un expediente de oposición a medidas de protección de menores.: 150/2015 procedente del Juzgado de Primera Instancia N° 18 de Barcelona Heraclio, abogada: R. Auger Nebot, procuradora: A. Bravo García, apelada: Direcció General d'Atenció a la Infància i a l'Adollescència (DGAIA), abogado: Lletrat de la Generalitat y el Ministerio Fiscal.

(32) Persona de edad, afecto de limitaciones físicas y limitado (lo reconoce él mismo) para poder apoyar a los hijos en los estudios y que tiene declarada una incapacidad administrativa del 51%, por sus problemas de salud.

(33) El desamparo está previsto en la ley 14/2010, de 27 de mayo, respecto de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. En su art. 105 se recoge como supuesto cualquier situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño o el adolescente o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral.

(34) Tribunal Supremo, STS 3192/2016 - ECLI: ES:TS:2016:3192, Cendoj: 28079119912016100017, sala de lo Civil, del 15/07/2016 nro. de recurso: 1290/2015, nro. de resolución: 494/2016, ponente: Pantaleón Prieto.

(35) Allí se sostuvo: "*La imperatividad del art. 39 de la Constitución, que exige la protección de los hijos, clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad sobre los mismos a quien no es*

su padre biológico y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta en línea de fraude, por lo que se impone la adecuada interpretación de la norma en la línea que marca el art. 3º del Cód. Civil. Esta doctrina se reitera en la sentencia de 15 de septiembre de 2003, al otorgar toda eficacia decisiva al hecho de que el padre que impugnó no era el padre biológico, pues la paternidad real, en otro caso, resultaría clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y sólo se limitó a reconocerle como acto de complacencia y, aún más, se llegaría a proteger situaciones de indefensión, que violentan el art. 24 de la Constitución".

(36) Recuerdan los magistrados que la sentencia de la sala 751/2010, de 29 de noviembre (rec. 1064/2007), consideró aplicable el art. 140.II, Cód. Civil, al decidir un caso en que el reconocimiento fue anterior al matrimonio entre el reconocedor de complacencia y la madre del reconocido; y también la tan mencionada sentencia 300/2012, de 10 de mayo, pareció limitar la aplicación del art. 136, Cód. Civil, al supuesto de reconocimiento posterior a ese matrimonio; supuesto, éste, para el que ya la sentencia 1162/2002, de 28 de noviembre (rec. 1362/1997), había declarado aplicable el art. 119, Cód. Civil, lo que excluía la aplicación del art. 140, Cód. Civil. Y antes, la sentencia 1131/2001, de 26 de noviembre, había decidido en igual sentido en un caso en el que el reconocimiento se realizó el mismo día de la celebración del matrimonio.

(37) El Código Civil español no establece como requisito estructural para la validez del reconocimiento que éste se corresponda con la verdad biológica. No figura como tal requisito en los arts. 121 a 126, Cód. Civil. Incluso analizan la situación del reconocimiento con control judicial de quienes tienen restringida la capacidad, que tampoco exige correspondencia con la realidad biológica.

Entrega directa: otro caso de convalidación judicial

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 2017-VI, 177

Cita Online: LALEY AR/DOC/4191/2017

[Consultado el: 04/06/2021]

I. Breve síntesis de los hechos y las pretensiones

La sentencia cuyo comentario se nos encomendó se dictó el día 19/05/2017 en el Juzgado de Familia N° 1 de Comodoro Rivadavia, a cargo de la Dra. María Marta Nieto. Corresponde a los autos caratulados: "*M., A. E. y M., L. H. s/ adopción*" del año 2016.

Ante la promoción de la demanda de guarda preadoptiva y solicitud de adopción plena presentada por un matrimonio respecto de un adolescente de 13 años que convivía con ellos con el consentimiento materno desde hacía varios años, se dispone la apertura del proceso y se designa abogado del niño. Los adoptantes requirieron se declare la inconstitucionalidad de los arts. 613 y 634, inc. h), del Cód. Civ. y Com.; los abogados del adolescente postularon el consentimiento de L. para su adopción, sin plantear objeciones al sistema jurídico vigente.

Convocada la progenitora, con patrocinio letrado presta su consentimiento con el trámite y respecto de la acción señala que "*si se dan las condiciones de estabilidad en la familia*", también consiente la pretensión, solicitando se disponga adopción simple o adopción plena con mantenimiento de vínculos.

En ejercicio del derecho a ser oído, el joven expresa que quiere continuar manteniendo vínculo jurídico con sus hermanos biológicos. También comenta que habla con su mamá biológica y que acordaron que una vez por año se intercambiarán cartas escritas.

Como antecedentes fácticos se consigna: que el adolescente nació en una provincia norteña y desde el nacimiento estuvo al cuidado de su abuela materna, hasta su fallecimiento en el año 2006; su progenitora reasume el cuidado del niño cuando tenía 3 años, trasladándose ambos a Comodoro Rivadavia, Chubut, en condiciones socioeconómicas precarias —vivienda prestada, escasez de alimentos, ejercicio de la prostitución, trabajo infantil— que acompañaron la primera infancia del joven. Según los presentantes, el contacto entre los adultos se promovió por la progenitora, que supo de la imposibilidad de concebir de la pareja por un conocido de ambos, y que como se disponía a viajar, les propuso dejar a L. por siete días al cuidado de los accionantes, bajo su supervisión telefónica, comprometiéndose a llamarlo todos los días. Señalaron que el niño estuvo de acuerdo y los accionantes también. La progenitora se contactó diariamente pero luego de un mes perdieron toda comunicación; el adolescente vive con ellos desde 2010 y piden, en consecuencia, que se les reconozca la calidad filial construida.

II. La entrega directa y la guarda de hecho

Es preciso señalar que en materia de guarda previa a la adopción, la legislación vigente desde el 01/08/2015 adoptó una clara postura al consignar en el art. 611 del Cód. Civ. y Com. la expresa prohibición de considerar a las entregas directas como antecedente válido para conferir la filiación adoptiva. Denominamos de ese modo al destierro de un niño de su familia de origen a otro grupo familiar vinculado o no por lazos de parentesco, sea que ellas se realicen por uno o ambos progenitores o por otros parientes de la persona menor de edad, y con independencia de que esa circunstancia se plasme en algún instrumento público o privado (1).

Ahora bien, como se sostuvo en otra obra: "*hablar de 'guarda de hecho' implica distinguir los supuestos de entregas directas a favor de terceros con quienes exista un conocimiento/vínculo afectivo previo, de las llamadas situaciones de 'chico puesto', ajenas a la afectividad y relacionadas con la directa cosificación del hijo que, cual objeto —e independientemente de la existencia de restitución o de la cualidad/entidad de la misma—, es circulado de un núcleo familiar a otro, con quien no lo une un lazo biográfico afectivo o histórico alguno*" (2), lo que equivale a sostener que no toda disposición de un niño del grupo originario a otro alternativo se inscriben en situaciones ilegítimas o irregulares. Piénsese, por caso, la situación de un niño hijo de una madre sola y sin familia extensa que, por motivos de salud, debe trasladarse a otro lugar a realizarse tratamiento quirúrgico, dejando al niño o niña al cuidado de una amiga de su confianza, y fallece como producto de la dolencia. O el supuesto recientemente juzgado donde un niño de 11 años que convivía con su profesor de computación porque su tía, que había asumido su crianza desde que tuvo 20 días, ante un padre alcohólico y una madre con padecimientos mentales, fallece como consecuencia de una enfermedad oncológica. Allí, ante la oposición del guardador como referente afectivo (art. 607, Cód. Civ. y Com.), se consideró su condición y el vínculo generado, denegando la declaración de situación de adoptabilidad solicitada por el organismo administrativo y emplazando al adulto a iniciar los trámites de la guarda adoptiva (3).

Más allá de las discusiones doctrinarias generadas en torno a la guarda de hecho delegada por los progenitores, lo cierto es que la legislación escogió una postura negativa o restrictiva en la materia al normativizar la filiación adoptiva. Frente a problemas jurídicos fundados en vicios del consentimiento y posteriores requerimientos de nulidad de escrituras públicas de entrega de niños admitidos por la ley 19.134, la ley 24.779 prohibió este tipo de actos jurídicos al disponer en el art. 318, Cód. Civil: "*Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo*". Esto es sostenido por el nuevo ordenamiento y reforzado en el art. 611; sin embargo, no puede menos que compartirse las palabras del juez del Tribunal N° 5 de Rosario, Marcelo Molina, cuando señaló, en un fallo

formidable, que *"la prohibición de ponderación de la guarda de hecho, las guardas judiciales y las delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental en el marco de una adopción es una norma calificable al menos de inelástica. En este punto el Código desconoce la riqueza y variedad de los vínculos humanos y también se coloca un poco más allá de las propias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en tanto y en cuanto obliga al juez a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir, la realidad de ese niño o esa niña en particular. La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho contruidos por los propios niños son la voz cantante del derecho"* (4).

Fijada entonces la regla prohibitiva, su transgresión faculta al juez a separar al niño de su pretensio guardador de manera inmediata, a fin de prevenir la sujeción del derecho a las circunstancias de hecho generalmente impuestas por quienes revisten condiciones sociales, culturales o económicas más favorables que quien se desprende del hijo/a. De esta forma, la norma señala que al juez le está permitido separar al niño del grupo familiar que lo recibió por vía extrajudicial, lo que significa que se reconoce una facultad —no una obligación— a la que apelará justificadamente en el caso concreto y acorde a las particulares circunstancias y el mejor interés del niño/a.

El art. 611 también consigna una excepción a esa regla prohibitiva: la existencia de un vínculo de parentesco entre progenitores y terceros, supuesto en que admite que la transferencia del niño, niña o adolescente de la familia biológica a otra relacionada por vínculos familiares pueda ser valorada judicialmente como útil y necesaria y en tal caso no procedería la disposición jurisdiccional de separación física cautelar.

Podemos ver que el sistema diagramado guarda coherencia — aunque eso no significa inexistencia de lagunas jurídicas— con el sistema de protección integral, que impone que ante la vulneración de derechos de niños, niñas o adolescentes emerge un deber progresivo por parte de las autoridades de implementar estrategias de fortalecimiento familiar con la familia de origen (5), o recurrir a

miembros de la familia ampliada o a recursos comunitarios que pueden ser familiares o institucionales.

El sustrato de la disposición normativa establecida en el art. 611 reposa en unificar criterios de actuación administrativo-judicial, pues con ella y los principios y las reglas procesales establecidas (arts. 595, 607, 608, 609, 634, inc. g, entre otras) se encamina el accionar del órgano encargado de cumplir con las políticas públicas, se reducen los tiempos del proceso, que no es más que tiempo de vida del niño, niña o adolescente, y no-tiempo de convivencia familiar estable, y se obliga a que los jueces en todos los casos declaren la situación de adoptabilidad. Este proceso es la consecuencia del control de legalidad obligatorio y ulterior a adoptarse una medida de excepción o tercer nivel prevista en el sistema de protección (ley 26.061 y análogas provinciales). Desde otro lugar, la disposición que prohíbe amparar situaciones de entregas directas fortalece al Registro Único de Adopción, en tanto herramienta hábil para seleccionar con la debida legitimidad a los futuros guardadores, y recurso que, por su función y características, constituye una garantía de igualdad de tratamiento y acceso a las oportunidades de quienes pretenden acceder a la adopción como modo de ampliar la familia.

La norma alojada en el art. 611, durante la etapa de elaboración del Anteproyecto del Código Civil y Comercial contenía una redacción distinta a la sancionada. En su redacción original preveía la existencia de parentesco o *vínculo afectivo* comprobable con un tercero, lo que fue suprimido durante el tratamiento en la Cámara de Senadores, argumentando que esa amplitud de legitimados podría convertirse en una "*ventana*" que sorteara el verdadero espíritu de la reforma (6). Sin embargo, ese recorte legislativo no suprimió los casos (art. 1º, Cód. Civ. y Com.) de guardas de hecho, administrativas o judiciales a favor de terceros no familiares de los progenitores, pero que de un modo u otro funcionaron como referentes afectivos de los niños. Lo que se trató de impedir no se logró, pues tanto el derecho a la convivencia familiar en un grupo familiar acogedor, continente y apto ha de ser preferido a la institucionalización —último recurso

estatal para restituir derechos vulnerados— como la valoración concreta de la situación que debe ser juzgada conforme el interés superior del niño produjeron una cantidad importante de sentencias judiciales que sortean la limitación de la norma con la declaración de inconstitucionalidad cuando la convivencia familiar con el tercero no pariente se había delegado en el contexto de una medida administrativa con control judicial (7).

Estas apreciaciones nos colocan frente a un problema que evidencia la realidad, muy bien descrito por Herrera: admitir que la guarda de hecho —como cuestión fáctica— es de por sí compleja y que cualquier regulación que se recepte, por más clara y precisa que sea su redacción, jamás va a poder quitar el tema del campo de las incertezas que son las que priman en el derecho contemporáneo ante sociedades cada vez más complejas (8).

Es innegable que "fuera de los supuestos que el art. 611 pretendió eliminar con miras a la protección del tráfico, venta o transacción referida a un niño, existen situaciones legítimas, preexistentes, nacidas, gestadas y amparadas bajo la afectividad, ajenas a la norma que merecen una respuesta desde el ordenamiento y en respeto del interés superior del niño. El principio o estándar de socioafectividad no ampara a la luz del interés superior del niño situaciones que comprometen los derechos fundamentales del niño, tales como las irregularidades en el origen de la guarda, la venta o transacción que involucra al niño, la vulneración de los derechos de la madre de origen —estado puerperal, transgresión al consentimiento pleno, libre e informado—. Las violaciones a las normas imperativas del debido proceso de adoptabilidad, ni menos aún, finalmente, el delito (...) Los afectos —como la vida en sí— es más compleja y se necesita contar con una normativa que esté a tono con ella" (9).

En este orden de ideas, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Bahía Blanca en 2015, Comisión N° 6, "Identidad y Familias", respecto de la guarda de hecho se concluyó (10): "De lege lata (por unanimidad): Se debe entender de manera sistémica de conformidad con los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que la excepción a la prohibición de la guarda de hecho no se circunscribe a los

parientes, sino a aquellas situaciones excepcionales de socio afectividad en el que la relación entre la familia de origen y la guardadora (los adultos) es cierta, previa y genuina y de lege ferenda (por unanimidad): Se debe modificar el art. 611 y volver al texto del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. En lo que hace a la delegación de la responsabilidad parental sea por los progenitores o por los jueces, de lege lata, y por unanimidad: Se debe entender que los arts. 643 y 657 no se circunscriben a los parientes sino también a terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad; de lege ferenda y por unanimidad: Se debe modificar los arts. 643 y 657 a los fines de extender los supuestos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a los terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad". Finalmente, allí se puso de resalto, también con criterio unánime, que en los supuestos de los arts. 611, 643 y 657 es relevante para la resolución del conflicto (guarda para adopción, ejercicio de la delegación de la responsabilidad parental y guarda judicial) la voluntad de los niños con edad y grado de madurez suficiente.

III. El factor temporal y la identidad dinámica

El caso en comentario da cuenta de una situación que frecuentemente es abordada en los juzgados de familia, y es la referida al transcurso del tiempo y la generación de vínculos.

En el mejor de los casos, las entregas no se producen por la selección materna o de un familiar sin control judicial (11), sino que el traslado del niño, niña o adolescente es producto de la intervención de los organismos administrativos con control de legalidad judicial y que, por diversas circunstancias, se estira más allá de todo plazo razonable (12). Incluso, dicha prolongación de acogimiento temporal en grupo alternativo al de origen puede superar con creces el plazo ahora dispuesto por el art. 657, Cód. Civ. y Com., tal ocurrió en el supuesto en análisis y en varios de los citados en este trabajo.

Esa realidad, sin una familia de origen dispuesta a revertir las situaciones que motivaron el desarraigo del sujeto menor de edad, y —a modo de espejo— otra familia no vinculada por lazos de

parentesco asumiendo las funciones necesarias para el desarrollo del niño o niña, va permitiendo que surjan lazos afectivos genuinos y respetables, que luego pueden —y lo hacen— dar lugar a oposiciones a declaraciones judiciales de situación de adoptabilidad invocando la calidad de referente afectivo para solicitar la guarda o la tutela, tal como lo autoriza el art. 607 del Cód. Civ. y Com.

Y es que no debemos olvidar que así como la biología admite la creación de lazos afectivos entre progenitores e hijos, también la interpelación entre lo social y lo afectivo los va generando, como en el supuesto de las parejas que se casan o viven en uniones convivenciales, o cuando se emplaza bajo la figura de la adopción a un mayor de edad con posesión de estado de hijo. Cuando nos referimos a "*socioafectividad*", es de obligada transcripción el concepto que viene de la doctrina brasileña (13) y que señala que es "*aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de criterios jurídicos y biológicos, en uno nuevo para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad, en el mejor interés del niño y en la dignidad de la persona humana*".

Es innegable que en muchos casos "*la filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas que la voluntad y el afecto son los únicos elementos, y para eso el ejemplo más evidente es la adopción*" (14).

Si esto es así, podemos razonar que cuando el art. 9º de la Convención de los Derechos del Niño prescribe: "*Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser*

necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres...", también podría evaluarse la calidad de los guardadores —aun de hecho— en función del desarrollo del rol paternal/maternal y no necesariamente exigirse el título de estado, resolviendo en definitiva aplicando el art. 3º, Cód. Civ. y Com.

En función de los derechos en juego, pueden señalarse tres argumentos centrales que deberán ser tenidos en cuenta al momento de decidir acerca de las guardas de hecho como antecedente de un ensamble adoptivo: 1) 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—; 2) el concepto de centro de vida, en cuyo marco debe analizarse si se pudo acreditar la legitimidad en la que transcurrió la vida del sujeto a proteger por el sistema judicial y 3) su identidad personal, punto donde el desarrollo de la socioafectividad legítima asume un papel central (15).

IV. La necesidad de la declaración de inconstitucionalidad del art. 611, Cód. Civ. y Com.

Como surge del relato de los hechos, la transferencia operada desde la familia monoparental al matrimonio que solicita la adopción se produjo cuando L. contaba con 7 años de edad, época en la cual la guarda de hecho podría haber sido admitida según una parte de la doctrina. Sin embargo, por imperio del art. 7º del Cód. Civ. y Com., resulta de aplicación al caso la nueva legislación en la materia, dentro de la cual el art. 611 considera en su tercer apartado que *"ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción"*.

La sentencia en comentario parece no hacerse cargo de esta disposición legal y omite expedirse sobre la norma en cuestión, como sí lo hiciera, por ejemplo, su par de la ciudad de Puerto Madryn, Chubut, al declarar la situación de adoptabilidad y guarda para

adopción retroactiva a la fecha en que se dispuso judicialmente el cuidado de un matrimonio guardador, y la inconstitucionalidad de los arts. 611 y 613, primer párrafo, para dar lugar a la adopción ulterior por parte de una familia solidaria (16), o de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz, que rechaza el planteo del organismo de infancia que instaba la restitución a la progenitora ya sentenciada la situación de adoptabilidad, declara de oficio la inconstitucionalidad del art. 611 (tercer párrafo), otorga guarda con fines de adopción a la familia solidaria (art. 613) y tiene por cumplido el plazo de guarda (art. 614), fijando un plazo de quince días para instar trámite adoptivo (17).

En función de las pautas interpretativas emergentes de los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., previo a establecer si una norma es contraria al orden constitucional, a la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño u otro tratado de derechos humanos, o —incluso— a la interpretación que de ellos hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe ponderar si la norma infraconstitucional puede ser integrada al sistema general. Sólo si dicha integración no se logra corresponde recurrir a la declaración de inconstitucionalidad o de anti o inconventionalidad, pues siempre debe presumirse la validez de las normas, y su tacha o inhabilidad es una medida de último recurso (18). Es conocida y reiterada la doctrina sentada por la Corte Suprema en cuanto a que *"la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, eso es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que operan plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable"* (Fallos 314:424, entre otros), señalando también que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico (19).

El fallo en comentario, con solvencia, recorre el articulado aplicable y, apelando a los principios generales contenidos en el art. 595 del Cód. Civ. y Com. (20) en función del estándar convencional que mejor respeta el interés superior de ese niño en ese momento

actual de su desarrollo vital, desplaza la aplicación de algunas normas a las que declara inconstitucionales.

En especial, pondera la jueza el conocimiento del origen y la realidad biológica, el mantenimiento de vínculos con la progenitora y la relación de ella con los guardadores, traducida en la anuencia tácita de la inserción familiar, el consentimiento del adolescente, su decisión de mantener los lazos jurídicos filiales y la motivación para el cambio de su nombre.

El informe del equipo técnico es minucioso sobre el posicionamiento de cada uno de los miembros de la familia que pretende la adopción, y muy especialmente en la descripción de la dinámica familiar y su impacto positivo en el antes niño y ahora adolescente.

En un apartado especial, la magistrada —invocando los principios rectores del derecho de familia— señala su importancia para supuestos como el que debe resolver, diciendo textualmente: *"por cuanto siempre los casos de entregas directas o guardas de hecho, revisten el carácter de casos complejos y sensibles, entonces la letra muerta de la ley puede resultar insuficiente para dar solución a la vasta problemática familiar, la que únicamente será eficazmente abordada si el abordaje se realiza a la luz de los principios del derecho de familia cuyo origen se encuentra en la Constitución y en los tratados de derechos humanos obligatorios para nuestro país"*. Seguidamente desarrolla en particular cada uno de ellos. Determina en qué consiste el interés superior del niño, recordando que debe evaluarse también la obligación del Estado de asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (conf. ONU, Comité de los Derechos del Niño, observación general 14, párr. 71), refresca que se entiende por bienestar del niño la satisfacción de sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección. Abona esa porción del análisis con la doctrina de la Corte Suprema sobre la obligación de la judicatura de familia de resolver los casos planteados sin desatender que se trata de

problemas humanos y que resulta desaconsejado e imposible atarse a fórmulas pétreas (21). Se ocupa del principio de realidad para señalar que toda decisión debe contemplar sus consecuencias, analizando sistemáticamente cómo los derechos y ventajas que el sujeto adquirió se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal. Es aquí donde el análisis se introduce en el concepto de identidad dinámica, señalando que no es posible un desarraigo afectivo de esa envergadura sin afectar gravemente al joven. Refuerza la idea apelando a la cautela de las decisiones en materia de derecho familiar, y trae al resolutorio el principio de permanencia o estabilidad.

Sentado todo ello, la jueza retoma la cuestión referida a las guardas de hecho y hace referencia a aspectos ampliamente debatidos tanto en doctrina como en jurisprudencia, como lo son la autonomía personal materna o paterna en la elección de los guardadores de su hijo y la posibilidad de sustraerse al régimen legalmente impuesto para la elección de padres y madres, es decir, abstraerse de la vía judicial y del registro de pretensos adoptantes, de conformidad con los arts. 613 y 643, inc. h), del Cód. Civ. y Com.

Se expide manifestando que coincide plenamente con la justeza de la norma contenida en el art. 611 del Cód. Civ. y Com., *"pues su prohibición es lo que garantiza el respeto y protección por los niños y niñas, quienes resultan sujetos pasivos de las maniobras de sus progenitores quienes se desprenden de sus cuidados y obligaciones, en muchos casos sin consideración a su subjetividad"*. En esta porción de la sentencia me detendré para señalar que aprecio la aseveración formulada como sesgada, sin perjuicio de respetar la opinión de quien la sostiene.

Ello en tanto y en cuanto la norma alojada en el art. 611 se dicta, justamente, considerando la situación de desequilibrio estructural de las progenitoras, que suele ser la antesala de las entregas directas, especialmente cuando se trata de mujeres que afrontan el nacimiento del hijo en soledad y en condiciones poco favorables para el desempeño de la maternidad, atravesadas en muchos casos por violencia de género u otro tipo de vulnerabilidad. Una autora

agudamente hizo notar que la adopción —y, sin dudas, junto a ella las guardas de hecho y su rechazo o convalidación jurisdiccional— 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 (22).

En apoyo de lo que señalo, sumo las voces que sostienen: *"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"* (23).

Apunté antes de ahora los motivos que llevaron a la Comisión de Reforma a sostener esta postura legislativa, entre los cuales se suele describir como el más fornido el de prevenir el tráfico de niños y la consideración como mercancía; esta motivación, en general, se advierte como operada por el otro extremo de la relación que impera en una entrega directa, es decir, en quienes no han podido concebir hijos biológicamente y, en nombre del amor, recurren a maniobras —aquí sí— de marcada ilegitimidad, o directamente ilegalidad. Clara muestra de esta afirmación, y lamentablemente repetida en varios precedentes judiciales, son el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires citado en la nota correspondiente (24), o el dictado por la CS en fecha 27/05/2015, en autos *"M. M. S. s/ guarda"* (25).

En su análisis, la jueza hace referencia a que, al invocar la guarda de hecho, implica sortear el sistema legal impuesto como vía de acceso a la filiación adoptiva sin ser pasible de la excepción contemplada en el art. 611, esto es, el parentesco con la progenitora. Haciendo propias las expresiones que atribuye a la Dra. Kemelmajer de Carlucci, sostiene que *"admitir soluciones distintas a la receptada en la norma en cuestión, implica la modificación del sistema legal vigente de inscripción y selección a través del mecanismo del Registro de Aspirantes a Adopción, obturando y cercenando la facultad judicial para la evaluación de las entregas directas,*

evaluación de la familia guardadora, situación del niño, etc.". En otra porción del fallo hace hincapié en la inercia estatal, alegando que el Estado no fue lo suficientemente previsor en la difusión de las normas legales, o bien el sistema de protección integral no cobijó adecuadamente a un niño cuyos derechos podrían ser vulnerados, lo que se agravaría 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.

Sostiene, en definitiva, que las particulares circunstancias y el tiempo transcurrido, la edad y opinión del adolescente, la llevan a apartarse de la pertinencia de las disposiciones del art. 611 del Cód. Civ. y Com., entrando en el análisis de la posibilidad de adopción pretendida por el matrimonio de guardadores y el adolescente y consentida por su progenitora.

Este razonamiento, a mi juicio, deviene incompleto, pues, como lo sostiene la juzgadora al abordar lo referente a la falta de inscripción en el registro de pretensos adoptantes y la nulidad de su omisión, también para esta situación correspondía la declaración de la inconstitucionalidad del art. 611 al caso concreto, y no un mero apartamiento. Compartiendo, como lo hizo, las apreciaciones doctrinarias en las que basó su análisis el corrimiento de la regla de considerar la entrega directa como infractora de la ley aplicable, sólo pudo basarse en que con ello se afectaba el interés superior del niño, para lo que contaba con elementos suficientes, como ser la posibilidad de descartar conductas espurias de los adultos, inexistencia de tráfico, venta o transacción. Análisis que se complementa con que la pareja adoptante constituye para el joven el referente afectivo que se menciona en el art. 607, por lo que si se declara la situación de adoptabilidad sin considerarlos como tal, y sin establecer la inconstitucionalidad del art. 611 por ser la guarda de hecho el presupuesto fáctico de la pretensión, desde el punto de vista técnico jurídico debió ampararse en que se estaba ante una situación legítima, preexistente, nacida, gestada y amparada bajo la afectividad, y donde no se habían violado derechos fundamentales ni del niño ni de sus

progenitores de origen —estado puerperal, transgresión al consentimiento pleno libre e informado— y por lo tanto su aplicación vulneraba —en el caso— el derecho constitucional a crecer en una familia forjada con el transcurso del tiempo y el desarrollo de la identidad con la que se reconoce el adolescente. La protección de la familia tiene sustento constitucional y legal, constituyendo un estándar de idéntica dimensión y deber estatal de garantía que el interés superior del niño. Esta directriz rectora se aloja en los arts. 5º, 7º, 8º, 9º, 20, 21 y en el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño; art. 13 de la CADH, es reconocida también por la OC 17 sobre "*Condición jurídica y derechos humanos del niño*", del 28/08/2002, o en fallos señeros como el dictado en la causa "*Fornerón, Leonardo V. y otra c. Argentina*", del 27/02/2004 o "*Atala Rizzo, K. c. Chile*", del 24/04/2012, de aplicación directa e inmediata en nuestro país por virtud de la regla 75.22 de la Constitución Nacional y el art. 2º del Cód. Civ. y Com. No podría dejar de señalarse tampoco el art. 14 de la CN, ni los arts. 4º, 7º, 11 de la ley 26.061 —y varias de las leyes provinciales que precedieron a la reglamentación nacional, o aun las posteriores—, o el art. 4º del dec. reglamentario 415/2006, todos los cuales constituyen soportes normativos de aquella directriz. Con ese soporte, y a mayor abundamiento, apelando a la ley III 27 DJP de la provincia de Chubut y el decreto III 800/2008 que reglamenta el funcionamiento de la Oficina de Adopciones y el Registro Único de Pretensos Adoptantes traspasándolo a la órbita del Poder Ejecutivo, pudo invocar el art. 10 de la ley III-27, en tanto admite la posibilidad para los progenitores de delegar la guarda en personas determinadas, *cuya legitimidad será valorada judicialmente*.

En el sentido señalado, varios fallos niegan la adecuación constitucional del art. 611, entre otros, con los siguientes argumentos: "*En relación a la prohibición de la ponderación de la guarda de hecho, en el marco de una adopción, nuestro Código se coloca en una posición inflexible, dura, va más allá de vínculos afectivos entre seres humanos y va más allá de la Convención Internacional de los Derechos del Niño pues obliga al magistrado a desestimar la realidad cotidiana de un niño en su familia. La norma, textualmente, no tiene*

salida y bloquea la visión del juez sobre aquellos casos donde existen vínculos de hecho consolidados en el tiempo y construidos por los propios niños" (26).

No cabe duda alguna de que el Código privilegia como método de selección al que prevé la participación del registro de adoptantes. Esta afirmación emerge no sólo del art. 613, cuando dispone lo necesario para la determinación de la familia adoptante del niño en concreto, sino del inc. b) del art. 600, que establece la inscripción en el registro como requisito para ser adoptante, del inc. h) del art. 634 por el que se determina la nulidad absoluta de la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a la inscripción en el registro de adoptantes, sino así también del inc. c) del art. 609, que dispone que en la sentencia de declaración de situación de adoptabilidad debe disponerse la remisión del o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de ensamble familiar, es decir, de guarda con fines de adopción.

Sin embargo, no debemos olvidar que todo este andamiaje es procedente una vez soslayado el impedimento del art. 611, disposición cuya inflexibilidad e inelasticidad no habilita una interpretación integradora. Al establecer un mandato claro y nítido al juez, no admite la aplicación de una norma superior que la integre sin contradecirla, por lo que es imprescindible la correspondiente determinación de la constitucionalidad o no de la regla. Ello se logra analizando el sistema adoptivo en su conjunto, considerando en este tema que el propio Código prevé situaciones de excepción, como la adopción por integración —en la que se afilia jurídicamente a un menor de edad con un tercero no pariente sin intervención jurisdiccional previa— o la guarda directa con fines adoptivos otorgada por los progenitores a personas con vínculo de parentesco, que requiere de intervención judicial (arts. 643 y 611) y obligará al juez a apartarse fundadamente del último párrafo, en cuanto impide su consideración.

En definitiva, el sistema legal adoptó la prohibición de la entrega directa y de convalidación de guardas de hecho realizadas sin intervención estatal, pero eso no significa que prohíba la delegación del cuidado de los niños en parientes (art. 657), en principio, o en otros referentes comunitarios (medidas excepcionales mediante) que son designados judicialmente como guardadores, y eventualmente podrían transmutar en tutores (conf. arts. 104 y 657 y concs.), y en un estadio posterior requerir la adopción (art. 606). Interpretar de otro modo las normas se daría de bruces con uno de los derechos fundamentales del niño: el de vivir en una familia (27).

El caso en comentario, a mi juicio, debió adentrarse en el análisis de la constitucionalidad del art. 611, porque, como muy bien lo señala la jueza, el apartamiento del adolescente de su única familia vulneraba el derecho constitucional a vivir y desarrollarse en ella, y sólo la falta de adecuación constitucional de la clara letra de la ley aplicada al caso concreto permite al juez apartarse de su aplicación.

V. Palabras finales

Como se intentó mostrar en este comentario, y a partir de diversos pronunciamientos judiciales que se compulsaron: *"...la noción de socioafectividad observa un rol esencial a tal punto de desestabilizar el régimen legal establecido. La justicia se ha tenido que topár, en tantísimas oportunidades, a la obligación de dilucidar qué hacer ante una situación fáctica en la cual prima un vínculo afectivo consolidado entre un niño y sus guardadores, quienes pretenden ser reconocidos como guardadores con miras a una adopción. Tanto la jurisprudencia —incluso la jurisprudencia constitucional— como la doctrina mayoritaria entienden que la postura que mejor responde al principio rector del interés superior del niño es aquella que defiende, resguarda y respeta el vínculo socioafectivo. Incluso la Corte Federal y otros tribunales inferiores han protegido ese lazo aun ante la falta de inscripción de los guardadores de hecho en el correspondiente registro de adoptantes"* (28).

Se sostiene de este modo una postura 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. Los recaudos que la judicatura debería considerar ante la postulación de confirmar judicialmente una guarda de hecho dirigida a que se la considere a los fines del emplazamiento adoptivo serían:

a) La manifestación de voluntad de la o los progenitores efectuada en absoluta libertad, sopesando las condiciones de vulnerabilidad que podrían teñir el desprendimiento, bajo las mismas condiciones que se evalúa el consentimiento informado.

b) La comprobación de un vínculo de parentesco o afectivo que justifique la elección que se pide convalidar.

c) La buena fe en el actuar de las partes, lo que incluye el análisis del tiempo insumido en llevar el caso al sistema judicial y la conducta procesal desplegada.

d) La inexistencia de retribuciones, compensaciones u otras formas que evidencien una posición de poder desequilibrante entre la familia de origen y la seleccionada.

e) La valoración y consolidación de los vínculos, con la salvedad de que no es el mero transcurso del tiempo el factor determinante, sino que esta pauta debe ser analizada en relación con los aspectos dinámicos de la identidad, incluyendo también a la familia de origen y la actitud de los guardadores de hecho frente a este derecho.

f) La posición del niño o niña frente a la cuestión, dependiendo de su edad y madurez, en la cual no cabe descontar el recurso a un dictamen que se expida acerca de las consecuencias probables que cause el desarraigo, siempre partiendo de que el *statu quo* es una pauta interpretativa, pero no la única.

A la hora de considerar la viabilidad de una pretensión adoptiva, se debe analizar si en dicho transcurso del tiempo se ha forjado, al amparo de la convivencia de hecho, un vínculo sustantivo y

trascendente para la vida del niño con los pretensos guardadores que desaconseje su separación de estas personas, análisis que exige practicarse con una visión contextual, esto es, con las particulares circunstancias relativas a esa situación fáctica que involucra cuestiones tan sustanciales como las relacionadas con el origen de la guarda, el respeto a la condición del niño y a su identidad, a la familia de origen —muchas veces madre vulnerable—, todo lo cual hace a la idoneidad de estos adoptantes, que no se reduce a las nociones de "cuidado", "cobijo", "afecto" o "cariño" hacia el niño durante un determinado tiempo. Es obligatorio considerar el orden público que impera en la materia, y ello incluye la declaración de inconstitucionalidad de toda norma que se oponga a los derechos fundamentales.

Referencias Bibliográficas:

(1) "Art. 611.— *Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoriamente 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*".

(2) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), "Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. III, arts. 594 a 637, p. 305.

(3) Juzg. de competencia múltiple, Villa Cura Brochero, Córdoba, 27/03/2017, "C., J. G. - *Control de legalidad*", eDial.com, AA9ED7.

(4) Trib. Familia N° 5 Rosario, 07/09/2016, "L., A. s/ *guarda preadoptiva y su conexo L., A. E. sobre adopción*", RCód. Civ. y Com. 2017 (abril), p. 123, AR/JUR/70631/2016, por el que se declarar en

situación de adoptabilidad a una niña, la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 611, del inc. b) del art. 600 y del inc. h) del art. 634 del Cód. Civ. y Com., al tiempo que se otorga la guarda con fines de adopción a su cuidadora, teniendo por computado el plazo de guarda. Al mismo tiempo, se otorga la adopción plena de ella y de su hermano, manteniendo subsistente el vínculo jurídico con su progenitor. Para acceder al fallo, www.colectivoderechofamilia.com.

(5) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, "*Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia*", Ed. Ediar, Buenos Aires. 2007; GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A., "*El principio de fortalecimiento familiar ¿un nuevo paradigma?*", en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), *Derechos de niños, niñas y adolescentes. Visión constitucional, legal y jurisprudencial*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014.

(6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), "*Tratado...*", cit., arts. 594 a 637, p. 311.

(7) En especial, recomiendo la lectura del fallo del 07/09/2016 dictado por el Dr. Marcelo Molina, juez de trámite del Trib. Col. Familia N° 5 de Rosario, en los autos "*L. A. s/ guarda preadoptiva*", expediente nro. xxxx/06 y su conexo "*L. A. E. s/ adopción*", expediente nro. 4/07.

(8) HERRERA, Marisa, "*Colocando la figura de la adopción en su justo lugar*", LA LEY del 27/07/2015, cita online: AR/DOC/2293/2015.

(9) FERNÁNDEZ, Silvia E. - GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela - HERRERA, Marisa, "*La identidad dinámica/socioafectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción*", ponencia publicada en *Microjuris*, 21/12/2015, Doctrina, MJ-DOC-7564-AR, presentada y aprobada por unanimidad en las Jornadas de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el mes de octubre de 2015.

(10) www.jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf.

(11) Uno de los casos más polémicos es el que resolvió la Sup. Corte Bs. As. en fecha 11/06/2016, disponible en www.juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=130583. Se trata del caso C.119.702, "*P., A. s/ guarda con fines de adopción*", en el que la Cámara Civil y Comercial de Pergamino revocó la medida

cautelar dictada por el juzgado de familia que, aplicando el art. 611, Cód. Civ. y Com., dispuso el retiro del niño que fue entregado a los cuatro días de nacido por la progenitora domiciliada en La Pampa, a un matrimonio domiciliado en Pergamino, Buenos Aires, con la intervención letrada de dos defensorías públicas. La alzada decidió mantener el statu quo del menor en el seno de la familia guardadora, pues consideró que se trataba de una "*guarda evolucionada*" (el niño transcurrió diez meses en esa familia y no podía sufrir otro desarraigo) y la prosecución de la causa según su estado de conformidad al procedimiento establecido por la ley 14.528. El Supremo Tribunal provincial, llegado el recurso extraordinario interpuesto por la Asesoría Departamental, por mayoría, confirma lo resuelto por la Cámara, siendo su principal argumento que "*en la especie no hay familiares biológicos ni otro guardador que reclamen la restitución del niño*", pues la progenitora ratificó en varias ocasiones en el sistema judicial su voluntad de desprendimiento. Un comentario al fallo de Cámara puede verse en RDF, 2015-III, ps. 87 y ss., a cargo de FERNÁNDEZ, Silvia y DI NUNZIO, María E.

(12) Recomiendo sobre el punto FERNÁNDEZ, Silvia E., "*El desafío al tiempo en la adopción*", Revista Derecho Privado, año II, nro. 6, Ed. Infojus, p. 35, 2014, y GRAHAM, Marisa - SARDÁ, Laura, "*Fallo 'Fornerón e hija'. El desafío de las reparaciones*", en GRAHAM, Marisa - HERRERA, Marisa (dirs.), Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Ed. Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2014, ps. 485 y ss.

(13) DIAS, María B., "*Manual de direito das familias*", Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, 6ª ed., ps. 387 y ss.; HERRERA, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia", RDF 66-79 y ss.

(14) DIAS, María B., "*Manual...*", cit.

(15) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A., "*Guarda de hecho y adopción*", RDPyC, 2016-1, Derecho de Familia-I, Relaciones entre padres e hijos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, 1ª ed., ps. 293/332.

- (16) Juzg. Familia N° 2 Puerto Madryn, "M., A. S. y B., M. G. s/ declaración de estado de adoptabilidad", marzo 2017 (inédito).
- (17) Juzg. Familia Río Gallegos, 11/07/2017, "Autoridad de infancia provincial s/ peticiona medida excepcional", elDial.comAAA0A5, 10/08/2017.
- (18) CS, 28/03/2017, "*Schiffrin, Leopoldo H. c. Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*", S. 159. XLVIII. REX, Fallos 340:257.
- (19) CS, "Lima, Maira J. y otros c. Agon, Alfredo; Sastre, María P. y otros y otros/ daños y perjuicios", L. 132. L. RHE, 05/09/2017, donde el Máximo Tribunal sostuvo: "*La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones del Poder Judicial y debe ser considerada, por ello, como última ratio del orden jurídico y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable*". Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite.
- (20) HERRERA, Marisa, "*El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil*", disponible en www.nuevocodigocivil.com, enuncia la importancia de los principios, en especial frente a tensión de derechos como se evidencia en el caso en comentario. Sostiene que la función de esas directrices se evidencia "no sólo para reforzar esta obligada perspectiva, sino para destacar que ante cualquier silencio, vacío legislativo o laguna propia del derecho y más aún del derecho de familia que es tan cambiante y dinámico, debe siempre apelarse a estos principios generales que observan un valor especial tratándose de la adopción".
- (21) CS, 02/08/2005, "S., C..", LA LEY 2006-B-348.
- (22) TARDUCCI, Mónica, "*Maternidades y adopción. Una introducción desde la antropología de género*", en *Maternidades en el siglo XXI*, Ed. Espacio, Buenos Aires, 2008, ps. 15 y ss.
- (23) 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*", elDial.com, DC1615.
- (24) SCBA en fecha 11/06/2016, disponible en www.juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=130583.
- (25) Paradigmático caso juzgado por la Corte en fecha 27/05/2015, en autos "M. M. S. s/ guarda", que mereció comentarios de HERRERA, Marisa, "*Colocando la figura de la adopción en su justo lugar*",

LA LEY 2015-D-02, y LAVALLE, Mariana, *"Entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes: prohibición legal vs. convalidación judicial"*, RDF 2015-VI13/27; DE ACHÁVAL, Mercedes M. - BADO, Carlos A., *"Hacia una regulación de las guardas de hecho"*, RDF 2015-II-17 y ss.

(26) Juzg. Familia Corrientes N° 1, 10/05/2017, expte. nro. 63903, "N. A. M. M. I. s/ adopción", elDial.com, - AA9FD7, 04/07/2017.

(27) El art. 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño expresa 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"* y la parte final del primer apartado del artículo anterior consagra el derecho de todo niño y niña de *"conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"*. El apart. 3° del art. 20 también pauta el derecho del niño a la adopción como una modalidad de cuidado especial para los niños que deben permanecer privados de su medio familiar, a la par que el art. 21 subraya que el interés superior del niño es una consideración primordial en este tipo de cuestiones.

(28) HERRERA, Marisa, *"Socioafectividad e infancia. ¿De lo clásico a lo extravagante?"*, en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, t. 1, ps. 981 y ss.

Jurisprudencia española. Adopción

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 83, 211

Cita Online: LALEY AR/DOC/2874/2018

[Consultado el: 04/06/2021]

I. La filiación adoptiva en el sistema jurídico español

La regulación actual de la adopción en España, sin perjuicio de los recaudos particulares que puedan exigirse en las comunidades autónomas, obedece a un proceso histórico que atravesó diversas etapas, desde un primer período en que con el instituto se cubría la expectativa de descendencia de los adultos, a otro actual donde el sistema procura hacer realidad el derecho del niño a completar su desarrollo en el seno de una familia. En líneas generales, en nuestro derecho interno se dio una circunstancia histórica inversa, pues la primera ley de adopción aparece para dotar de legitimidad a los acogimientos adoptivos gestados a partir de la necesidad de los niños y niñas, posteriormente sucesivas reformas refuerzan los derechos del mundo adulto, provocando cierto descuido de los derechos de los adoptandos, hasta que finalmente la constitucionalización del derecho familiar obliga a la modificación que actualmente rige la materia: el Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.), que retorna la figura a aquel lugar de protección de la infancia necesitada de cuidado, como surge del art. 594.

El desarrollo al que se hace referencia, por supuesto, no fue ajeno a la modificación cultural, social e incluso universal de ampliación del concepto de familia, que mutó de un estereotipo patriarcal, heterosexual y permanente a otro más inclusivo de la diversidad en la conformación de las relaciones de pareja y acarreo

como consecuencia —aún no concluida— la incorporación social de modelos familiares diferenciales de aquel prototipo. Esta conexidad entre la adopción y la transformación de la familia se puede observar desde distintos ángulos, pero tomemos un ejemplo detectable a simple vista: resulta cada vez más cotidiana la conformación de parejas interraciales —algo impensado en otros tiempos no tan remotos— y en paralelo también se puede advertir el incremento de adopciones internacionales con consecuencia de inserción de niños de razas distintas a las de sus adoptantes, con aventajada disminución de la discriminación de terceros hacia sus integrantes.

Varias fueron las regulaciones que dictó España acerca de este instituto (1), aunque la ley 21/1987, la más cercana a la reforma constitucional de 1978 y modificatoria del Código Civil (2), y la Ley de Enjuiciamiento en Materia de Adopción y Otra Forma de Protección de Menores fueron las que más avanzaron en relación a las directivas anteriores en tres cuestiones fundamentales: a) estableció que la adopción tiene como fin la plena integración del menor de edad en una familia; b) proclamó que el instituto protege el interés superior del adoptando frente a otros intereses; c) se crearon las entidades públicas para controlar el proceso de adopción y figuras jurídicas relacionadas, como el acogimiento familiar. En esa ocasión se estableció un único tipo adoptivo, siendo hasta ese momento que —con distintos recaudos y efectos— se regulaba la adopción plena y la menos plena.

Con posterioridad a esta norma, la Ley de Protección Jurídica del Menor 1/1996, del 15 de enero, adecúa la figura a los pactos internacionales a los que España adhirió y declara como principio básico que ha de inspirar las actuaciones de todos los operadores en el ámbito de la protección de menores el principio del interés superior del menor, así como el respeto a los derechos que le reconocen la Constitución y los tratados internacionales y la garantía de la tutela pública de estos derechos. Las reformas operadas a partir de 1987 adaptaron la figura de la adopción a la nueva realidad social, permitiendo la adopción por parte de parejas del mismo sexo (ley 13/2005 del 1 de julio) y fueron tendiendo a una agilización en los

procedimientos de protección de un menor de edad, con herramientas tales como permitir la asunción automática por parte de la entidad pública competente de la tutela de la persona menor de edad en supuestos de desprotección grave, reconociendo también otras figuras legales que permitirían articular la protección del menor en un entorno familiar a través de la figura del acogimiento familiar. En fecha más reciente, la ley 26/2015, de 28 de julio, modifica del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incorpora el sistema de adopción abierta, permitiendo el mantenimiento del contacto del adoptando con su familia biológica en los casos en que resulte procedente.

En forma similar a lo que ocurre en nuestro país, se establecen modalidades de cuidado de los niños, niñas y adolescentes cuando se vulneran sus derechos fundamentales en el interior de su familia de origen, pudiendo ser distinguidos el acogimiento —residencial o familiar—, la guarda preadoptiva o acogimiento con fines adoptivos y la adopción propiamente dicha.

El acogimiento residencial se caracteriza por la ubicación física de la persona menor de edad en una institución, con la tutela jurídica a cargo de la Administración. Puede tener lugar como consecuencia de la renuncia realizada por los progenitores en sede administrativa y debe dictarse resolución a esos fines. Tratándose de un acogimiento familiar y temporario —a la manera del trabajo de los órganos administrativos en las medidas excepcionales o de abrigo—, se realiza con intervención judicial y participación de todos los involucrados.

En un acogimiento familiar, el cuidado —la custodia— recae en la familia, pero la tutela siempre es de la Administración (3). Se admiten acogimientos temporales —como principio—, pero también permanentes hasta que el menor de edad adquiere la mayoría.

En la adopción son los adoptantes quienes tienen la tutela legal, la guardia y custodia del menor de edad, con las mismas

obligaciones que con cualquier hijo biológico. Es de destacar que en España no existen, como en nuestro país, los tipos adoptivos. Solo se admite la adopción plena con la posibilidad de la adopción abierta.

En el acogimiento con fines adoptivos, la tutela depende siempre de la Administración, pero la guarda y, por ende, el cuidado está en una familia, sin que se desentienda la Administración, como ocurre en nuestro país, en que el juzgado y los organismos que tienen a su cargo el registro de adoptantes monitorean el ensamble adoptivo. A diferencia de lo que regula el Cód. Civ. y Com. argentino, que establece un término máximo de seis meses y de inmediato se inicia la adopción, en España el proceso puede durar entre seis y dieciocho meses.

Para que se produzca la intervención estatal, el derecho español requiere que se configure el desamparo, al que el art. 172 define: *"Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material"*.

La filiación adoptiva produce los mismos efectos que la filiación matrimonial y la no matrimonial (art. 108, Cód. Civil). La adopción se constituye por resolución judicial, teniendo en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad (responsabilidad parental). Para iniciar el expediente de adopción, antes de la propuesta previa de adopción que emite la entidad pública al juez, debe declararse por la misma Administración la idoneidad del adoptante o adoptantes (art. 176, Cód. Civil). Existen algunos supuestos en los que no resulta preceptiva la propuesta previa de la Administración a favor del adoptante o adoptantes que se recogen en el apart. 2º, art. 176, Cód. Civil.

Por imperativo legal del art. 177 deben prestar el consentimiento ante el juez el adoptante o adoptantes y el adoptado

mayor de doce años. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, excepto en los casos previstos en el art. 178, Cód. Civil, es decir, existe la posibilidad de que se formalice una adopción abierta, la cual posibilita el mantenimiento de relación con algún miembro de la familia de procedencia, bien a través de visitas o bien a través de comunicaciones.

El art. 180 establece la regla de que la adopción es irrevocable. El juez podrá acordar su extinción a petición del padre o de la madre que, sin incurrir en culpa, no hubieren intervenido en el expediente según lo establecido legalmente, siempre que la demanda se interponga en el plazo de los dos años siguientes a la adopción y que esa extinción no perjudique gravemente al menor.

En cuanto al expediente de jurisdicción voluntaria en materia de adopción, se regula en los arts. 33-42, ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y la competencia para su tramitación corresponde al juzgado de primera instancia correspondiente a la sede de la entidad pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante (art. 33, ley 15/2015, de 2 de julio).

Por último, cabe recordar que las comunidades autónomas y la Administración General del Estado deben establecer un sistema de información compartido que permita el conocimiento de la situación de ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, con datos desagregados por género y discapacidad, tanto a efectos de seguimiento de las medidas concretas de protección de menores como a efectos estadísticos (art. 22 ter, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

Veamos entonces algunos supuestos tratados por la jurisprudencia de ese país.

II. La adopción como un derecho de ejercicio personalísimo. Rechazo por falta de consentimiento del adoptando y de ejercicio del recurso por el adoptante

La Audiencia de Lugo entendió en grado de apelación del recurso interpuesto por la progenitora de un adoptando respecto de quien se había rechazado la solicitud de adopción de la pareja de la apelante (4) y confirma la sentencia.

Los antecedentes del caso pueden sintetizarse como sigue: en fecha 06/02/2017 el juzgado de origen deniega la adopción de una persona menor de edad con fundamento en que no constaba que el padre biológico haya sido privado de la responsabilidad parental, o que hubiera fallecido, entendiéndose que no concurren los requisitos previstos en la ley, pues, acreditada una filiación, no puede determinarse otra contradictoria. Contra dicha resolución interpusieron remedio de apelación el adoptando y su madre, siendo sostenido el recurso únicamente por la progenitora. En la pieza recursiva la apelante alegó que todos los implicados (adoptante, adoptando, madre biológica y Ministerio Fiscal) estaban conformes con la adopción planteada; que la normativa vigente permite la adopción a pesar de existir un padre biológico que en su día reconoció a su hijo; que al ser de imposible localización el padre natural y permitiendo la ley que pueda impugnarla, procedería acoger el recurso.

Sin embargo, la Audiencia analiza que el auto denegando la adopción no fue recurrido por el adoptante, y sostiene que, por mucho que él haya instado la solicitud de adopción e incluso haya ratificado judicialmente su petición, al no haber interpuesto recurso de apelación contra la resolución denegatoria de la adopción, entiende que consintió la decisión, asumiendo que no mantiene su inicial solicitud. Agrega que al efecto no es suficiente que haya recurrido la progenitora o que el Ministerio Fiscal se haya adherido a este recurso, pues era imprescindible que el adoptante mantuviese su petición y voluntad de adopción, pues su consentimiento, además de tratarse de

un acto personalísimo, resulta esencial e imprescindible para el éxito de la adopción. A ese argumento suman que el propio adoptando tampoco se apersonó a la sede extraordinaria, y a tal fin citan el artículo 177.1 del Cód. Civil, que dispone que *"Habrán de consentir la adopción, en presencia del juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años"* y el art. 36 de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que indica: *"En el expediente, el secretario judicial citará, para manifestar su consentimiento en presencia del juez, al adoptante o adoptantes y al adoptando si fuere mayor de 12 años"*.

La sala, en definitiva, considera que, al haber consentido el solicitante la resolución denegatoria de la adopción, ello conlleva de modo necesario la finalización y archivo del expediente sin posibilidad ni siquiera de entrar en el análisis del recurso de apelación interpuesto por la progenitora biológica, pues la sola voluntad de esta resulta insuficiente para constituir la adopción cuando ni el adoptante ni el propio hijo objetaron técnicamente la denegatoria de la instancia originaria, basada en la existencia de una filiación anterior que no había sido desplazada.

III. Adopción con separación de hermanos biológicos en acogimiento residencial

La sala primera del Tribunal Supremo juzgó, en fecha 27/03/2016, en un recurso de casación interpuesto por una progenitora, con antecedente en la resolución de la Audiencia de Jaén, confirmatoria de lo resuelto en la instancia inicial respecto del menor de sus hijos varones, en acogimiento familiar preadoptivo por determinación judicial (5).

Los antecedentes fáctico-jurídicos fueron los siguientes: la progenitora protestó el 14 de diciembre de 2012 las medidas de protección y propuesta de constitución de acogimiento familiar preadoptivo contenidas en la resolución administrativa dictada por el Servicio de Protección de Menores de Jaén. El juzgado de origen, con fecha 17 de abril de 2013, confirmó la medida propuesta y avalada por

el Ministerio Fiscal, consistente en el acogimiento familiar preadoptivo —el equivalente a la declaración de adoptabilidad y guarda con fines de adopción en nuestro país— de su hijo más pequeño. La progenitora reclamó con fundamento en la debida protección de los derechos del niño y los de su hermano, con quien convivía en el centro de acogimiento de Baeza, donde habían sido alojados, sosteniendo que ese hermano era el único vínculo con su familia biológica que le quedaba al niño. Pidió el reintegro al centro de acogida y el restablecimiento del contacto de dicho menor con su madre y abuela. Como pretensión subsidiaria, solicitó que la jurisdicción disponga la continuidad del vínculo entre los menores de edad en estos términos: *"1. Se imponga a la Administración la obligación de buscar una familia de acogida que reciba a los dos hermanos para que no pierdan el vínculo entre ellos, y en caso de no ser viable esta opción, subsidiariamente, 2. Se imponga a la Administración la obligación de establecer con la familia de acogimiento los mecanismos necesarios para que ambos hermanos, Obdulio y José Carlos puedan desarrollar entre ellos unos contactos personales normalizados y de forma frecuente para mantener el vínculo familiar que les une"*.

La demanda fue desestimada, confirmándose la declaración de desamparo (6) y prórroga del acogimiento residencial con fundamento en los fuertes vínculos creados entre el niño y la familia de acogida, y la falta de recursos y habilidades de la familia biológica, determinando como recomendable la ruptura de lazos con la familia biológica (incluido el contacto con el hermano), ya que no era probable ni previsible la reinserción familiar.

La Audiencia Provincial dictó sentencia el 15/11/2013, confirmando lo decidido, brindando como argumentos relevantes la falta de cuidados, atención y cariño hacia los niños que emanaban de los informes sociales; que la madre biológica tenía escasos recursos y habilidades para atender adecuadamente a los hijos; que la Administración intentó que los dos hermanos, Obdulio de cinco años y José Carlos de doce, fueran acogidos por la misma familia, pero solo se halló una dispuesta al ahijamiento del más pequeño, por lo que, en aras del interés del niño, se acordó la constitución de acogimiento

familiar preadoptivo de este con dicha familia. Agregó la Audiencia que los últimos informes aportados sobre la evolución y situación actual pusieron de manifiesto que se encuentra integrado en la vida de los acogedores, haciendo recomendable que continúe en tal proceso de integración.

El motivo casatorio se basó en lo establecido en el art. 172.4 del CCiv (7), el decreto regulatorio de la actividad de la Administración y el art. 9º de la Convención de los Derechos del Niño.

La sala del Tribunal Supremo recrea los argumentos de la instancia anterior, cuando recuerda que la ley 21/1987 de 11 de noviembre modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento en materia de adopción y otras formas de protección de menores y aduce que *"En ella se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquel se encuentre en esa situación. Con esta ley tuvo lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor"*. En otra porción del fallo invocan la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la ley 26/2015, de 28 de julio, con idéntica finalidad.

Del fallo se extracta como relevante la consideración que realiza el tribunal apelado sobre el inevitable argumento que se utiliza cuando se abordan cuestiones vinculadas con la infancia, el interés superior del niño, y de este modo señala: *"En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien*

con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales" (8).

Con cita del art. 11.2, LO 1/1996, que establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: "*a) La supremacía de interés del menor, b) el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social"*, concluye que el derecho de los niños a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede "*cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas"* (STS, sala 1ª, de 13/06/2011 o de 17/02/2012); y que "*el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor"*. Luego, en plan de acotar el concepto de interés superior a proteger y para confirmar el fallo dictado, agrega que "*Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (STS de 31/07/2009)"*.

Del análisis de la sentencia se extrae, en definitiva, que la Máxima Instancia señala la aplicación de una norma de vigencia reciente respecto de la fecha en que se dicta el fallo: el art. 19 bis de la ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (9), que en su apartado 3 habilita a los juzgadores a tomar en consideración que "*para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma... En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma"*.

Si bien esta disposición legal es un soporte de peso para la decisión final, de la que nuestro sistema jurídico carece, resaltamos que la sentencia poco dice sobre el alegado derecho del restante hermano que ha vivenciado también las carencias de cuidados suficientes, y por el hecho de tener más años de edad que el niño más pequeño no contó con pretensos adoptantes dispuestos al acogimiento. Lo que se evidencia es que el mayorcito no solo no parece haber hallado solución a su desamparo, sino que además fue privado definitivamente del vínculo filial (10), cuando el Supremo Tribunal pudo dejar a salvo la posibilidad de mantenimiento de vínculo entre ambos, aun entendiendo que la adopción debía prosperar.

IV. Adopción de integración de cónyuge separada de hecho. Consentimiento para maternidad subrogada. Falta de asentimiento del progenitor en la adopción

La Audiencia de Logroño entendió en el recurso de apelación interpuesto por la ex pareja del padre de una niña que pretendía su adopción de integración valiéndose del consentimiento que —sostuvo— había sido brindado por el progenitor para la realización de un tratamiento de reproducción (11). La apelante se fundó en que tanto ella como su esposo estuvieron de acuerdo en adoptar un hijo mediante maternidad subrogada y por tanto el esposo no podría negar ahora lo que consintió con sus propios actos. En la primera instancia, con fecha 24/01/2017, se desestima la solicitud, consintiéndola el progenitor y el Ministerio Fiscal.

Al ser apelada la sentencia, el órgano de revisión la confirma.

La Audiencia comienza por recordar que los tribunales "han de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de los menores que son, sin duda, los más dignos de protección, y cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución en esta materia, en la que el principio fundamental del favor minoris, consagrado solemnemente en la Constitución Española (artículo 39) y sancionado en convenios internacionales, así como en la Convención de las

Naciones Unidas de 1989, es una constante plenamente afianzada. La constitución de la adopción, que lo es a la vez de un status filii y de un status familiae nuevos, debe necesariamente estar presidida siempre por el interés del adoptando". Y añade: "...de conformidad con lo preceptuado en el artículo 178-1 del Código Civil español la adopción produce como efecto general la ruptura de los lazos o vínculos jurídicos de la persona adoptada con la familia de origen, generándose unos nuevos lazos con la persona del adoptante, que sustituyen a los extinguidos, efecto general que presenta, no obstante, como una de las dos excepciones previstas en el apartado número 2 de dicho precepto, en las que se establece la subsistencia de los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, el supuesto, como el de autos, en que la persona adoptada sea hijo del cónyuge del adoptante, en cuyo supuesto se mantienen intangibles los vínculos jurídicos del adoptado con su progenitor de sangre, no así con el otro progenitor...". Luego resaltan que se encontraba acreditada una crisis de pareja tal que el divorcio era un hecho pronto a acaecer, a la vista de las manifestaciones realizadas por el cónyuge en ese sentido, que además había expresado que no consentía la adopción de su hija biológica por considerar que su ex pareja carecía de aptitud para su cuidado. Señalaron esos tópicos como contrarios al interés superior de la niña, poniendo de resalto que el consentimiento es preceptivo para la adopción, conforme dispone el art. 177.2 del Código Civil (12), y finalmente hicieron notar a la apelante que el consentimiento del progenitor en la adopción no es equiparable al requerido para la gestación por sustitución, que en España no es admitida. El último argumento es de escaso desarrollo en la sentencia, limitándose a estos términos: "La parte apelante confunde el proceso de adopción con la maternidad subrogada, o contrato de gestación por sustitución, que conforme al art. 10 de la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, es nulo, sin que pueda de ningún modo estimarse cumplido el asentimiento exigido por el art. 177.2 del Cód. Civil, que deberá otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias, con las actuaciones llevadas a cabo por don Cristóbal junto a doña Adelina para la maternidad subrogada".

V. Adopción de integración ante la negativa del progenitor biológico no conviviente. Procedencia. Consentimiento, asentimiento y derecho a audiencia

En una interesante sentencia del mes de febrero del corriente año, la Audiencia de Zaragoza (13) pondera la realidad socioafectiva de una adolescente que consentía la pretensión adoptiva del marido de su madre y había perdido todo vínculo con su progenitor biológico, que se oponía a la filiación adoptiva, y revoca la sentencia de origen que había denegado la adopción.

Los antecedentes del caso son los siguientes: se pretendía la adopción de integración de una niña nacida en 2002, hija biológica de Yolanda y Ángel Daniel, divorciados por sentencia dictada el 09/02/2007 que aprobó el convenio regulador que estableció régimen de custodia compartida y un sistema de distribución de gastos sin fijación de concreta pensión mensual, luego modificada por sentencia de 30/03/2012 que estableció el sistema de custodia individual por la madre, régimen de visitas y obligación de pagar el padre una pensión de alimentos de 300 euros al mes, más determinados gastos. El adoptante, tras una convivencia estable y continuada con la madre de la niña, contrajo matrimonio con ella el 11/07/2009, naciendo una hija en común. Con amparo en el art. 176 del Cód. Civil, requirió la adopción de la hija de su cónyuge, alegando que desde 2008 venía ejerciendo de hecho como padre, que el biológico no desempeñó su rol ni en cuanto a derechos ni en cuanto a obligaciones, que no mantiene ningún tipo de comunicación ni visitas con la niña desde 2011, no abonó ni una sola mensualidad de alimentos, siendo la madre y él quienes asumieron la totalidad de gastos ordinarios y extraordinarios. Prestaron su consentimiento judicial a la adopción la progenitora y la niña, manifestando ambas el deseo de que la adoptanda pueda llevar el mismo apellido que su hermanita, testimoniando los allegados sobre la relación filial gestada entre ellos, incluso el progenitor del adoptante que refirió que la niña lo consideraba su abuelo. El progenitor biológico compareció al proceso

y manifestó no prestar su asentimiento a la adopción, alegando que las dificultades para mantener vínculo con su hija eran motivadas en pesares económicos y psicológicos que atravesó y que quisiera recuperar la relación con su hija y antes de saber de la existencia de este procedimiento había interpuesto unas medidas. El Ministerio Fiscal informó que la oposición del padre biológico no debía admitirse como obstáculo a la adopción, ya que no sería necesario su asentimiento, en tanto la adolescente, próxima a cumplir los 14 años, reconoció que no tiene relación con el padre desde hace más de seis años y que el adulto solo se ocupa de su postura, habiendo dejado de acompañar a su hija durante ese extenso período temporal.

La sentencia de primera instancia rechaza la adopción con fundamento en la oposición del padre biológico, *"no privado de la autoridad familiar sobre la misma ni incurso en causa legal para tal privación, lo que solo puede apreciarse en procedimiento judicial contradictorio (art. 177.2.2ª)..."*.

La Audiencia señala que existe jurisprudencia contradictoria (14) y opiniones doctrinarias divergentes en el tema del alcance del asentimiento, a la par que rememora que el derecho español regula en algunos supuestos el asentimiento (art. 177.2), en otros el consentimiento (art. 177) y en otros supuestos la necesidad de audiencia (art. 177.3).

Realizan la siguiente distinción: *"La posición que estima que el asentimiento es necesario se basa en considerar que la distinción entre el valor jurídico del consentimiento y el asentimiento no puede ser la vinculación del juez al primero y no al segundo, porque entonces no se advierte diferencia entre el asentimiento y la simple audiencia. Por lo tanto considera que la distinción entre la simple audiencia y el asentimiento ha de residir en la eficacia del asentimiento para posibilitar la adopción, ya que la diferencia entre asentimiento y consentimiento se basa en que consienten solamente quienes forman parte de la relación paterno-filial que se constituye (adoptante y adoptado), mientras que asienten los terceros interesados en dicha relación, como el progenitor biológico que verá extinguida su propia relación paterno-filial por mor de la adopción; por tanto, hay más*

semejanza entre consentimiento y asentimiento que entre este y la simple audiencia, y no se entendería que denegado el asentimiento el juez pudiera, en el expediente de jurisdicción voluntaria, decidir en contra de la voluntad de un progenitor no incurso en causa de privación de la patria potestad. Finalmente, hay una posición intermedia, que ha sugerido que de faltar asentimiento el juez tendría que analizar más exhaustivamente si el interés del adoptando se satisface realmente con la adopción, no obstante partir también, por supuesto, de la valoración de dicho interés como criterio determinante de la decisión. La falta de asentimiento introduciría solamente un 'plus' en contra de la adopción en el expediente de jurisdicción voluntaria, pero no la impediría, y esta postura se acerca a la postura defendida por esta sala de que la negativa a prestar el asentimiento a la adopción del hijo biológico no supone un obstáculo para que el órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés superior del menor adoptando y, por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza".

La Audiencia sostiene que su postura —intermedia— encuentra su apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 20 de abril de 1987, cuando argumentó sobre la necesidad de que prevalezcan los intereses de la persona menor de edad como los más dignos de protección, a lo que sumó el deber de: *"examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que pueden entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el art. 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil"* y al cabo señaló que debe distinguirse entre el consentimiento para la adopción *"...que deben prestar el adoptante y el adoptado, que tiene la consideración de requisito esencial del negocio adoptacional, y cuya ausencia produciría la inexistencia del mismo por aplicación del art. 1261 del Cód. Civil"*, y el asentimiento *"que deben de prestar determinadas personas, entre las cuales figuran el padre y la madre del adoptando menor de edad sujeto a la patria potestad, que tiene la naturaleza de una 'condictio iuris', cuya ausencia puede producir una 'ineficacia condicionada' del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia..."*.

El veredicto dictado por la Audiencia recordó un supuesto anterior en el que se determinó la innecesiedad de resolución judicial que declare la privación de la patria potestad (15), y también argumentó: *"Resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el art. 177.1, Cód. Civil, en relación con el art. 170, Cód. Civil, es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor incurso en ella, preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el art. 9º.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 28 noviembre 1989, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres, 'se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones...'. En consecuencia, la interpretación que debe darse a la expresión del art. 177, 2, 2, Cód. Civil, pasa por dar contenido a la frase 'incursos en causa legal para tal privación'. Esta sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, '(...) sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho' (STS 523/2000, de 24 mayo)".*

En punto a qué constituye causa legal para la privación de la patria potestad, existen diversos antecedentes de consideración de la omisión de los deberes contenidos en el art. 154, Cód. Civil, y así el Tribunal Supremo, en la STS 998/2004, de 11 octubre, confirmaba una sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado; o el supuesto del padre que entregó su hija a la Administración por no poder atenderla, juzgado en la STS 384/2005, de 23 mayo; o el caso del padre que había cometido un delito de parricidio contra la madre, resuelto en la STS 10/1993, de 20 enero, y 415/2004, de 24 abril.

Con el fin de determinar el alcance de la negativa a la adopción de integración en función de que el progenitor biológico no había sido privado de la responsabilidad parental, la Audiencia concluye señalando que es indiferente que la causa del incumplimiento de los deberes filiales sea subjetiva u objetiva, y son

las circunstancias de cada caso las que deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del interés del menor. Para el caso juzgado, concluyen que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada (16), sin perjuicio de señalar que tampoco accionó conforme el procedimiento legal previsto para oponerse a la adopción.

Es del caso señalar que en la legislación española el art. 781, LEC, regula el procedimiento para resolver respecto del asentimiento en la adopción exigiendo: 1. La legitimación activa de los progenitores para comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente de adopción y manifestar su asentimiento o negativa. 2. La consecuencia de la comparecencia, que no es otra que la suspensión del procedimiento de adopción y la concesión de plazo para interponer la demanda. Si no se presentara la demanda, se da por finalizado el trámite y se reanuda el expediente de adopción, que continuará tramitándose de conformidad con lo establecido en la legislación de jurisdicción voluntaria, no admitiéndose ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate. Presentada la demanda dentro de plazo, se declara contencioso el expediente de adopción, tramitándose en el mismo procedimiento como incidente (art. 753.3). Dictada resolución sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores del adoptando, se citará a las personas indicadas en el art. 177 del Cód. Civil que deban prestar el consentimiento o el asentimiento a la adopción, así como ser oídas, y que todavía no lo hayan hecho, debiendo resolver a continuación sobre la adopción.

Al determinarse que el progenitor biológico había opuesto medidas, pero no seguido el proceso incidental, la Audiencia decidió valorar si estaba incurso en causa legal de privación de patria potestad, lo que determinaría la no necesidad de su asentimiento y, por lo tanto, la irrelevancia de su oposición.

Relevaron que, conforme al art. 170, Cód. Civil, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, recordando que el Tribunal Supremo *"ha declarado que la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que la institución comporta puede acarrear la extinción de tal derecho (STS de 11 de octubre de 1991) y, en igual sentido, ha entendido bastante para la privación de la patria potestad la imposibilidad física y moral para su ejercicio, sin profundizar en si es o no voluntaria (STS de 20/01/1993). Y ello por cuanto la patria potestad, más que un derecho de los padres, constituye una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución, "función que debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos, como establece el art. 154 del Cód. Civil, ya que es el interés superior del niño la razón de ser de tal instituto, interés al que ha de atenderse con carácter primordial en todas las medidas concernientes al mismo que puedan tomar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como establece el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20/11/1989"*. A esas afirmaciones agregan que el art. 154 del Cód. Civil establece como deberes de los padres: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y análogamente establece el art. 65 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón, sobre contenido del deber de crianza y educación de los hijos: tenerlos en su compañía; proveer su sustento, habitación, vestido y asistencia según sus posibilidades; educarlos y procurarles una formación integral.

Analizando el caso en concreto, tuvieron por comprobada la omisión de los deberes del progenitor tanto desde el punto de vista emocional (ausencia de contacto con su hija), como económico (ausencia de contribución a los gastos y ausencia de pago de pensión de alimentos), sin admitir la alegación de que había requerido medidas que modificaran lo acordado, pues *"el horario laboral no justifica años sin ver a la hija y las dificultades económicas no le han impedido tener otro hijo por el que, selectivamente, afirma sí ha pagado pensión"*. Con esos argumentos,

entendieron que el Sr. Ángel Daniel estaba incurso en causa legal de privación de patria potestad, y partiendo de ese razonamiento, sostuvo la Audiencia que "*...por mucho que haya decidido no instar el procedimiento del art. 781, LEC, no era necesario su asentimiento a la adopción (art. 177.2, Cód. Civil) y, por ello, es irrelevante su oposición*".

Siguiendo los preceptos del art. 177 del Cód. Civil, la Audiencia reafirma que la adopción debe ser *consentida* ante el juez por el o los adoptantes y por el adoptando mayor de doce años. Los progenitores deberán *asentirla* cuando se trate de personas menores de edad emancipadas, a menos que los adultos estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. La Audiencia señaló que era imprescindible el incidente respectivo para plantear la falta de asentimiento y la necesidad de que sean oídos los progenitores por el juez, cuando no se los haya privado de la responsabilidad parental. Dilucidadas estas cuestiones, afirmaron: "*Concurriendo los requerimientos legales para ser adoptante y adoptado, acreditada la idoneidad del adoptante, prestados los consentimientos y asentimientos preceptivos y practicadas las audiencias, procede, en interés del adoptado, constituir la adopción solicitada con las consecuencias legales a ello anudadas*", por lo que revocan la sentencia y hacen lugar a la adopción del cónyuge conviviente.

VI. Progenitores privados de libertad. Consentimiento o asentimiento en la adopción del hijo

La Audiencia Provincial de Ourense dictó la sentencia nro. 249/2017 en fecha 23/06/2017, también analizando la situación vinculada al asentimiento o consentimiento de los padres biológicos en la adopción de un niño, aunque, a diferencia del supuesto anterior, en este caso se había declarado el desamparo. Apelada por ambos progenitores la sentencia de primera instancia que determinó la innecesariedad del asentimiento, resultaron apelados el Ministerio Fiscal y la Consellería de Traballo e Benestar —Servizo de Familia e Menores—.

Conforme el fallo, los hechos fueron los siguientes: en fecha 07/06/2016 se desestimó la demanda presentada en nombre y representación de los progenitores, declarando que los padres del niño deben ser simplemente oídos en el proceso de adopción por existencia de causa de privación de la patria potestad. La decisión fue apelada por ambos progenitores, produciéndose el fallecimiento del padre del niño el 12/08/2016. El órgano administrativo competente había asumido la tutela pública del niño nacido en el año 2008 y declarado su situación de desamparo por resolución dictada en 10 febrero de 2010, notificada a los padres biológicos sin que hubiera sido recurrida. En diciembre de 2009, mientras el niño de un año estaba en el domicilio de una amiga, la madre es detenida por la comisión de un hecho delictivo grave, siendo ingresada en prisión para cumplimiento de una pena de 3 años y 9 meses. Por ese hecho se le endilga incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad establecidos en el art. 154 del Cód. Civil, y se establece que la situación de desamparo fue acertadamente decretada ante la imposibilidad constatada en el expediente de que la familia extensa pudiera hacerse cargo del niño. También se estima que está incurso en causa legal de privación de la patria potestad y su asentimiento para la posterior adopción no resultaba necesario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 177, Cód. Civil En sentencia dictada el 28 de febrero 2014, en ocasión de la oposición a la resolución administrativa de 14/02/2012 en la que se acordaba continuar con la tutela administrativa y autorizar el acogimiento provisional con fines preadoptivos, fue desestimada la postura de los progenitores, ratificándose la resolución administrativa que se consideró debidamente adoptada en interés del menor de edad.

El niño, en un primer momento, estuvo bajo la figura de acogimiento familiar provisional simple, con visitas quincenales con la madre biológica en el centro penitenciario, y durante su desarrollo se constató que llegaron a ser tan perjudiciales para él que fueron suspendidas, pues mostraba comportamientos disruptivos —patadas y golpes de cabeza contra la silla del coche, estado de agitación y nerviosismo, pesadillas nocturnas cada vez que acudía al centro

penitenciario—, describiéndose conductas poco protectivas de la progenitora en esas ocasiones. La sentencia que puso fin a aquel procedimiento recoge esas conductas, más la falta de interés de la familia ampliada y pondera: *"Las conclusiones del servicio del IMELGA son claras y concluyentes, tanto en cuanto a la falta de habilidad de Rosa para asumir el cuidado de Carlos Daniel, responsabilizarse de su cuidado y atención, y la falta de una estabilidad para asumir esa responsabilidad, lo que se desprende de las distintas oportunidades que ha tenido para reconducir su vida y su propia decisión de adoptar las decisiones que la alejaban de su hijo; como en relación a la ausencia de vinculación afectiva de Carlos Daniel con su madre, a la total integración con su actual familia, a la ausencia de contacto durante casi tres años, y la desestabilidad que generaría en el menor la revocación de la decisión adoptada"*.

Desde la fecha en que se produjo la interrupción de las visitas cesó todo contacto con la madre biológica, *"por lo que su retorno sin garantía alguna de estabilidad y sin vinculación afectiva del menor respecto de la misma, incidiría muy negativamente en su estabilidad, estimándose contraria a su interés, que es el más necesitado de protección"*. Tratándose de un menor institucionalizado desde el año 2009 y sin posibilidades de reinserción en la familia biológica, la medida de acogimiento familiar provisional con fines preadoptivos resultaba adecuada de cara a un mejor desarrollo integral del niño, como posteriormente se confirmó por su evolución, después de más de tres años de convivencia con la familia de acogida, altamente positiva, según se analiza exhaustivamente en el fundamento jurídico de la sentencia apelada, cuyos razonamientos no fueron desvirtuados en el recurso de apelación interpuesto.

La Audiencia señala en definitiva que *"Resulta, pues, plenamente aplicable al caso, la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 31/07/2009, que ya cita la sentencia apelada, conforme a la cual, 'para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y*

compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retomo al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico', como aquí sucede, de modo que el pronunciamiento dictado en la instancia debe ser plenamente confirmado".

Como puede observarse, en este caso se siguió el procedimiento de oposición de los progenitores, del que se carecía en el caso analizado en el apartado anterior, y, pese a ello, con fundamento principal en la existencia de motivos para tener por configurada la privación de la patria potestad, sumado al ensamble del niño a la familia de acogida, también resulta en definitiva confirmado por el órgano de revisión.

VII. Situación de desamparo y acogimiento preadoptivo resistido por la familia biológica

Tanto en la sentencia civil nro. 481/2017, del 04/07/2017, como en la sentencia civil nro. 766/2016, del 7 de diciembre de 2016, la Audiencia Provincial de Zaragoza (17) tuvo ocasión de expedirse en dos supuestos en los que los familiares biológicos de niños sujetos a la tutela estatal se opusieron a las decisiones adoptadas por la Administración por las que se definía el acogimiento para su adopción, con suspensión de régimen comunicacional con los parientes sanguíneos.

Los fundamentos jurídicos de los fallos resultan similares, en tanto en ambos se requirió la posibilidad de hacer cesar el acogimiento familiar alternativo preadoptivo y su reemplazo por miembros de la familia de origen (los abuelos y la tía y abuela, respectivamente), aunque difieren en otras circunstancias de hecho, pues el primer caso versó sobre la disconformidad de los abuelos en la

valoración de los informes que desechaban su posibilidad de cuidado, siendo que habían procurado una mejora relativa a la vivienda y contaban con recursos para el cuidado adecuado de los niños (18); mientras que en segundo caso se trató de una niña recién nacida cuyo progenitor se encontraba privado de la libertad, la niña nació con síndrome de abstinencia al consumo de sustancias estupefacientes por la madre, sin control de embarazo, debiendo someterse a tratamiento hospitalario; ambos padres fueron evaluados como carentes de capacidad para la atención de sus necesidades básicas debido a sus limitaciones por conducta adictiva a sustancias estupefacientes de larga duración; violencia de género entre la pareja; inestabilidad domiciliar económica y personal y constatación de una situación cronificada de exclusión social de larga trayectoria, con antecedentes de intervención del servicio en la protección de otros hijos.

En la sentencia del mes de julio, la Audiencia expresó el fundamento legal en los siguientes términos: *"Como ya argumentamos en nuestra sentencia de 17/03/2015 y reiteramos en la de 07/12/2016 y 14/03/2017 en este tipo de procesos debe estarse al interés superior de los menores como así viene establecido en el artículo 39 de la Constitución Española, Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor, Convención de los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, arts. 93 y 154 y siguientes del Cód. Civil, ley aragonesa 12/2001 de la Adolescencia e Infancia, así como el Código de Derecho Foral de Aragón y sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, 143/1990 y 114/1992, entre otras muchas. Establece el art. 172 del Cód. Civil que la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda... Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material... Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona. Por*

su parte el art. 104 de la ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la Persona, define la situación de desamparo como la producida 'de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o incapacitados, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material'. El fallo recuerda que las consecuencias de la declaración de la situación de desamparo son las señaladas en el art. 105 de la ley 13/2006, es decir, la asunción automática por la entidad pública de las funciones tutelares y la suspensión de la autoridad familiar, pero no su privación, tomando siempre en consideración la prevalencia del interés superior del niño sobre cualquier otro interés concurrente". También señalan la finalidad de la protección de menores como 'el conjunto de actuaciones que, en el marco del sistema público de servicios sociales, tiene como finalidad prevenir, detectar y corregir las situaciones de riesgo y de desamparo, mediante la integración del menor en grupos naturales de convivencia, en condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación en la vida familiar, económica, social y cultural, y su desarrollo integral como persona'. Con cita del art. 46 se refieren a las medidas de protección, que se instrumentan a partir de: a) Los recursos preventivos y de apoyo a la familia o a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentre el menor. b) La promoción del nombramiento de tutor. c) La guarda ejercida mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. d) La tutela asumida por la entidad pública. e) La adopción. f) Las actuaciones necesarias para que el menor protegido se reincorpore a su entorno sociofamiliar. g) Aquellas acciones necesarias para la reinserción de los menores en conflicto social o que hubieran sido objeto de medidas acordadas por los juzgados de menores. h) Las actuaciones en beneficio de los que cumplan dieciocho años en situación de tutelados por la Administración, a fin de que obtengan plena autonomía e integración social. i) El ejercicio de cuantas acciones civiles, penales o administrativas pudiesen corresponder en interés del menor, incluso la demanda de privación de la patria potestad. j) Las actuaciones con los menores de catorce años que hubieran cometido hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en leyes penales especiales".

La Audiencia de Zaragoza confirma la sentencia apelada en relación a los abuelos —aun reconociendo una modificación en su realidad—, argumentando que "...en la medida en que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que

puedan haber determinado el desamparo, precisa que sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico".

En cuanto al caso de la niña, se confirma la denegatoria al progenitor que apeló al albergue familiar con su hermana y madre hasta tanto concluyera su condena de prisión en razón de que, si bien argumentó que cumple la condena el 01/09/2017, por lo que en año y medio podía recuperar la guarda y custodia de la menor y la suspensión de visitas no provocaba más que alejarla de él, desvincularla de su familia biológica y por lo tanto dificulta una posible recuperación de la guarda y custodia de la menor, siendo para ella la consecuencia más inmediata el olvido de su progenitor, la Audiencia merituyó que había conocido a la niña cuando contaba con un año y cuatro meses y al iniciar la menor un acogimiento preadoptivo como paso previo a la adopción, el mantenimiento de unas visitas meramente esporádicas con el progenitor en poco o en nada contribuían a su estabilidad emocional.

En ambos casos, la Audiencia recordó la doctrina del Tribunal Supremo, en particular la sentencia del 14/07/2015 (Roj: STS 3440/2015), que señaló la prioridad del interés del niño en relación a otros adultos en estos términos: *"la jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo. El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor"*. Esta posición del Máximo Órgano Constitucional se reforzó en la sentencia del 17/03/2016, cuando el

TS afirmó que *"el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor"*. Finalmente, invocaron también la sentencia del Tribunal Supremo de 10/03/2016, en tanto afirmó: *"...esta sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del art. 172.6, Cód. Civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad"*; y en cuanto a cómo debe ponderarse el interés del menor en estos casos, dispone que *"(...) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico"*.

A nuestro entender, en ambos casos se priorizó el tiempo transcurrido en el acogimiento familiar preadoptivo y se soslayó la posibilidad de la familia de origen, a pesar de que sus comportamientos variaron positivamente en el caso de los abuelos, y la suspensión del régimen comunicacional con el progenitor privado de la libertad evidentemente cortaría toda posibilidad de vínculo filial en el caso de la niña. Decisiones jurisdiccionales de esta naturaleza resultan apropiadas en términos de derechos humanos cuando el

trabajo de la Administración se realiza de manera exhaustiva, contemplando las reales posibilidades del grupo familiar, adoptando la medida de desarraigo de la persona menor de edad como último recurso, que pareciera que en el sistema español se define con carácter definitivo, a juzgar por la sistemática confirmación de las situaciones de desamparo, y sin perjuicio de que la legislación disponga que los progenitores cuentan con un plazo de dos años para revertir las causas que originaron la suspensión del ejercicio de sus responsabilidades (art. 172.7, Cód. Civil).

Referencias Bibliográficas

(1) En todo lo relativo a antecedentes, ampliar en FERNÁNDEZ, María C., *"Reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España"*, Revista Temas de Psicoanálisis, nro. 8, julio 2014, disponible en www.temasdepsicoanalisis.org/wp-content/uploads/2017/05/Maria-Cruz-Fernandez-pdf.pdf.

(2) Arts. 175 a 180.

(3) El art. 172 del Cód. Civil español dispone expresamente que cuando la autoridad administrativa constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley su tutela.

(4) Audiencia Provincial de Lugo, 16/06/2017, nro. de recurso: 322/2017, nro. de res.: 95/2017, magistrado ponente: Darío Antonio Reigosa Cubero, Id Cendoj: 27028370012017200073.

(5) Tribunal Supremo, sala de lo Civil, Madrid, 17/03/2016, nro. de recurso: 2517/2014, nro. de resolución: 170/2016. Magistrado ponente: Eduardo Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079110012016100172.

(6) Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material, de conformidad con la definición legal alojada en el art. 172 del Cód. Civil español.

(7) "Art. 172:1...2...3...4. En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la entidad pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de este, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias." Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la entidad pública".

(8) Entre otros argumentos, también se citó a la observación general 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en al ámbito de las Naciones Unidas, cuando señaló que el interés superior del niño tiene tres dimensiones: "A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño... C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...".

(9) "Art. 19 bis.— Disposiciones comunes a la guarda y tutela. 1. Cuando la entidad pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan

individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar. En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, la entidad pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades. 2. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la entidad pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados. 3. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. 4. Cuando se proceda a la reunificación familiar, la entidad pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor. 5. En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad. 6. Las menores y las jóvenes sujetas a medidas de protección que estén embarazadas, recibirán el asesoramiento y el apoyo adecuados a su situación. En el plan individual de protección se contemplará esta circunstancia, así como la protección del recién nacido".

(10) Se limitan a expresar: "La petición que hace el Ministerio Fiscal sobre la conveniencia de la relación entre ambos hermanos resulta, en principio, razonable, pero al no haber sido objeto de debate con la singularidad necesaria, esta sala no debe decidir sobre tal extremo, sino que habrá de plantearse por quienes se encuentran legitimados para ello ex novo".

(11) Audiencia Provincial de Logroño, 02/05/2017, nro. de recurso: 137/2017, nro. de resolución: 44/2017, Id Cendoj: 26089370012017200229. Magistrado ponente: María del Puy Aramendia Ojer.

(12) "Art. 177.— 1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años. 2. Deberán asentir a la adopción: 1. El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta".

(13) Audiencia Provincial de Zaragoza, 21/02/2017, nro. de recurso: 667/2016, nro. de resolución: 125/2017, Id Cendoj: 50297370022017200034, magistrado ponente: Manuel Daniel Diego Diago.

(14) Según sentencia de 15/04/1993 de la Audiencia Provincial de Teruel y sentencia de 14/09/1995 de la Audiencia Provincial de Vizcaya la disconformidad de los progenitores respecto de la adopción de sus hijos supone un veto vinculante para el órgano jurisdiccional que debe resolver; mientras que para la Audiencia de Barcelona (20/03/1991) y la de Almería en sentencia de 21/05/1992 el asentimiento no es una "*condictio iuris*" y debe, por lo tanto, adoptarse la decisión que más favorezca al menor, con independencia de la voluntad de sus padres biológicos.

(15) En el fallo se recuerda la sentencia de 11/11/2016 de la misma Audiencia de Zaragoza (Roj: SAP Z 1854/2016), dictada en análogo supuesto de ejercicio de acción regulada en el art. 791 de la LEC para obtener el progenitor el reconocimiento de la necesidad de su asentimiento en supuesto de menor desamparada, argumentamos que el art. 177.2 del Cód. Civil solo exige para dispensar la necesidad de asentimiento del progenitor en la adopción que se halle incurso en causa legal de privación de la patria potestad (autoridad familiar). Y que el incumplimiento grave y reiterado de los deberes paternofiliales, deberes que aparecen relacionados en los arts. 64 y 65 del Código de Derecho Foral de Aragón, determinan la corrección de la resolución adoptada, para la que no se precisa, conforme a lo ya expuesto, la previa existencia de resolución firme que acuerde la privación de la patria potestad. En análogo sentido, sentencia de esta sección de 15/10/2014 (Roj: SAP Z 1861/2014).

(16) Conforme al art. 176 del Cód. Civil: "*La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la*

idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes..., pero no se requerirá tal propuesta cuando el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante. Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción". Conforme al art. 177 del Cód. Civil: "*Habrán de consentir la adopción, en presencia del juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años. Deberán asentir a la adopción los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación*".

(17) www.iberley.es/jurisprudencia/situacion-desamparo.

(18) Al momento de disponerse el desamparo, los menores vivían en una vivienda que no reunía las mínimas exigencias de habitabilidad y de higiene, ni recibían las atenciones adecuadas a su edad y desarrollo evolutivo, presentando retraso madurativo y evolutivo e inasistencias escolares, que, tras la intervención administrativa, mejoró a tenor de un informe aportado de febrero de 2017.

Jurisprudencia española

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 85, 281

Cita Online: LALEY AR/DOC/3202/2018

[Consultado el: 04/06/2021]

I. El rol de los niños, niñas y adolescentes en los procesos civiles. Principios y doctrina legal en materia de ejercicio de la coparentalidad

De la lectura de varios fallos de la jurisprudencia española puede advertirse que los niños, niñas y adolescentes no aparecen en el escenario tribunalicio con el mismo grado de protagonismo con que lo hacen en el derecho argentino. Si bien es cierto que es en la primera instancia donde generalmente se visualiza el acceso al servicio de justicia, sea que se ejerza el derecho a ser oído (art. 12, CDN) o la presentación directa con patrocinio jurídico, lo que aquí se afirma es que no ha sido posible detectar en las resoluciones judiciales españolas ni la mención de la realización de esa escucha por los jueces, ni tampoco la participación en calidad de parte con los consiguientes derechos procesales de peticionar, ofrecer prueba, recurrir, etcétera.

En ese sentido, pese a la gran cantidad de fallos dictados donde se dirimen sus derechos, el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes españoles no parece plasmarse con las modalidades y la intensidad que se realiza en nuestro sistema jurídico, aunque sí se consideran sus preferencias en función del bienestar o su interés superior.

Preferencias, deseos y manifestaciones que son recibidas y mediatizadas por profesionales de áreas no jurídicas. A modo de

ejemplo, cabe citar una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 22 de marzo del año en curso (1), donde sendos progenitores del hijo en común disputaban la modalidad del cuidado del niño, de 9 años de edad. Los jueces hicieron especial apoyatura en lo que se detectó con la intervención del cuerpo de psicólogos: un primer informe —del que señalaron que contenía un dato objetivo— aseguró que el nene precisaba de un trabajo especial e intensivo, tanto en la escuela como en casa, para la adquisición y consolidación de los aprendizajes de lectura y escritura; y un segundo dictamen —al que atribuyeron plasmar el deseo del niño— del que emergía que tenía preferencia por permanecer en el domicilio paterno. Utilizando un vocabulario despojado de tecnicismos, la sentencia explica que esa preferencia no podía ser acompañada por el servicio de justicia, y para eso se basa en el informe psicológico que señaló que *"ambos padres presentan capacidades y habilidades adecuadas para atender correctamente al hijo, aunque su dedicación hacia el hijo la realizan de forma divergente, pero ello no determina elementos disfuncionales en las atenciones que cada uno ofrecen a su hijo"*, y ponderó que la progenitora era quien en mayor y mejor medida preservaba y promocionaba la figura del otro progenitor.

En otra sentencia donde se valora también el deseo del hijo se pondera, para resolver en función de su interés superior, que las pautas sociales poco a poco intentan revertir los patrones culturales estereotipados por los cuales la crianza de los niños y niñas recae en sus madres y que se traducen en ocasiones en verdaderas parentalizaciones (2). Se trataba de un supuesto en que el progenitor pretendía la revisión de un convenio homologado por el cual ambos se habían atribuido el cuidado en modalidad alternada, e invocaba para la modificación la adherencia del niño a la práctica del fútbol más el descuido de la madre en la atención de sus necesidades. La postura paterna no fue aceptada, fundamentalmente porque se detectaron posturas férreas que se estimaron como negativas para el hijo. La sentencia reivindica la coparentalidad en términos de perspectiva de género cuando señala: *"Precisamente para que prime ese interés del menor debe tenerse en cuenta que, actualmente y ante la evolución social de los roles masculinos y femeninos en la atención a los hijos y la igualdad de hombres y mujeres, la*

normalidad debe ser la custodia compartida, que es lo que ambos progenitores convivieron en su momento y venían desarrollando sin que conste prueba alguna de que haya resultado perjudicial para R., más allá de que no daba plena cobertura a su deseo, que es asimismo el del padre, de jugar al fútbol".

A la hora de determinar el ejercicio de la guarda de los hijos, el Código Civil de Catalunya establece expresamente el principio básico al que se someten todas las demás normas, que no es otro que el beneficio del menor, directriz rectora tanto para la actuación de los progenitores como para la toma de decisiones por los tribunales (art. 211.6.1 del Cód. Civil de Catalunya). Además de esa norma, y en sentido similar a lo que ocurre en el sistema jurídico local, también se ocupan del interés superior de los niños los arts. 39, Constitución española, 9 de la ley Orgánica 1/96, 92 del Cód. Civil y a nivel internacional el art. 3º.1, Convención Internacional de los Derechos del Niño, el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, el principio 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo; como también se lo señala en los arts. 12.1.b y 3.b, 15.1; 5º y 23 del Reglamento de la Comunidad Europea, en la resolución 2079 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

A su turno, también se reconoce expresamente en el Código Civil de Cataluña el principio del "*favor filii*" (art. 230.10.2), que tiende a garantizar la prioridad del niño para generar las condiciones en que se pueda producir el desarrollo equilibrado y propender a que su vida se desarrolle en un entorno familiar adecuado, dando estabilidad a las decisiones que se adopten. La jurisprudencia catalana asume que "*el objetivo final es la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales (art. 2º de la ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor)*".

El sistema de custodia compartida, que es como se denomina en ese país lo que en nuestro derecho es el cuidado, fue y es sostenido en diversas sentencias del Tribunal Supremo cuya doctrina inveterada es que debe "*considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea*

efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).

En similar sentido y con muy parecidos fundamentos se expidió la Audiencia Provincial de Girona, que el 7 de septiembre de 2017 dictó la sentencia 302/2017 (3), disponiendo un sistema de titularidad y ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, con mayor protagonismo del padre. Se trató de un supuesto en que los progenitores residían en localidades distantes 152 km entre sí, a partir de la decisión de la madre de trasladar su domicilio para convivir con su nueva pareja. Se razonó que no necesariamente la distribución del tiempo efectivo debía ser idéntica, por lo cual el padre fue designado guardador principal con dos fines de semana continuados a favor de la madre, el siguiente a favor del padre y el posterior a favor de la madre. El régimen dispuesto se implementaría de ese modo de manera consecutiva, correspondiendo a la madre la búsqueda los viernes a la salida del centro escolar y el reintegro al domicilio paterno los domingos. En la sentencia, además, se fijan alimentos señalando con ambos contribuirán a los gastos extraordinarios del hijo en un 50%, disponiendo que la madre aporte 150 /mes a los gastos ordinarios por el mayor protagonismo del padre.

El tribunal de la primera instancia desechó el pedido del ejercicio unipersonal de la progenitora, determinó que fuese compartido y señaló las actividades relevantes que debían adoptarse en conjunto: *"Las funciones parentales de los padres con respecto del hijo serán compartidas, debiendo ejercerse conjuntamente siempre que fuere posible y siempre que se trate de cuestiones de especial relevancia, como elección de colegio, educación, actividades extraescolares, colonias, viajes, elección de asistencia sanitaria, instrucción religiosa, cambio de domicilio que conlleve el alejamiento de los hijos de su entorno habitual, etc."*. Además de ello, y ponderando que la madre mudaría su residencia, determinó que le correspondían *"dos fines de semana consecutivos y el siguiente alterno (es decir, de cada cinco, tres fines de semana, de la siguiente forma: dos consecutivos a favor de la Sra. C., uno a favor del Sr. T., uno a favor de la Sra. C., uno a favor del Sr. T. y así sucesivamente),*

desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas, debiendo recoger al colegio la madre al menor el viernes y devolverlo al domicilio paterno el domingo a las 20 horas. Serán exclusivamente a cargo de la madre los gastos de desplazamiento entre su domicilio y el del menor". En relación a los alimentos, se determinó que ambos progenitores sufraguen los gastos del hijo durante los periodos en que él resida con cada uno de ellos (alimento en sentido estricto, habitación, vestido y calzado, ocio, recargas de móvil, gastos de transporte público y todos aquellos ligados directamente a la convivencia). Además del régimen ordinario de ejercicio, se fija el correspondiente a los periodos de vacaciones escolares, Navidad y Semana Santa, todos los cuales se repartirán en periodos por mitad, quedando determinados específicamente en el fallo.

La sentencia recuerda que, al igual que ocurrió en el derecho argentino, la práctica judicial catalana se inclinaba casi en exclusiva por un régimen de guarda exclusiva a cargo de uno de los progenitores, normalmente la madre, con el establecimiento de un régimen de vistas a favor del llamado progenitor no custodio, y que gradualmente las decisiones de los tribunales decantaron hacia un régimen de responsabilidad parental compartida. Antes del cambio legislativo, las partes debían probar la conveniencia del ejercicio compartido. En la actualidad el principio se invierte en función del principio de coparentalidad y derecho del niño o niña al goce del cuidado de ambos progenitores, debiendo probarse estrictamente la beneficencia de la monoparentalidad.

En similar redacción que el Cód. Civ. y Com. de nuestro país, el Cód. Civ. y Com., en su art. 233.10, dispone, con carácter general, que *"la guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos"*. El párr. 2º del precepto señala que *"la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo"*.

El sentido de esas reglas jurídicas es explicado en la Exposición de Motivos de la ley catalana, señalando que la coparentalidad y las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores y que el mantenimiento de la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores procura desarticular las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos.

Recordaremos que ya las sentencias del TSJC 63/2014, de 2 de octubre, 69/2014, de 30 de octubre y 29/2015, de 4 de marzo, declararon: "*(...) no cabe duda que la llamada 'custodia compartida' o conjunta por ambos progenitores resulta más conveniente para la evolución y desarrollo del menor en tanto evita la aparición de los 'conflictos de lealtades' de dichos menores con sus padres y favorece la comunicación de estos entre sí, estimándose que el reparto equilibrado de las cargas derivadas de la relación paterno-filial resulta algo consustancial y natural, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de igualdad de sexos...*".

Un caso interesante vinculado con el rol de los niños en los procesos donde se dirime el ejercicio de la responsabilidad parental fue abordado por el Tribunal Supremo mediante la sentencia dictada el 18 de abril de 2018 (4). La particularidad estaba dada porque se trataba de un matrimonio de una mujer de nacionalidad japonesa y su ex cónyuge español con un hijo nacido en Francia y una hija nacida en Japón, país este donde había vivido la familia hasta el tsunami que lo afectó el 11/03/2011. A raíz del evento, el padre y los dos hijos se mudan a España; en febrero de 2012 la madre viaja y regresa con la niña a Japón, y posteriormente el hijo. En el año 2013 se homologó la separación provisional de los cónyuges y la atribución de la guarda y custodia de los niños a su madre, siendo su residencia la localidad en que vive, fijando un régimen de estancias del padre con sus hijos.

En el mes de mayo de 2015 se dictó sentencia de divorcio, se atribuyó la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental a

ambos progenitores y la guardia y custodia de los dos hijos a la madre, fijando la residencia en Japón y el disfrute de los períodos vacacionales en España con el progenitor, a la par que se determinó que períodos más breves podían ser compartidos si el padre se trasladaba al domicilio de los niños. Se dispuso además un régimen de contacto diario y acotado por medios electrónicos —vía Skype—, la modalidad de traslado y los aportes económicos correspondientes. El 11 de abril de 2017 la Audiencia de Pamplona resuelve los recursos de los progenitores confirmando en su totalidad la sentencia. El padre presentó recurso de casación, solicitando que se modifique la jurisprudencia de la sala Civil *"en relación con el problema jurídico planteado por la evolución de la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia"*, en el caso, la guarda y custodia compartida entre progenitores de distinta nacionalidad y que residan en distintos países.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso del padre por ausencia de motivación suficiente, y recordó que en la sentencia 4/2018, del 10 de enero, que cita la 748/2016, del 21 de diciembre, se dijo lo siguiente: *"el hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida —por ser el más adecuado para el interés del menor— no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable"*. En cuanto a los derechos de los niños, hizo mención a la valoración que se hizo en ambas instancias de los datos de prueba y de la exploración del niño, determinando que lo más conveniente a su interés superior es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño, pues allí tuvo su residencia habitual la familia durante algunos años, respetándose de ese modo su centro de vida como parte integrante de ese interés. Asimismo, la sala descarta la guarda y custodia compartida con alternancia anual en cada país pretendida por el padre, con fundamento en el elevado costo emocional y el perjuicio que dicha solución tiene para su desarrollo, pues se vería afectado.

II. Las acciones de filiación y la modificación de los apellidos

La sala Civil del Supremo Tribunal se pronunció sobre el orden de los apellidos de una persona menor de edad (5), ante el desacuerdo de los progenitores en casos de paternidad no matrimonial a partir de la sentencia 76/2015, del 17 de febrero, y con posterioridad en la 658/2017, del 1 de diciembre. Con esos antecedentes, encara el tratamiento de la cuestión planteada y casa la sentencia de la anterior instancia, haciendo lugar al planteo de la progenitora que bogaba por la conservación del apellido materno en primer término. Para así resolver, se estimó que la sentencia recurrida reconoce que la cuestión nuclear es el interés superior del menor, conforme la doctrina de la sala. El caso en cuestión tiene la particularidad de que la progenitora sostenía desde el inicio la no paternidad, que sólo pudo acreditarse con las pruebas producidas a instancias del progenitor.

El fallo destaca que lo relevante no es deseo del padre por noble que fuese, sino cuál será el interés protegible actualizado de ese menor de edad respecto del cambio de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil.

Como es de estilo en la sala, se remontó a la jurisprudencia y señaló que en la sentencia del pleno 659/2016, del 10 de noviembre, se puntualiza que *"la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor"*, sosteniendo que a la hora de llevar a cabo los tribunales tal valoración se debe tener en cuenta que *"es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona"*. Se pondera la conducta del padre en orden a reconocer a su hijo menor y a relacionarse con él, y se desliza un cierto reproche a la madre a la hora de no propiciar ese reconocimiento y comunicación; sin embargo, estima el recurso siguiendo su doctrina, pues: *"no atisba ningún*

argumento que justifique cuál sea el beneficio del menor con el cambio del orden de los apellidos, si se le suprimiese el primero que viene usando desde la inscripción de su nacimiento".

En supuestos análogos se ha pronunciado la sala en las sentencias 299/2017 de 16 de mayo y 130/2018 de 7 de marzo.

III. Las familias y el derecho previsional: la tutela y el cómputo del plazo para solicitar la pensión

Vinculado con el cese de la titularidad de la responsabilidad parental por fallecimiento del progenitor, aparece la necesidad de la representación necesaria de las personas menores de edad por un adulto a través de la figura del tutor, que nuestro derecho privado, a partir del año 2015, admite la posibilidad de su dualidad. En un reciente fallo, el Tribunal Superior español juzgó acerca de un tema de índole alimentaria, como lo es el cobro de la pensión derivada del fallecimiento. El TS aclaró las situaciones y plazos para que la pensión de orfandad retrotraiga sus efectos mediante la sentencia dictada por la sala de lo Social en fecha 11 de abril de 2018 [\(6\)](#).

En esa resolución se señaló que, para poder cobrar la prestación desde el mismo momento del fallecimiento del progenitor causante, es preciso solicitarla en el plazo de los 3 meses, pero si el nombramiento de los tutores acaece después, el plazo comienza a correr desde que se acepta el cargo de tutor [\(7\)](#). En el fallo se especifica que la ley que regula la seguridad social (16531/2015) dispone que el plazo para solicitar la pensión de orfandad es de tres meses desde el fallecimiento del causante. Entonces, si el beneficio se solicita en este plazo, surge el derecho a cobrar todo el importe desde el día después del fallecimiento del causante, porque se retrotraen los efectos. Si se solicita posteriormente, aunque la prestación no se pierde, existe un máximo de retroactividad de tres meses. En otras palabras, si se exige la pensión transcurridos los primeros tres meses desde que el fallecimiento se produjo, las mensualidades anteriores a

esos tres primigenios meses precedentes no pueden ser percibidas sino hacia adelante.

El caso que abordó la sala en lo Social se vinculaba a que en ningún momento la legislación concreta quién puede pedir esta prestación, y debía determinarse judicialmente la fecha de efectos de la pensión de orfandad reconocida a favor de tres huérfanos absolutos, teniendo en cuenta que la pensión fue solicitada por el tutor tras su nombramiento.

Por fallecimiento de ambos progenitores, habían sido designados como tutores los abuelos de los tres hermanos. Toda la tramitación del expediente judicial civil demoró dos años, tiempo durante el cual los nietos estuvieron a cargo de los abuelos. Discernida la tutela y aceptado el cargo, solicitaron al Instituto de Seguridad Social la pensión de orfandad en favor de sus nietos y la aplicación retroactiva desde el fallecimiento del padre, teniendo en cuenta que el requerimiento originario fue realizado dentro de los tres meses desde el nombramiento.

El trámite de la primera instancia hizo lugar al pedido, y llega al Supremo Tribunal por recurso interpuesto por el Instituto, alegando que no resultaba necesario esperar al discernimiento de la tutela.

En su razonamiento, el Alto Tribunal entendió que el día inicial del cómputo del plazo de tres meses para el reconocimiento de los efectos retroactivos de la pensión de orfandad no puede fijarse, en el caso, en la fecha del hecho causante, esto es, el día de fallecimiento del padre. Estimó que debía serlo en la fecha en la que pudo solicitarse la pensión de orfandad, lo que en el caso coincide con la fecha en que los abuelos de los niños aceptaron el cargo de tutores para el que fueron designados por el juzgado de primera instancia, con la particularidad de que, al no haber transcurrido tres meses desde la aceptación del nombramiento de los tutores y hasta que solicitaron la pensión de orfandad, correspondía que los efectos económicos se

retrotrajeran a la fecha del hecho que lo motivó: el fallecimiento del progenitor de los niños.

Señalaron que la ley determina que la pensión de orfandad se abona a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, sin mayor explicación, y la situación de los abuelos, antes de ser designados tutores, era una mera situación de hecho, equiparable a la del "*guardador de hecho*", de carácter transitorio.

Con invocación del interés superior de los niños, y que está a cargo de los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, la falta de definición legal de quiénes resultarían los legitimados para solicitar el beneficio no se puede interpretar en el sentido de privar a los menores de edad de su derecho. Es, en definitiva, una aplicación del principio de *favor minoris* que campea en todo el derecho de infancia.

IV. Atribución del uso de la vivienda de propiedad exclusiva al excónyuge en supuestos de ejercicio compartido de la responsabilidad parental

La doctrina sentada por la sala Civil en materia de atribución y uso de la vivienda familiar cuando el ejercicio de la responsabilidad parental de los hijos (guarda y custodia en el derecho español) es compartida, se funda en el art. 96, que establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo, que corresponde al hijo y a aquél en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos, supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párr. 2º, que regula el caso en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "*lo procedente*".

Ese sistema, así interpretado, importa una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: a) en primer lugar, al interés más necesitado de protección y que permita compaginar del mejor modo los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres, y b) si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párr. 3º para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párr. 1º de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez, salvo lo establecido en el art. 96, Cód. Civil (sentencias 593/2014, 24 de octubre; 434/2016, 27 de junio, 522/2016, 21 de julio, entre otras).

El Tribunal Supremo, analizando la segunda cuestión, fijó como criterio que *"Esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2, Cód. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia"*, conf. STS 9 de septiembre de 2015.

En último fallo sobre la materia (8), se cita otra decisión de la sala en la cual el plazo por el que se extendió el uso de la vivienda de propiedad del ex cónyuge por la progenitora que detentaba la guarda de la hija y hasta que alcanzara su mayoría de edad, se fijó en un plazo de dos años (9). Recordando la doctrina antes resumida y antecedentes jurisprudenciales, se fija un plazo de tres años a

computar desde la sentencia, en el que se estima que la madre tendrá tiempo suficiente para buscar una vivienda digna, en atención a sus capacidades laborales, y los hijos tendrán una edad más propicia para que concilie sus intereses laborales y familiares a la hora de atender los cuidados de ellos.

V. Determinación del plazo y fijación del monto de la pensión compensatoria (compensación económica)

En un supuesto en que la cónyuge interpuso demanda de divorcio en la que solicitaba la disolución del vínculo y de la sociedad de gananciales, una pensión de alimentos a favor de la hija común del matrimonio, mayor de edad pero dependiente económicamente, de 400 euros mensuales y el 50% de los gastos extraordinarios y, en lo que aquí interesa, el establecimiento de una pensión compensatoria vitalicia para ella en cuantía igual al 35% de los ingresos del demandado, el TS, sala Civil, dictó sentencia en fecha 08/05/2018 confirmando el fallo de la primera instancia que había sido revocado por la Audiencia (10).

La primera sentencia estimó parcialmente la demanda en el sentido de decretar el divorcio, fijar la pensión de alimentos solicitada y disolver la sociedad de gananciales, determinando una pensión compensatoria a favor de la esposa de 450 euros con carácter indefinido. La decisión se basó en los siguientes argumentos: *"Finalmente, procede estimar la petición de la parte actora en relación al carácter vitalicio de la pensión compensatoria, teniendo presente la edad de la parte demandante y, su estado de salud, acreditado documentalmente, circunstancias que, a juicio de la que suscribe, dificultan la incorporación de la Sra. B. al mercado laboral"* (11).

Ambas partes recurren en apelación la sentencia.

La demandante impugna la cuantía de la pensión compensatoria, abogando por un incremento de ella que concreta en un 35% de los ingresos del marido y el demandado postula que sea

temporal y limitada a un plazo de cinco años y que se reduzca a 350 euros.

La Audiencia Provincial dictó sentencia por la que limitó temporalmente la pensión compensatoria a un plazo de seis años, manteniendo el importe de 450 euros fijado en la instancia. La decisión se adoptó teniendo en cuenta la STS de 11/05/2016, aunque se valoró que el tiempo del matrimonio era diez años menos que el caso tratado por el Tribunal Supremo, que en aquél habían nacido varios hijos y en este supuesto sólo una, y que la cónyuge del caso citado superaba en seis años a la actora, por lo cual la Audiencia determinó que se limite el tiempo de percepción de pensión compensatoria en seis años desde la fecha de la resolución y sin disminución de cuantía fijada en la sentencia, que se consideró correcta para superar la situación de desequilibrio en la que se encuentra al tener lugar la ruptura de la convivencia.

En el recurso de casación de la mujer se alegó la infracción del art. 97, CCiv., y la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la sala Primera del Tribunal Supremo sobre la temporalidad de la pensión compensatoria, su función de restablecer el equilibrio económico perdido, que le es consustancial, y su juicio prospectivo contenida en SSTS 590/2010, 29 de septiembre, y 369/2014, de 3 de julio. Afirma que la sentencia recurrida infringe el art. 97, Cód. Civil, al establecer una pensión compensatoria con limitación temporal sin haber realizado el necesario juicio prospectivo en función del rol desempeñado en el matrimonio, la falta de capacitación para el desempeño autónomo, la edad y la situación de enfermedad, circunstancias que denotan la ausencia de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico.

El recurso es admitido con el siguiente argumento: "*Como sostiene la recurrente, la sentencia no se refiere en absoluto a las posibilidades futuras de la beneficiaria de la pensión para poder desenvolverse autónomamente, dejando por tanto de aplicar el juicio prospectivo sobre tales posibilidades que es el*

que permitiría razonadamente fijar el plazo de seis años para la extinción de la pensión".

Considera infringida la doctrina de la sala acerca de la necesidad de dicho juicio sobre la capacidad de desarrollo profesional y económico de la beneficiaria, doctrina que está presente en numerosas sentencias como son las nros. 715/2017, de 24 de febrero, 369/2014, de 3 de julio y 304/2016, de 11 de mayo, y otras como la nro. 345/2016, de 24 de mayo.

De la lectura de la sentencia de la última instancia puede extraerse que la compensación económica, pese a que en España cuenta con muchos años de aplicación, sigue generando motivo casacional.

Referencias Bibliográficas

- (1) AP Barcelona, 22/03/2018, resolución nro. 377/2018, Id Cendoj: 08019370122018100362.
- (2) AP Barcelona, 16/03/2018, Id Cendoj: 08019370122018100306.
- (3) Diario La Ley, nro. 9098, Sección Reseña de Sentencias, 13/12/2017, Wolters Kluwer.
- (4) STS 1414/2018.
- (5) Sentencia del Tribunal Supremo 1625/2018 del 09/05/2018.
- (6) Diario La Ley, nro. 9175, Sección La Sentencia del Día, 11/04/2018, Wolters Kluwer.
- (7) Tribunal Supremo, sala de lo Social, sentencia 222/2018, 27 febrero, rec. 3022/2016 (LA LEY 10122/2018).
- (8) Sentencia del Tribunal Supremo nro. 1627/2018, sala Civil, del 08/05/2018.
- (9) STS 522/2016, de 21/07/2016. Para así resolver se había tenido en consideración la mala situación económica de la madre y que había tenido el uso por un tiempo que, con el fijado en el fallo, totalizaría seis años.
- (10) STS 1616/2018.

(11) En el trámite se había constatado que la duración del matrimonio fue de algo más de veinte años, que nació una hija, ya mayor de edad, que estudiaba y convivía con su madre, que los ingresos del matrimonio derivaban del trabajo del demandado y que la esposa, de 50 años, carecía de formación y no desempeñó trabajo alguno ni antes ni durante ni después del matrimonio, habiéndose dedicado durante todo este tiempo al cuidado de la niña y del hogar. Además, quedó acreditado que la esposa presentaba una dolencia médica.

Jurisprudencia española

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 87, 403

Cita Online: LALEY AR/DOC/3525/2018

[Consultado el: 04/06/2021]

(*)

I. Cambio de residencia del progenitor. Relevancia de los informes técnicos

Existen múltiples situaciones que involucran la necesidad de determinación judicial de los derechos de los niños y niñas con motivo de las diferencias que los adultos responsables de su cuidado no pueden resolver. Tal vez una de las más complejas repose en la decisión sobre el lugar de residencia cuando los progenitores se separan y, por las razones que fueran, mudan su domicilio originario, pretendiendo simultáneamente trasladar consigo a los hijos sin lograr consenso del otro. En estos casos, en general, aparece una priorización de los intereses personales de los adultos y una gran dificultad en visualizar a los niños como sujetos autónomos, pero además suele verse en la jurisprudencia tanto local como foránea que se exige una demostración de la necesidad del cambio a cargo de quien lo pretende, priorizando de ese modo cierto *statu quo* o permanencia de la situación que pretende modificarse, en función de ciertos principios que se consideran axiológicamente relevantes, como la estabilidad de las relaciones entabladas, los lugares que les son propios o conocidos, las múltiples facetas de lo que constituye el centro de vida del hijo o hija.

En estos supuestos es donde el trabajo interdisciplinar cobra absoluta relevancia, pues no son las normas jurídicas las que contienen todas las respuestas, sino que el "caso" debe ser encuadrado en función de múltiples variables que son traídas a los procesos por expertos de ciencias relativas a la conducta humana, como la psicología o el trabajo social. La tarea judicial consistirá en analizar esos informes, dotar de juridicidad a la conducta pretendida o revertirla, si es contraria a los derechos del verdadero sujeto de la intervención judicial: la persona menor de edad.

Los dictámenes no son piezas procesales infranqueables, ni la interdisciplina una modalidad de intervención inconvencional, porque, como toda producción humana, puede ser falible. La tarea de quien pone su ciencia al servicio del caso constituye una pieza más del rompecabezas que la judicatura construye, siendo imprescindible que tanto quien formule la experticia como quien resuelve expliquen de modo razonable sus conclusiones.

Una muestra de lo que se esbozó sucintamente hasta aquí aparece en la sentencia dictada en el mes de julio de 2018 por la sala Civil del Tribunal Supremo (1), que resolvió acerca del cuidado del único hijo de una pareja. Se trataba de un niño de dos años a la fecha de la separación de los progenitores y que contaba con cuatro a la de la sentencia. En primera instancia, en julio de 2016, se estableció el sistema de guarda y custodia compartida. Luego la madre alegó su intención de trasladarse de Melilla a la ciudad de Murcia, con lo que sería inviable la custodia compartida. La sentencia de la audiencia se dictó el 10 de noviembre de 2017, decidió dejar sin efecto el sistema de guarda compartida establecido; atribuírsela al progenitor y fijar régimen de visitas a la progenitora, más alimentos a su cargo. Se tuvo en consideración que a partir del traslado voluntario de la madre era inviable el régimen y debía determinarse cuál de los progenitores era el más adecuado para asumir la custodia.

Es importante destacar que en ese fallo se deja en claro que la situación de distancia física del niño y la madre, creada unilateralmente por esta, no se valora como reproche hacia ella en orden a su libertad (doctrina seguida por la sala según sentencia de 26 de octubre de 2012), sino como dato a la hora de analizar el interés del niño. En esa ocasión la justicia española ponderó que la decisión de traslado de la progenitora aparecía como el resultado de su postura poco favorecedora del contacto entre padre e hijo o, al menos, como manifestación de la poca importancia atribuida a tal relación y que no existía prueba alguna de que el cambio favorezca al niño.

La Audiencia plasmó en su decisión algunas cuestiones volcadas en el informe de los peritos de la interdisciplina, en especial en cuanto aconsejaron implicar a ambos progenitores en todos los traslados, aspecto que conlleva una previsión sobre la cuestión económica; evitar que los desplazamientos sean frecuentes, puesto ello puede generar inestabilidad e incomodidad para el niño; fijar un sistema que contemple su edad actual y que los períodos de estancia con su madre debían guardar el debido equilibrio entre las necesidades evolutivas del pequeño y la salvaguarda de aquella como figura de apego. En este sentido, se aconseja —dice el informe— favorecer los contactos con el no custodio mediante un sistema flexible de visitas durante el curso escolar o períodos ordinarios, que puede incluir varios fines de semana al mes, así como la facilitación de otras visitas cuando el progenitor no conviviente pueda desplazarse al lugar de residencia del custodio. Incluso en ese punto se puede rescatar que los expertos señalan que "*[e]sta flexibilidad debe referirse siempre a la propia disponibilidad del progenitor no custodio y no debe limitarse a un lugar concreto u horario restringido de recogida o entrega del menor (ej.: a través del centro escolar y acorde a los horarios lectivos), sino que los intercambios deben ser facilitados por el custodio en la medida de lo posible y lo razonable*". Asimismo, en los períodos vacacionales, se postula que las visitas serán más extensas, pero no se impondrá el alejamiento del progenitor custodio durante más de una semana, agregando que el régimen conllevará facilitar los medios tecnológicos, como teléfono e internet.

Los señalamientos así explicitados fueron recogidos por el tribunal, que fijó en detalle los días, modalidades y asunción de costos.

Lo relevante del asunto reposa en que, a la par que se procura el ejercicio de la coparentalidad, cada señalamiento que se realizó en el informe tenido en cuenta por el tribunal estuvo justificado en el interés del niño.

Ante la decisión, la madre interpone recurso ante el Tribunal Supremo, invocando interés casacional por infracción de los arts. 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4 de la LO 1/196 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, modificada por la ley 25/2015 de 28 de julio, en cuanto define el interés superior del menor, así como los criterios generales a tener en cuenta para su interpretación y aplicación junto con los elementos para su ponderación y primacía sobre otros intereses concurrentes. Denuncia infracción del art. 39 de la Constitución española sobre la protección a la infancia por los Poderes Públicos, la asistencia de sus padres y en general la protección a los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

El Tribunal Supremo admite el estudio del caso, y, con apoyo en la jurisprudencia de la sala, se reafirma que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, a la vez que recuerda que la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión implica que no puede obviarse este sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como la que se produjo en el caso.

En lo principal, la progenitora alegó la doctrina legal uniforme que indica que el niño tenga un contacto lo más amplio posible con el progenitor no custodio, sobre todo en supuestos de lejanía en las residencias del padre y de la madre no respetando lo resuelto el principio de proporcionalidad, y también se queja de la vulneración del principio del reparto equitativo de las cargas en relación con los gastos de los viajes del hijo, para lo que recordó la sentencia del

Tribunal Supremo 685/2014 de 19 de noviembre de 2014, y la sentencia 301/2017 de 16/05/2017.

En este caso es el tribunal el que, desde la posición del niño, dirime las posiciones de los adultos, para lo cual señala que las mayores molestias serán para el propio niño, al tener que soportar los traslados propiciados por las residencias distantes de sus progenitores. Por esa razón, y teniendo en cuenta que las vacaciones de Semana Santa son cortas, y en aras de una mayor estabilidad en el disfrute de tales vacaciones, modifica lo resuelto, disponiendo que las comparta de domingo a domingo en compañía del progenitor no custodio, que es la madre. También reseñan que en casos como el sometido a juzgamiento, en que los ingresos de ambos progenitores son similares (2), el criterio sostenido es el de repartir al 50% los gastos de desplazamiento del menor, lo que así modifican.

II. Las directivas anticipadas en la designación de apoyo para supuestos de discapacidad. Alcance. Posibilidad de revisión judicial

El mismo tribunal, en fecha 18/07/2018, interviene a partir de una sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia n. 78 de Madrid con fecha 11/07/2016, en la cual se declaró modificada parcialmente la capacidad de obrar de una persona, en las esferas relativas al cuidado de su salud y la administración de sus bienes en lo que exceda de gastos ordinarios, fijándose la cantidad para dicho concepto de 6.000 euros mensuales de acuerdo con su patrimonio, facultándola a disponer hasta esa suma sin autorización judicial o de su tutor. A la par, nombró como figura de apoyo y tutor parcial a la Agencia Madrileña para la Tutela de los Adultos de la Comunidad de Madrid. Las funciones de dicho organismo serían representar a la persona en las actuaciones relativas a: 1) Toma de decisiones y otorgar consentimiento informado en los momentos de descompensación de su enfermedad, sin perjuicio de que en caso de gravedad y urgencia pueda actuar un familiar de acuerdo con el art. 9º de la Ley Básica de Autonomía del Paciente. Dispuso también que el tutor debería vigilar

el cumplimiento del tratamiento obligatorio que se pautó por necesidades de su enfermedad. 2) Para actuaciones complejas o de administración de su patrimonio y en todos los actos relativos a la enajenación o gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, celebración de contratos o actos susceptibles de transacciones, aceptación de herencias sin beneficio de inventario, herencias y liberalidades, asunción de gastos extraordinarios y cesión de arrendamientos, celebración de contratos de préstamo y bancarios, disposición de bienes o derechos a título gratuito. Se concedió que la tutelada podía hacer liberalidades o donaciones por sí misma dentro de la cantidad mensual fijada.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la persona a la que se le estableció el sistema de apoyo. La Sección 24^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 25/07/2017 desestimando el recurso de apelación, al amparo del art. 469.1.3. LEC, por infracción de los arts. 752.1 y 752.3 y, en consecuencia, del art. 24, CE, y doctrina del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial efectiva, la persona cuya capacidad fue restringida interpuso recurso ante el Supremo, alegando denegación indebida de pruebas y sosteniendo que se modificó su capacidad sin oír a sus médicos habituales ni a su tutor cautelar actual, pese a haber sido prueba expresamente solicitada en tiempo y forma. También formuló recurso de casación basado en la infracción de los arts. 199, 200, 322 del Cód. Civil y jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, invocando que la modificación a la capacidad ha de ampararse en cuestiones concretas, suficientes y de tal calado que quiebren la presunción de capacidad de un adulto, y no son admisibles pruebas ni apreciaciones de naturaleza indiciaria. Agregó la infracción a los arts. 215, 222 y 287 del Cód. Civil, la vulneración de los arts. 10 y 14 de la Const. Española y de los arts. 1, 12 y 28 de la Convención de Nueva York de 2006, sosteniendo que toda medida limitativa ha de ser adecuada a la situación real y el criterio restringido de intervención tutelar y finalmente infracción de los arts. 223.2 y 234.1 del Cód. Civil en relación con los arts. 10, 14 y

201.1 de la Convención de Nueva York y doctrina del Tribunal Constitucional sobre tutela judicial efectiva y porque particularmente resistió la anulación de las escrituras de la autotutela y designación de tutor, desconociendo su preferencia por su hermano para desempeñar dicho cargo.

En lo relativo a las pruebas no admitidas, el Tribunal Supremo entendió que carecen de relevancia en razón de que las que han sido practicadas y valoradas en ambas instancias, incluidos los informes médicos, son suficientes para resolver con absoluto conocimiento sobre su capacidad. La prueba practicada incluyó las exploraciones llevadas a cabo en ambas instancias, fundamentales para juzgar capacidad, explorando sus facultades cognitivas y volitivas, a la par que recuerdan que el recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida no son contrarios al interés de la recurrente, sino todo lo contrario.

Advierten las diferencias existentes entre familiares derivadas de los importantes recursos económicos de los que disfruta la persona cuya capacidad se restringe, y del control que de ellos pretende hacerse ante la incontrovertida disminución de su capacidad. Por ese motivo expresa el tribunal: *"El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica"*.

El decisorio concluye que la institución que más se adecua a las limitaciones del recurrente es la curatela, señalando la diferencia, que en el derecho español se expresa en que *"[l]a tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas"*, mientras que *"[l]a curatela es una*

institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse" (3).

Resulta interesante destacar de este fallo que se refiere a la discapacidad como un sistema jurídico que caracteriza como flexible, resaltando que debe adaptarse a la concreta protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la necesidad de determinar la graduación de esa discapacidad. De ese modo se sostiene: "*Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida" (4),* que es a lo que debe conducir el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona.

Como otra cuestión, se analiza la negativa a designar al hermano de la causante como tutor o curador, decisión adoptada debido a que depende económicamente de su hermana y existe un evidente conflicto de intereses, además de una mala relación con el resto de la familia. En ese contexto, el tribunal aborda las directivas anticipadas, cuestión sobre la que se expidió en la sentencia. 298/2017, de 16 de mayo, diciendo: "*Según el art. 234.1, CCiv. (aplicable al nombramiento de curador, dada la remisión a las normas sobre nombramiento que contiene el art. 291, CCiv.), para el nombramiento de tutor se prefiere en primer lugar al designado por el propio interesado conforme al párrafo segundo del art. 223, CCiv. Por tanto, la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que procedan (art. 223, CCiv., debe ser respetada por el juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija".*

Sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, el fallo recuerda que se han pronunciado también las sentencias 504/2012, de 17 de julio, y 373/2016, de 3 de junio, siendo doctrina judicial que el juez no está

vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad. La exigencia reposa en la adecuada motivación del apartamiento, puesto que se reconocen múltiples factores que pueden ser dirimentes para no atender la voluntad anticipada de la persona.

Para fundar la decisión a la que se arriba, la sala hace referencia a que "*[e]l interés superior del discapaz —sentencias 635/2015, 19 de noviembre 2015; 403/2018, de 27 de junio—, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el art. 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado*". En ese contexto, entienden motivado el apartamiento de la designación de tutor al hermano, básicamente porque existen conflictos de intereses patrimoniales.

El fallo, que hemos transcripto en varias partes, analiza sobre la base de las constancias de la causa la razonabilidad de lo decidido en las instancias previas.

III. Filiación extramatrimonial: impugnación y reclamación simultáneas. Ley aplicable

Por sentencia 457/2018, la sala Civil del Tribunal Supremo resuelve el 18/07/2018 un recurso planteando una cuestión jurídica relevante: la aplicación del plazo de un año para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado, cuya demanda fue interpuesta después de la entrada en vigor de la reforma del art. 133, Cód. Civil, operada por la ley 26/2015, de

28/07/2015, con el nacimiento de la menor de edad sobre cuya filiación se reclama ocurrido antes de dicho momento. De ese modo, el conflicto jurídico que la última instancia aborda es la aplicación temporal del derecho vigente, de lo que dependía nada más ni nada menos que la viabilidad de la acción del progenitor reclamante-impugnante.

Los hechos relevantes del caso son los siguientes: el 19/01/2016, P. J. interpone demanda contra G., por la que solicita que se declare que es el padre biológico de T., nacida en el año 2012, se cambien los apellidos de la niña para imponer primero el paterno y segundo el materno, que se establezca la patria potestad compartida con guarda de la madre y un sistema de visitas a favor del padre. Se apoya en los arts. 39.2, CE; 108, 109, 112, 113, 114 y 120.3, Cód. Civil, y 767, LEC. Alega que mantuvo con la demandada una relación de pareja entre agosto de 2008 y diciembre de 2011, con convivencia en diferentes domicilios, y fruto de la cual nació la menor. Añade que la niña nació tras la ruptura de la convivencia de la pareja y que la inscripción en el Registro Civil de su paternidad se vio imposibilitada porque las gestiones que realizó en centros hospitalarios públicos en enero 2012 con el fin de informarse del alumbramiento resultaron infructuosas.

La niña contaba con el reconocimiento paterno de D., por lo que comunica que impugna también esa paternidad.

Contestan G. y D., alegando que la posesión de estado de la filiación coincide con lo que publica el Registro Civil y que el demandante, que declara haber conocido el embarazo desde el primer momento, presenta la demanda cuatro años después, transcurrido el plazo de un año que establece el art. 133, Cód. Civil, en su redacción vigente desde el 18 de agosto de 2015 por obra de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Aducen entonces que carece de interés legítimo (arts. 133 y 131, Cód. Civil) y de legitimación para impugnar una paternidad que se corresponde con la posesión de estado (arts. 134 y 140, Cód.

Civil). Se opone a la solicitud de cambio de apellidos de la niña y a todo vínculo comunicacional.

El 7 de noviembre de 2016 se dicta sentencia en primera instancia por la que se admite la demanda. Entre los fundamentos se dice que la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce la legitimación del progenitor no matrimonial para reclamar su paternidad, aunque no haya posesión de estado, y también por ser una acción accesoria; que la acción no estaba caducada, por no ser aplicable al caso la reforma operada por la ley 26/2015, conforme la cláusula transitoria 1ª, Cód. Civil.

La Audiencia Provincial rechaza el recurso de la progenitora y el padre jurídico. En síntesis, los fundamentos para la confirmación de la sentencia son que la demandada, recurrente en apelación, pretende la aplicación retroactiva de la ley 26/2015. Tiene en cuenta la disposición transitoria 1ª, Cód. Civil, conforme a la cual se regirán por la ley anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Argumentan los jueces que el derecho del padre a reclamar la paternidad se produjo en el momento del nacimiento de la hija, lo que tuvo lugar antes de la reforma de 2015, que no tenía establecido ningún plazo acuciante para ello. Agrega que el art. 133, Cód. Civil, vigente reconoce la legitimación del padre para reclamar la filiación no matrimonial sin posesión de estado y esta legitimación venía reconocida ya antes por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; no aprecian que en el caso se dé abuso del derecho, teniendo por acreditado que el actor se interesó en el nacimiento, pasó en prisión buena parte del tiempo de cuatro años transcurrido, en 2015 pidió un abogado de oficio y en cuanto se lo reconocieron interpuso demanda.

La progenitora interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Por el primero se invoca la vulneración del art. 24, CE, en tanto aprecia un error ostensible y notorio en la valoración de la prueba, insistiendo en que han transcurrido cuatro años, a lo largo de los cuales el demandante se

desentendió de la niña, no la conoce, jamás se comunicó ni le prestó ninguna clase de asistencia. El motivo es repelido con cita de la doctrina de la sala (5) que indica que la apreciación de la prueba impugnada debe afectar a la fijación de los hechos, pero no a la valoración jurídica que se haga de ellos.

Para el recurso de casación, los agravios son dos: 1) infracción de los arts. 2º y 133.2, Cód. Civil, que, en su actual redacción, establece el plazo de un año para el ejercicio de la acción y entró en vigor el 18 de agosto de 2015, por lo que resultaría de aplicación, ya que la demanda lleva fecha de 19/01/2016. Argumenta que la prohibición de aplicación retroactiva establecida en el art. 2.3, Cód. Civil, excluye la aplicación de la ley a los procesos iniciados con anterioridad, pero no a los iniciados después de su entrada en vigor. 2) El segundo motivo es la infracción del art. 133, en relación con el art. 131, Cód. Civil, que exigen un interés legítimo, y de los arts. 39.2 y 9.3, CE. Indica que el ejercicio de la acción de reclamación sería abusivo, sin causa legítima que lo justifique, pues el demandante habría hecho abandono de sus obligaciones como progenitor, la niña estaba integrada a otra familia y la determinación de la filiación respecto del demandante sería contraria al interés de la niña.

El Tribunal Supremo interpreta que cuando se interpuso la demanda de reclamación de la filiación, la nueva redacción del art. 133, Cód. Civil, estaba en vigor, por lo que era aplicable y, puesto que había transcurrido un año desde que el actor pudo conocer el nacimiento de la niña, la demanda debía rechazarse. Se apoya en las siguientes razones:

1) La ley 26/2015, que reconoció legalmente la legitimación activa del progenitor biológico desde el conocimiento de los hechos en que se base la reclamación, y por un año plasma la necesidad de establecer un límite a la acción del progenitor en aras de guardar un equilibrio entre los valores constitucionales y los intereses individuales (6). El legislador debía ponderar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1,

CE), pero guardando la necesaria proporcionalidad con la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Asevera la sentencia que "*el legislador ha considerado que ese equilibrio se alcanzaba mediante la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción, algo que, como el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado, no supone per se una vulneración de los arts. 6º (derecho a un proceso equitativo), 8º (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*".

2) La aplicación del plazo de un año previsto en el art. 133.2, Cód. Civil, a las demandas interpuestas después de su entrada en vigor no comporta la retroactividad de una ley. Al profundizar en este segundo motivo, sostiene que "*[L]a imprescriptibilidad de la acción no estaba declarada en norma alguna y fue resultado de una interpretación jurisprudencial. Esta jurisprudencia, como tal, puede ser modificada cuando exista un motivo que lo justifique y, sin duda, es suficiente justificación la introducción en la ley de un límite temporal al reconocimiento de la legitimación del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial cuando no existe posesión de estado, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional*" (7). Puede advertirse que esta interpretación difiere de lo que acontece en el derecho argentino, donde los plazos establecidos para este tipo de acciones son de caducidad y no de prescripción.

El tribunal interpreta que el legislador consideró innecesario establecer una cláusula transitoria específica, a diferencia de lo que ocurrió en reformas contemporáneas a los hechos, en las que modificó el plazo de ejercicio de una acción como, por ejemplo, la ley 42/2015, de 5 de octubre, que contiene una disposición transitoria específica para la reducción del plazo general previsto para las acciones personales, mediante remisión a la transitoria contenida en el art. 1939, Cód. Civil. A partir de allí, razona que la ley 26/2015 no se ocupa expresamente de la aplicación de la nueva norma contenida en el art. 133.2, Cód. Civil, a las demandas de reclamación de la filiación de nacidos con anterioridad a su vigencia. Si bien la ley contiene varias disposiciones transitorias —dicen—, ellas se refieren a materias ajenas

al objeto de este proceso (cese de los acogimientos constituidos judicialmente, expedientes de adopción internacional ya iniciados, certificación de antecedentes penales, beneficios de las familias numerosas) y una disposición transitoria primera que, bajo la rúbrica de "*Normativa aplicable a los procedimientos judiciales ya iniciados*", establece: "*Los procedimientos y expedientes judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y que se encontraren en tramitación se continuarán tramitando conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial*". El fallo decide, con acierto, que esa disposición solo se ocupa de las normas procesales y procedimentales, pero no del derecho sustantivo aplicable en los procedimientos que se encontraren en tramitación ni los iniciados con posterioridad respecto de nacidos antes de la entrada en vigor de la ley. Concluye, en consecuencia, que rige el principio general de aplicación inmediata de la nueva ley.

Al estimar el recurso de casación, asumen la instancia y desestiman la demanda, puesto que cuando aquella se interpuso, había transcurrido el plazo de un año desde que el demandante, que compartió casi todo el embarazo con la madre, pudo conocer el nacimiento de la niña.

IV. La gestación por sustitución en el ámbito de la Seguridad Social. Reconocimiento legal en función del INSS

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) recurren la sentencia del Juzgado de lo Social del 06/02/2018, dictada en proceso sobre seguridad social, y entablado por E. frente al INSS y la TGSS. Quien resuelve en definitiva con fecha 02/05/2018 es la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por sentencia en la que cabe mencionar que se redacta utilizando lenguaje inclusivo para designar a las personas de uno y otro sexo.

Del relato de los hechos emerge que, en el año 2017, mediante proceso de gestación subrogada, nació en Praga (República

Checa), una niña de nombre E., quien se encuentra inscrita en el Registro Civil del Consulado General de España en Neratovitse (República Checa), constando como padre E. y como madre A. M., de nacionalidad ucraniana, quien fue la mujer gestante, desconociéndose la identidad de la mujer aportante del óvulo. El progenitor requirió la prestación por maternidad que le fue denegada el 27/07/2017 por no haber aportado el solicitante la siguiente documentación: 1) renuncia de la gestante a la patria potestad en documento público; 2) certificación de organismo público de Ucrania de que dicha renuncia no era contraria al ordenamiento jurídico ucraniano. El reclamo administrativo previo confirmó la decisión del INSS.

Se había incorporado al trámite un instrumento fechado el 04/05/2017, por el que la mujer gestante delegaba a favor del comitente la capacidad para llevar a cabo todas las acciones derivadas de los derechos parentales, consintiendo que este sea su guardador. Dicho documento aparece suscrito ante el notario privado de la región notarial de Kiev, y la sentencia de primera instancia hizo lugar al reclamo del progenitor, disponiendo se le abone la prestación.

La Administración señala que su oposición no está motivada porque actualmente entiendan que no es factible reconocer el subsidio de maternidad en los casos de maternidad subrogada, ni que tampoco se opondrían al de paternidad, de haberlo solicitado el Sr. E. El núcleo del problema, aducen, es que figura una persona como madre en el Registro Civil; en consecuencia, la citada podría obtener y disfrutar del subsidio controvertido en su país, así como de otros que traigan causa en la tenencia de un hijo. Todo ello, porque, a su entender, la madre biológica tendría que haber renunciado a la patria potestad a través de un documento público debidamente legalizado, que a su vez fuera conforme a su legislación nacional (8). Concluyen afirmando que es insuficiente que el actor figure como guardador de la niña, pues sería necesario que constara como adoptante, teniendo en cuenta que la legislación ucraniana no permite la renuncia de la madre biológica a la patria potestad de los hijos.

Al resolver, el tribunal recuerda la jurisprudencia dictada en la materia, TS de 25/10/2016, rec. 3818/2016; 30/11/2016, recs. 3183/2015, 3219/2015 y 4105/2015; 29/11/2017, rec. 1430/2016; 14/12/2017, rec. 2066/2017; y 22/03/2018, rec. 2770/2016, de la que emerge la siguiente doctrina condensada en el fallo:

"1) Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del art. 39 de la CN, relativo a la protección a la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la 'realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella' (art. 3.1 del Cód. Civil). 2) La suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el período posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas, pugnando con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería ex lege si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a los menores. 3) Cuando el padre legal está materialmente al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a la protección de la maternidad. 4) En todo caso, la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el art. 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, no puede perjudicar la situación del menor..."

En definitiva la respuesta que se le da a los apelantes, siempre a efectos prestacionales, es que la doctrina del Tribunal Supremo consiste en que no reconoce el derecho a la prestación por maternidad al progenitor que figura como tal en un procedimiento de gestación por sustitución sobre la base de la validez de la renuncia de la mujer que dio a luz al hijo nacido mediante esa técnica, sino en razón de que

ella no ejerce como madre, asumiendo ese papel el solicitante de la prestación, como se daría en un caso de adopción. Con fundamento en el interés superior de la niña, que su domicilio es en España junto a su padre, y el de la mujer que figura como madre lo es en Ucrania, agregando que no se ha demostrado por el INSS y la TGSS que la Sra. A. M. tenga derecho a percibir subsidio alguno de maternidad en Ucrania; prueba que le corresponde, vista su afirmación en sentido contrario, confirman lo resuelto ordenando la prestación.

Referencias bibliográficas

(1) TS, sala de lo Civil, sentencias 2833/2018, 23/07/2018.

(2) En igual sentido, sentencias 664/2015, de 19 de noviembre, y 565/2016, de 27 de septiembre.

(3) En el mismo sentido, las sentencias 298/2017, de 16 de mayo; 530/2017, de 27 de septiembre; 118/2018, de 6 de marzo.

(4) Igual posición se plasmó en las sentencias 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 124/2018, de 7 de marzo; 118/2018, de 6 de marzo.

(5) Conf. sentencia 613/2015, de 10 de noviembre.

(6) El fallo recuerda que así lo había reclamado el Tribunal Constitucional en sentencias 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero, y esa sala en sentencia 707/2014, de 3 de diciembre. En la primera el TS había señalado: *"la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1, CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Pues bien, el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites*

temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, a tal efecto, se prevé que 'en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde' (art. 767.1, LEC, y, anteriormente, el derogado art. 127, Cód. Civil)...".

(7) El Tribunal Constitucional, sala Pleno, por sentencia nro. 273/2005, de 27 de octubre, declaró que la privación al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial faltando la posesión de estado es incompatible con el mandato de investigación de la paternidad (art. 39.2 de la Constitución Española) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española).

(8) El Código de Familia de la República de Ucrania establece en su art. 123: "1. En caso de parir la cónyuge un niño con aplicación de tecnologías de reproducción asistida, y tal aplicación se efectúa tras el consentimiento escrito de su cónyuge, el segundo será inscrito en calidad del padre del niño nacido. 2. En caso de transferir el embrión humano concebido por los cónyuges (marido y mujer) con aplicación de tecnologías de reproducción asistida en la cavidad uterina de otra mujer, los padres del niño nacido de este proceso serían los cónyuges anteriormente mencionados. 3." Se reconoce a los cónyuges como padres del niño nacido por la cónyuge y tras la transferencia en su cavidad uterina al embrión humano, concebido por su cónyuge y otra mujer con aplicación de tecnologías de reproducción asistida".

Día Internacional de la Mujer. Mariela González de Vicel

“No necesitamos flores y una tarjeta, sino tener un trato igualitario ante las mismas condiciones”

Entrevista a la Dra Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://jusnoticias.juschubut.gov.ar/>

Publicado en: JUSNOTICIAS Noticias del Poder Judicial de Chubut.
8 de marzo 2018

[Consultado el: 27/08/2021]

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

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. En esta jornada de conmemoración conversamos con ella sobre el papel que ocupan las mujeres en el Poder Judicial, los obstáculos que deben sortear y los desafíos a los que se enfrentan.

-¿Cuál es la primera reflexión que le gustaría compartir en este día?

Este 2018 me parece un año diferente respecto de las anteriores conmemoraciones. Considero que esta vez la voz femenina se hace oír alrededor del mundo, lo vemos en nuestro país con el movimiento Ni una Menos o a nivel internacional con el MeToo, por señalar algunos, las mujeres, en plural, nos estamos organizando. Sospecho que las distintas estrategias desplegadas por el conjunto de

mujeres, que procuran poner en la agenda pública las problemáticas que nos aquejan, nos conducen a acercarnos a la paridad de acceso a las mismas oportunidades de las que gozan las personas del sexo masculino y eso es irreversible. Esta conmemoración nos encuentra hablando de aborto, de violencia de género, de igualdad en el ejercicio de la responsabilidad en el cuidado de los hijos, de acceso a los más altos cargos públicos y privados, de acoso sexual y feminicidio, cuestionando la desigualdad de remuneración, o la representación política de las mujeres. Y esos temas, que son nuestros temas, por su incidencia y seriedad gracias al activismo femenino, lograron desplazar aquel “*festejo*” de otros años, que era respaldado fuertemente por la publicidad comercial. El día internacional de la mujer es la conmemoración de la lucha por los derechos. No necesitamos flores y una tarjeta diciendo: feliz día; al menos, muchas no lo pretendemos. Necesitamos transitar nuestra vida con igual posibilidad de acceso a los bienes del desarrollo que la que tienen los varones, necesitamos que dejen de matarnos por haber nacido mujeres y que cese la tolerancia al ejercicio de la violencia en sus múltiples formas; también necesitamos que se comprenda que no se trata de una competencia de poder donde “*nosotras*” queremos desplazar a “*ellos*” imponiéndonos; lo que reclamamos es tener las mismas oportunidades de acceso a bienes, de posibilidad de vida y ocasión de vida digna, y de trato igualitario ante las mismas condiciones.

-¿Cuáles son los desafíos que has debido afrontar en el Poder Judicial por ser mujer?

Los mismos que afrontamos todas las mujeres en los espacios laborales: la lucha contra los estereotipos, esas ideas impuestas como generales que muchas veces traen anexada la consecuencia de situaciones abusivas. Doy el ejemplo más usual: una jueza pro activa e insistente es considerada “*histérica*” cuando realiza planteos y los sostiene en el tiempo; un juez con esas mismas características es descrito como “*batallador y comprometido*” y hasta es probable que logre lo que busca en menos tiempo. Consecuencia de esos posicionamientos que no se revisan por quienes los despliegan, y de la

ausencia de perspectiva de género genuina dentro de los distintos estamentos del Poder Judicial, no han sido pocas las ocasiones en que he sentido la desigualdad de trato y de acceso a las mismas oportunidades.

-¿Cuáles son los grandes desafíos que se presentan para los Jueces de Familia?

La realidad económico-social es un factor de enorme incidencia en nuestra tarea. No puedo soslayar que persisten las dificultades de acceso a bienes y servicios, y eso conduce a lo que denominamos la feminización de la pobreza, esto es, más cantidad de mujeres afectadas por el empobrecimiento económico de las familias. Las políticas sociales están en franco retroceso o no están en agenda, y las consecuencias se ven de manera directa en el fuero: los Servicios de Protección de Derechos desmantelados y al garete en lo que hace a organización y mucho más en relación a programas adecuados para restituir derechos vulnerados; políticas públicas de educación sexual y reproductiva, o de género, detenidas, con menos o nulo presupuesto, cuando no en etapa de revisión, soslayando que esa actitud gubernamental implica un fuerte desconocimiento de principios de derechos humanos, como el de no regresividad; persistencia de falta de programas comunitarios adecuados para abordar la compleja situación de la violencia familiar, en especial dirigidos a los victimarios. La labor de los jueces de familia en lo tocante a la violencia familiar y de género no puede mirarse de forma aislada. Los jueces de todos los fueros no podemos funcionar como compartimentos estancos, y en ese sentido me interesa poner de resalto algo que parece no ser tenido en cuenta por los colegas: las reglas convencionales indican que el Estado tiene el deber básico de prevenir, sancionar y erradicar esta pandemia. En el caso de la sanción, valerse de la consideración de “*última ratio*” del sistema penal genera impunidad, se transforma en un slogan que, en definitiva, no da respuesta porque no sólo no soluciona el conflicto, sino que lo potencia. En especial cuando se rechaza la intervención penal a las puertas del conflicto, o se la reduce a una pseudo imposibilidad

probatoria que tienen más que ver con posiciones ideológicas que con realidades.

-¿La Justicia trabaja con perspectiva de género o queda un largo camino por recorrer?

Hay mandatos constitucionales que nos obligan, como miembros del Poder Judicial, a utilizar la perspectiva de género en nuestra tarea. Frente a esa responsabilidad, se adoptaron medidas más o menos eficaces, que van generando algunos cambios. Enfrentamos siglos de sometimiento y no podemos pretender una igualdad real en un tiempo que, en términos de humanidad, es brevísimo. Máxime si lo circunscribimos sólo al desempeño laboral dentro del servicio de justicia, sin revisar las prácticas cotidianas, sin que las universidades, los colegios, las escuelas, introduzcan la cuestión de género en la currícula, sin políticas públicas serias y económicamente sostenidas a lo largo del tiempo que aborden de manera integral la problemática de género. Frente a esa realidad más macro, pienso que se avanzó bastante en la provincia en varios aspectos, pero es insuficiente. Por poner un ejemplo: como replicadora de un programa de la CSJN vinculado a la problemática de la perspectiva de género, junto con otros y otras colegas brindamos talleres destinados a miembros del Poder Judicial, con gran aceptación de los asistentes. Esa actividad no era remunerada, insumía mucho tiempo y esfuerzo de nuestra parte, no éramos reemplazados en nuestras tareas que nos esperaban, y sin embargo lo sostuvimos con entusiasmo y convicción. Un buen día, ya no fue posible continuar por falta de fondos para cubrir los gastos de traslado. Una deuda pendiente es cubrir finalmente el cargo de la Oficina de la Mujer, que si es llevada adelante conforme los objetivos trazados, podrá profundizar hacia adentro de nuestra organización esta necesidad social de construir para reconstruir desde la igualdad. Y otra cuestión que considero fundamental es la vinculada con los medios de comunicación, que sostienen o desmoronan paradigmas por la potencia de su quehacer. No podemos perder de vista esa potencialidad, y nuestro deber como operadores del Derecho es

transmitir cómo funcionamos. Aquí encuentro un punto de partida recién incipiente y un verdadero largo camino por recorrer.

-¿Considera que la Justicia “es más humana” cuando está en manos de una mujer?

La Justicia es aquella utopía de la que hablaba Galeano y que procurar acercarnos a ella es un deber de quienes tenemos espacios de decisión en el Poder Judicial. La pregunta parece partir de una premisa, que la Justicia no es todo lo humana que podría y da la sensación de que también enmascara estereotipos, por aquello de lo sensible que se atribuye al universo femenino y que asocio a la frase “*más humana*”, como una suerte de antónimo de la objetividad de juicio que se atribuye al mundo masculino. La tarea de “*dar a cada uno lo suyo*”, la idea de justicia en términos aristotélicos, es una actividad que realizamos hombres y mujeres con mayor o menor acierto, con un soporte teórico determinado –las constituciones y las leyes– y con una ideología personal. Quien no reconozca esto último, o ignora cosas de sí mismo o no dice toda la verdad. Insinúo, entonces, que una primera cuestión sería el trabajo personal de cada juez o jueza en el reconocimiento de sus propios condicionamientos de género, clase, religión u otros que conforman su ideología, para acceder a la tarea de juzgar desprovistos en la mayor medida posible de esos condicionantes que, antes o después, se traducen en arbitrariedad. Pero antes de la sentencia se transitó el proceso, y es en esa etapa en la que creo que la pregunta tiene su asidero: la ciudadanía se siente desprotegida o alejada del servicio de justicia, y es a partir de esto que se dictan leyes, directrices, acordadas, tendientes a corregir esos desvíos. La “*humanización*” se logra –a mi criterio– aplicando a lo largo de todo el derrotero que es el proceso, los principios y los tratados de Derechos Humanos y siendo consientes en cada acto que llevamos a cabo, que prestamos un servicio público. No puedo dejar de mencionar la gran deuda que tiene la sociedad chubutense con el género, y que se ve con sólo mirar los diarios. Un Poder Ejecutivo donde la figura masculina es preponderante tanto en el primer cargo como en los ministerios, un Poder Judicial donde ese esquema se

repite en los cargos más altos, un Poder Legislativo donde poco a poco –y merced a la herramienta de la ley de paridad de género– esta falencia se va solucionando. La importancia de las normas que imponen la paridad de género radica en que se trata de un recurso del activismo feminista, una estrategia que otorga la posibilidad de acceso igualitario a las mismas oportunidades, que –debo decirlo– no se garantiza con “*poner una mujer*”, sino que se llena con integrar los espacios con personas que abracen la perspectiva de género como necesidad para el logro de la igualdad.

Los alimentos en medio de la crisis económica

Por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: Diario DPI cuántico (Derecho para Innovar)

Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos

Año 2 N° 41, 13/09/2018

[Consultado el: 02/09/2021]

1.-Aclaración preliminar

El derecho alimentario de los hijos plantea, desde siempre, una vasta gama de situaciones y conflictos que el sistema legal y jurisprudencial se ocupó y ocupa de resolver. La intención de este trabajo es limitada a uno de los varios aspectos que involucra, señalando que es nutrida y de gran profundidad la doctrina en la materia (2), y que por razones de espacio nos ocuparemos de la oportunidad de inicio de cómputo y cuantía de los intereses de la obligación alimentaria, una vez fijado su valor en dinero.

No parece ocioso destacar que siempre que se encare el tema de la obligación alimentaria de los progenitores respecto de los hijos menores de edad, se trata de derechos que deben ser dirimidos bajo el principio de tutela efectiva.

¿Cuál es el motivo y el alcance de esta afirmación? Ocurre que desde el sistema jurídico internacional(3) y desde el constitucional nacional(4) ciertos derechos fueron ponderados como de especial protección, y en ese esquema se incluyen los que involucran a los niños, niñas y adolescentes, y los relativos a los alimentos en

particular, porque hacen al desarrollo de la persona durante la especial etapa que constituye el tránsito hacia la madurez y plena autonomía.

La tutela que el Estado tiene el deber de procurar en el Derecho de las familias discurre básicamente por cinco aspectos:

- 1) oportunidad de acceso al servicio de justicia;
- 2) amplificación de los poderes/deberes de jueces y juezas traducido en activismo procesal;
- 3) desarrollo de los procesos con miras a la verdad real;
- 4) acentuación del deber de colaboración de las partes en lo atinente a las pruebas de los hechos;
- 5) sentencias justas y razonables en contenido y dictadas en tiempo útil(5), aspectos que en los juicios de alimentos cobran especial relevancia.

2.-La cuota alimentaria y la economía argentina

Parece imposible abordar el tema propuesto sin señalar –muy rápidamente– que las debacles financieras y económicas de nuestro país han impactado e impactan de manera directa en la cuestión alimentaria. Un ejemplo elocuente de esa afirmación aparece durante la vigencia de la Ley 23.928, que establecía la prohibición de indexación o actualización automática de las obligaciones dinerarias, por la que algunos tribunales entendieron que tratándose de una obligación de tracto sucesivo, las cuotas alimentarias fijadas por sentencia o por convenio, estaban alcanzadas por esa prohibición; mientras otros interpretaron que se eximían. El criterio dispar da lugar al dictado del famoso fallo plenario del 28/02/1995(6) que por mayoría resolvió que los arts. 7 y 10 de la Ley de convertibilidad eran de aplicación a las obligaciones alimentarias, y por lo tanto no podían admitirse mecanismos de actualización. Otro ejemplo es la entrada en vigencia de la ley 25.561 de Emergencia Económica y Reforma del régimen cambiario el 6/01/2002 conteniendo similar prohibición, que fue sucesivamente prorrogada hasta la ley 27.200 que la extendió hasta el 31 de diciembre del año 2015, en que concluyó su vigencia.

Frente a esas realidades, siempre fue la jurisprudencia la que intentó equilibrar la balanza, y así surgieron como alternativa el planteo de sucesivos incidentes de aumento de la pensión fijada(7) y otras respuestas superadoras como la determinación de cuotas escalonadas(8), o actualizaciones conforme al incremento de determinados rubros que integren la mesada, como por ejemplo disponer aumento automático proporcional al de la cuota del colegio privado al que asisten los hijos(9), la cuantía de la prepaga, la telefonía celular, el transporte escolar, etc.; o el pago de determinados rubros en especie, como ahora se reconoce expresamente en el art. 659 del CCyC.

3.- Las facultades del juez y las posibles maneras de corregir desequilibrios.

Con la referencia anterior, nos proponemos advertir acerca de que la protección de la intangibilidad de la cuota alimentaria es una cuestión distinta a las acciones reconocidas por la ley o la creatividad de la judicatura para la ejecutabilidad de la misma(10) que también forman parte de la tutela judicial efectiva.

Sabemos que la obligación alimentaria es una deuda de valor que queda fijada como dineraria al momento del convenio o la sentencia, y que los montos así determinados son exigibles retroactivamente desde la interposición de la demanda o la etapa prejudicial -según los distintos sistemas procesales- o desde la interpelación fehaciente(11). La determinación de la fecha desde la cual se deben los alimentos da lugar a establecer el monto a ejecutar y marca el comienzo del cómputo de los intereses aplicables hasta el efectivo pago, y debe ser consignada en el fallo, así como la tasa que se aplicará en caso de mora.

Los intereses no son otra cosa que un modo de "*resarcir*" al beneficiario del crédito por el daño producido por no haber contado con los bienes necesarios para satisfacer sus necesidades en forma oportuna (moratorios) y el uso de dinero propio a esos efectos

(compensatorios). Es evidente, entonces, que se diferencian absolutamente de las pautas de actualización para mantener indemne la cuota, aunque pueden resultar una herramienta de amenaza punitiva muy útil a la hora de vencer la resistencia de los alimentantes al pago de la obligación. Vamos ahora a su imposición.

En general, junto con el traslado de la demanda de alimentos(12) se establece una suma provisional para satisfacer las necesidades más urgentes durante el transcurso del proceso, la que, cuando se determinan los definitivos, será descontada del monto final. Resulta una buena práctica que la sentencia definitiva establezca en un apartado específico las reglas que regirán esa cuota suplementaria, e incluya forma de pago —en un único monto o en cuotas— y eventualmente los intereses(13) y la tasa aplicable.

Una cuestión que puede merecer reparos es el supuesto de un juicio de alimentos iniciado que se concilia, y el convenio nada establece sobre los intereses ni sobre las cuotas devengadas, acordando que rige desde la fecha de su celebración. Teniendo en cuenta que el efecto retroactivo de la pensión alimentaria está dispuesto legalmente, parece válido interpretar que se trata de la renuncia a cuotas devengadas y no percibidas, con lo cual, tratándose de una abdicación de contenido patrimonial del derecho —y no del derecho mismo— no podría objetarse como violatorio del orden público.

En cuanto a la tasa de interés aplicable —dispuesta en el art. 552 del CCyC(14) —, las deudas por alimentos devengan intereses a partir del plazo fijado en la sentencia para el pago de las cuotas respecto de las posteriores a aquélla, y a partir de la constitución en mora desde el vencimiento de cada período, respecto de las anteriores(15). Los alimentos se fijan para ser abonados por períodos adelantados y nace así la obligación de pagar a partir de determinada fecha, de tal suerte que la condena accesoria al pago de intereses no depende de que el fallo o convenio establezca expresamente el pago

de esos accesorios, ya que se devengan por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación asumida.

A tres años de vigencia del Código Civil y Comercial, ya es conteste la interpretación de que “tasa más alta” es la activa. Recordemos que se denomina tasa de interés pasiva a la que pagan las entidades por los depósitos que efectúan los clientes en caja de ahorro y en plazo fijo, e incluye la retribución al capital, la inflación esperada para el período y algún riesgo mínimo de que la entidad no devuelva los fondos. La tasa activa, en cambio, es la que cobran las entidades financieras por los préstamos que otorgan a sus clientes y se compone con el costo de la captación de los depósitos (tasa pasiva), los gastos operativos, el riesgo de mora e incobrabilidad, la incidencia fiscal y la utilidad esperada(16). Al respecto, es posible aplicar la tasa activa de algún otro banco oficial o privado, si por caso fuese más alta a la entidad nacional, como lo señaló con mucho acierto la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia(17), siempre y cuando el caso y sus ingredientes conduzca razonable y fundadamente a que así se determine, por ejemplo, cuando se trate de alimentantes sistemáticamente remisos.

Como última cuestión relativa al punto que nos propusimos desarrollar, la vinculada con la posibilidad de aplicar intereses a los montos liquidados como cuota suplementaria. Nada obsta a que la diferencia entre la mesada fijada por convenio o sentencia y la abonada como medida cautelar devengue interés compensatorio del uso del capital ajeno, en razón de que lo no pagado por el alimentante fue cubierto por el restante progenitor. Sin embargo, siendo discutido el monto del emolumento, la tasa que la ley dispone para los supuestos de mora podría no ser de obligatoria aplicación pues, en definitiva, si fueron abonadas en tiempo y forma no se está en presencia de un incumplimiento; y así podría válidamente disponer la sentencia que esas sumas devenguen un accesorio por intereses compensatorios equivalente a la tasa pasiva. Si se establece que se abonará en un solo monto o en cuotas, y se produce la mora del deudor, la tasa aplicable es la activa o más alta prevista en el art. 552.

Referencias Bibliográficas

- (1) Jueza a cargo del Juzgado de Familia N° 1 de la ciudad de Esquel, Chubut.
- (2) Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel (dirs.), Alimentos, ts. I y II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (dirs.), Tratado de derecho de familia (según el Código Civil y Comercial de 2014), ts. II y III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014; Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, ts. II y III, Infojus, www.infojus.gov.ar; Lorenzetti, Ricardo (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, ts. II y III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014; Fernández, Silvia (dir.), Tratado de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, La Ley, Buenos Aires, 2015 entre otros.
- (3) D.U.D.H, arts. 3, 25, C.A.D.H., arts. 4 y 26, P.I.D.E.S.C., art. 11 en tanto refieren al nivel de vida adecuado, incluyendo la alimentación, vestido y vivienda; y en particular la C.D.N., art. 27 que refiere al derecho al nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social
- (4) C.N. arts. 18, 75 inc. 19, 22, 23, 118
- (5) Berizonce, Roberto, *“El juez acompañante en los procesos de familia”*, Revista de Derecho Procesal, Procesos de Familia, Año 2015-2, Rubinzal-Culzoni, Sta.Fe, págs. 188 y stes.
- (6) CNCiv., en pleno, La Ley, 1995-B-487, DJ, 1995-1-928, ED,162-214, JA, 1995-II-49
- (7) Es de hacer notar que si bien resultaba una estrategia útil, lo cierto es que los incidentes de aumento debieran prosperar si varía la situación que les dio origen, es decir: mayores necesidades del alimentado o la fortuna del alimentante, siendo forzado incluir en las primeras la problemática inflacionaria que se traducía en incremento de bienes y servicios probablemente contemplados en la pensión originaria. Además de la vulneración a la economía familiar y procesal que importaba el planteamiento sistemático de incidentes de

modificación, y la contradicción de no aplicar una ley por considerarla legítima, pero hacer lugar al planteo de la parte por la realidad inflacionaria.

(8) CNCiv., Sala B, 31/05/2013, elDial.com AA822A; CNCIV, Sala M, 09/06/2017, Expte. N° 31621-2014, “A., K. J. y Otros c/ G., R. G. s/ alimentos”; CApel.Civ.Com. de General Pico (La Pampa) 16/11/2016, Expte. N° 5710-15 - "P. c/V. s/ alimentos", entre muchos

(9) CNCIV, Sala D, 17/10/2017, Expte. n° 45.372/2015, “D., I. M. y otros c/ B., L., D. s/ Aumento de cuota alimentaria”, elDial AAA2F6

(10) Medidas cautelares, astreintes, coacción personal del moroso, inclusión en registros especiales, retiro del carnet de conductor, privación de la libertad, etc.

(11) El art. 548 del CCiv.yCom., dispone: *"Los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses de la interpelación"* por lo que habilitaría que el reclamo se retrotraiga incluso a la carta documento previa a la etapa de mediación o avenimiento.

(12) A veces antes de ella, en el contexto de procedimientos cautelares o de violencia

(13) Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel (dirs.), Alimentos, cit., t. II, p. 243.

(14) El art. 552 del Código dispone: *"Las sumas debidas por alimentos por el incumplimiento en el plazo previsto devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso"*

(15) C. Nac. Civ., en pleno, 14/7/1976, "M. de M. I. v. M. R. O.", LL 1976-C-174; JA 1976-III-642. *La obligación alimentaria tiene carácter de deuda de valor, por cuanto tiende a proveer al alimentado de los recursos necesarios para su subsistencia. Pero una vez determinada en cuotas, se convierte en deudas de dinero, que quedan fijas con el transcurso del tiempo cuando no son abonadas en término. Por lo tanto, es innegable que las cuotas alimentarias impagas devengan intereses a partir del vencimiento del plazo fijado en la sentencia, respecto de las pensiones posteriores a ésta; y a partir de la constitución en mora desde el vencimiento de cada período, con relación a las cuotas anteriores"*

(16) Pagés, Hernán, "*¿Es sostenible que la tasa pasiva siga siendo aplicable en materia de atrasos alimentarios?*", RDF 38-109

(17) C. Apel. Comodoro Rivadavia, "*G., S. I. s/ homologación de convenio*", expte. nro. 224/2016, venidos del Juzg. Letrado de Primera Instancia de Familia nro. 2 (expte. nro. 768/2015), 7/7/2016

Reversión del sistema de cuidado: conflictos entre adultos que impactan en el principio de coparentalidad y lo desplazan

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 87, 403

Cita Online: LALEY AR/DOC/3525/2018

[Consultado el: 04/06/2021]

*"Te has fugado
Me hago humo
Den la alarma
Ensayo general para la farsa actual
Teatro antidisturbios".*

Patricio Rey y sus Redonditos de Ricota, *"Vencedores vencidos"*.

I. Palabras iniciales

Estimamos necesario realizar el comentario del fallo con una aclaración preliminar acerca del sistema anterior y el vigente desde el año 2015, en que se produjo la unificación de los Códigos Civil y Comercial, dejando asentadas las principales modificaciones en torno a la anteriormente denominada *patria potestad* y ahora mejor denominada *responsabilidad parental*. En primer lugar, por la profundidad de esa variación desde el punto de vista de uno de los principales derechos de la persona humana: la igualdad y no discriminación; en segundo término, y vinculado con lo anterior, porque se advierte en los progenitores —y en otros adultos relevantes para el NNA— la persistencia en la resistencia a la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, y finalmente

porque también se observa en la práctica que los y las operadores del derecho parecen tener cierta dificultad en la aprehensión de la *coparentalidad* como principio constitucional convencional a ser resguardado, advirtiendo con igual énfasis que esa calidad de principio general no le confiere condición de inmutabilidad.

A grandes rasgos, y recordando que la modificación que se produjo en el ámbito jurídico con la unificación de los Códigos tuvo dos ejes relevantes, como son: a) la constitucionalización y convencionalización de las relaciones de derecho privado, y con ella la obligada perspectiva de aplicación del derecho en clave de derechos humanos, y b) que se realizó con el aporte de la doctrina y la jurisprudencia más especializada y actual, dando respuestas equilibradas a conflictos dilemáticos y estructurándose con normas permeables que posibilitan una interpretación jurídica dinámica, acompañada a las realidades netamente variables de la convivencia humana, se abordará el comentario con una prevención: el principio de paridad de acceso a oportunidades y trato está en estricta vinculación con el derecho a la igualdad de las personas, y es en ese contexto constitucional en que los casos judiciales deben ser dirimidos.

II. Del ejercicio del poder: Tránsito desde la autoridad paterna hacia la corresponsabilidad parental

La evolución jurídica del ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres puede caracterizarse de lenta durante el siglo pasado y de vertiginosa en el presente. En efecto, desde aquellas leyes estructuradas casi como concesiones de prerrogativas a personas con "*minusvalía intelectual*" a las actuales normas impulsadas para la visibilización del desequilibrio estructural que afecta al colectivo femenino —y a otros grupos fragilizados, y no pocas veces a una misma persona atravesada por múltiples vulnerabilidades como las niñas indigentes, las ancianas discapacitadas, las mujeres madres, trabajadoras, pobres, pertenecientes a minorías étnicas, migrantes, etc.— se transitó, desde la legislación, un camino fructífero. Muestra

clara de ello es lo acontecido en relación con el ejercicio de los derechos, entre otros, de los derivados de la procreación, ya que en el Código de Vélez la mujer era una incapaz de hecho relativa y existió una prevalencia masculina tanto en la función parental como respecto de la mujer en todo ámbito en que se la habilitaba a desarrollarlos.

En ese contexto originario, la *patria potestad* era entendida como un derecho del hombre sobre las personas y los bienes de los hijos, que recién incorpora la noción de obligación con la ley 10.903, continuando el ejercicio reconocido únicamente a los padres, y sólo en caso de muerte o pérdida transferido a la madre. La ley 11.357 reconoció capacidad civil a las mujeres y derechos respecto de los hijos a la madre natural, la legítima y mujer mayor casada en segundas nupcias; sin embargo, es recién con la ley 23.264 en que se produce un cambio que importó un mayor acercamiento a la igualdad real, al introducirse el ejercicio compartido de la formación, protección y cuidado de los hijos e hijas y el reconocimiento a ambos progenitores para ejercer la función de la crianza.

De ese rápido extracto histórico emerge una evolución que, si bien posicionó a las mujeres en un lugar de mayor igualdad en términos de ejercicio de derechos, en relación con los hijos mantuvo la noción de patria potestad, entendida en un primer estadio como derecho del padre y más adelante como derecho-deber (1) que debió variar —necesariamente— en función de los nuevos aires impregnados por la influencia de los tratados de derechos humanos, merced a los cuales la familia dejó de ser una entelequia inexpugnable para ser considerada un ámbito de desarrollo de las personas que la integran, prioritaria para la formación y el ejercicio de los derechos que titularizan los individuos que la componen, y donde la verticalidad del poder del hombre fue paulatinamente sustituida por la horizontalidad del ejercicio de la función de cuidado y provisión de bienes materiales y afectivos para el desarrollo de los hijos en común. Sucintamente dicho, es así como se arriba a la noción actual, que hace prevalecer los deberes en cabeza de los adultos por sobre los derechos que pudieren pretender, y que en definitiva no dejan de ser

obligaciones a su cargo con la misma finalidad: la protección, el desarrollo y la formación integral de los hijos e hijas, lo que también se tradujo en el lenguaje jurídico a partir de la denominación como "*responsabilidad parental*" que hoy se lee en el art. 638 del Cód. Civ. y Com. (2).

La modificación de los términos con que son regulados los deberes de los progenitores respecto de su prole escogiendo la palabra *responsabilidad* pone su acento no tanto en la autoridad de los adultos —y así desplaza la idea de poder— sino más bien en subrayar las obligaciones de auxilio para el logro de una autonomía social de las personas menores de edad, obtenida mediante un acompañamiento del crecimiento seguro, al amparo del cumplimiento de los deberes asignados mediante una guía que importe transmisión de directivas cada vez menos intensas conforme al avance hacia la madurez (art. 5º, CDN). A esa consideración ha de sumarse que el término *responsabilidad* permite ubicar el correcto alcance de esta primordial tarea, en cuanto a que incluye un accionar de interacción activa donde debe circular la palabra, de relaciones de coordinación donde debe primar el consenso (3), en la que las decisiones se adopten siempre en miras a satisfacer el interés de los hijos/as (4), y sin abdicar del rol primordial, que es guiarlos/as hacia una madurez saludable.

En el marco del presente comentario, interesa recordar que en el régimen diseñado por la ley 23.264 era la convivencia o separación de la pareja parental la que determinaba la posibilidad de ejercicio principal de la función de atención del derecho de los niños a su cuidado y formación integral. En efecto, el Cód. Civil reconocía el ejercicio conjunto cuando ambos progenitores convivían en razón del matrimonio (art. 264, inc. 1º, Cód. Civil), y se atribuía a uno solo de los miembros de la pareja —generalmente la madre— cuando se producían la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio (art. 264, inc. 2º, Cód. Civil) mediante la figura de la "*tenencia*", merced a la cual el ejercicio de la función recaía en aquel progenitor que convivía con el hijo, y tomaba a su cargo y responsabilidad todas las decisiones vinculadas con el ejercicio de los deberes y derechos, reservándose al

otro/a un derecho de adecuada comunicación y supervisión de la educación. La situación de concentración de funciones en aquel que había obtenido la convivencia exclusiva era similar para los hijos extramatrimoniales, pues se reconocía un ejercicio conjunto en caso de convivencia, pero unilateral en supuestos de que ella no se diera y a cargo de quien detentara la guarda convencional o judicial.

Ese esquema daba como resultado un progenitor principal o preponderante y otro periférico o difuso, se traducía generalmente en una sobrecarga de tareas para las mujeres —mayormente depositarias del rol—, provocaba conflicto de lealtades en los niños, niñas y adolescentes, utilización de ellos como botín de guerra, confinamiento de uno/a como proveedor económico y el/la restante a cargo de todas las tareas propias de la crianza, con posibilidad de adoptar decisiones —a veces decisivas— sin diálogo, consulta o colaboración positiva, e incluso propendiendo a profundizar en los hijos la sensación de abandono propia del cese de la convivencia bajo el mismo techo.

La derivación del sistema así diseñado era que el progenitor que no ejercía la tenencia no tenía la posibilidad de formular oposición a nivel extrajudicial, tal lo disponía el art. 264, inc. 1º, del Cód. Civil, y no se le reconocía la posibilidad de iniciativa ante la inactividad del que detentaba la custodia, lo que hacía que ante toda discrepancia u oposición sólo le fuera posible la judicialización (art. 264 ter, Cód. Civil).

Uno de los mayores aportes del Cód. Civ. y Com. es que el sistema de responsabilidad parental instaurado hace desaparecer la incidencia del carácter matrimonial o extramatrimonial del hijo, y la influencia de la situación de ruptura de las parejas no incardina en el principio general que ha de seguirse: el ejercicio conjunto. Por otro lado, dispone que cuando algún progenitor adopta alguna decisión respecto de los hijos (a excepción de las establecidas en el art. 645, que requieren expresamente la expresión de la voluntad conjunta), se parte de la presunción de consentimiento del restante y la posibilidad

de oposición del otro/a en el ámbito extrajudicial comunicada por cualquier medio, evitando de ese modo la judicialización como primer recurso para la solución del posible conflicto (arts. 641, incs. a y b; 645; 649; 652; 654 del Cód. Civ. y Com.).

Junto con la desaparición de la preferencia materna en la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental del art. 206 del Cód. Civil (5), este sistema es el que mejor contempla el derecho de los niños, niñas y adolescentes a relacionarse con ambos progenitores (arts. 7º, 8º, 9º, CDN; art. 7º, ley 26.061); da continuidad a la función de cuidado, formación integral, acompañamiento en el desarrollo en similares condiciones a las que existían antes de la ruptura de la pareja y promueve la igualdad de la responsabilidad del binomio parental en relación con el sujeto a quien se le debe garantizar en mayor medida sus derechos: la persona menor de edad.

En definitiva, es en este instituto de la responsabilidad parental donde parece verse más claramente el reacomodamiento de la circulación del poder dentro de los espacios familiares, no sólo por la redistribución de las funciones entre los adultos, sino porque los principios que la rigen (art. 639, Cód. Civ. y Com.) permiten advertir que la ley procura la participación activa de los hijos en los asuntos familiares, siempre en un contexto dialógico y formativo de ellos.

III. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental: sistema actual

La regulación legal profundiza el derecho a la co-parentalidad en el sentido de mantener la noción de titularidad, referida al conjunto de deberes y derechos (entendidos como funciones para el cumplimiento del rol parental) que se reconocen a los progenitores en igualdad de condiciones y para ser actuados por ambos. Puede escindirarse del ejercicio, que junto con el cuidado también son reconocidos en el art. 640 como figura legal derivada de la responsabilidad parental (6). El ejercicio implica la posibilidad cierta de efectivizar la función, sin que deba perderse de vista que en

ocasiones se dan situaciones en las que es imposible practicarlo —por ejemplo, cuando un progenitor debe ausentarse del país y dejar al hijo por un período prolongado de tiempo—, tornándolo realizable en un tiempo distinto, sin que por eso se pierda la titularidad. Por último, el cuidado se relaciona con la cercanía diaria, la convivencia efectiva y cotidiana para el desarrollo de la función parental, pudiendo o no coincidir con el ejercicio pleno y manteniéndose la titularidad, como ser el caso en comentario, en que estaríamos ante un supuesto de ejercicio conjunto con cuidado unilateral y régimen comunicacional acotado.

En la actualidad el art. 641 dispone un sistema legal prioritario: el ejercicio de la responsabilidad parental pertenece a ambos progenitores, presumiéndose que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro. Este principio general puede ser modificado por motivos fundados tanto por los progenitores como por los jueces y *rige con independencia de si la pareja parental convive o no*, y esté o no casada, a diferencia de lo que acontecía en el régimen derogado. Significa que la ley promueve la coparentalidad, la reconoce, la sostiene y escoge como preferente a la hora de entender el interés superior de los niños, niñas y adolescentes el sistema compartido que se reconoce para las parejas convivientes, para ser mantenido también para la etapa ulterior de separación de los adultos, ponderando el derecho de las personas menores de edad a relacionarse con ambos. De igual modo, el sistema admite esa posibilidad para el supuesto del hijo o hija no reconocido espontáneamente, aunque en este caso se requiere acuerdo de los progenitores o que el ejercicio conjunto se resuelva judicialmente en función del interés superior del niño, niña o adolescente, pudiendo establecerse distintas modalidades (art. 641, inc. e, Cód. Civ. y Com.).

El ejercicio conjunto, compartido o biparental procede aun si el hijo o hija reside principal o exclusivamente en la vivienda de uno de los progenitores, pues ambos adoptan las decisiones a su respecto, o consienten las que toman uno u otro durante el ejercicio del cuidado conforme la modalidad que haya asumido el contacto material dado

por la cercanía física (7). No debe confundirse el ejercicio compartido —principio general— con el cuidado compartido alternado, en tanto este exige la residencia del niño por períodos equivalentes con cada uno de los progenitores, y aparecería un progenitor como ejerciente de manera preponderante la responsabilidad parental y el otro con un ejercicio atenuado, lo que explica la decisión legislativa de considerarlo al sistema como subsidiario del cuidado compartido indistinto, que es el que se propone como regla (arts. 651 y 656, Cód. Civ. y Com.). Vale aclarar que el punto en común entre ambos —ejercicio compartido de la responsabilidad parental y cuidado compartido alternado— es que el poder de decisión respecto de los aspectos que atañen los hijos, en principio, se comparte entre ambos progenitores, aunque si el ejercicio es conjunto con cuidado compartido alternado, el poder de iniciativa varía según qué progenitor lo esté ejerciendo, turnándose cada período o bloque temporal en que despliega la supervisión de los aspectos cotidianos de la vida del hijo, y siempre bajo la idea de que se presumirá la anuencia del otro, salvo expresa disconformidad.

El principio general de ejercicio conjunto tiene las siguientes excepciones contenidas en el art. 641: a) acuerdo de los progenitores atribuyéndolo a uno solo; b) decisión judicial que dispone ejercicio unipersonal; c) acuerdo o decisión judicial estableciendo modalidades de ejercicio conjunto para algunas cuestiones y unipersonal para otras, o autorizaciones específicas para actos determinados; d) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental se vuelve unipersonal, pues es inviable que sea conjunto; e) supuesto de un solo vínculo parental, pues hay un único titular para el ejercicio de la responsabilidad parental.

En los casos en que el ejercicio derive en desacuerdos entre los progenitores, el art. 642 del Cód. Civ. y Com. dispone la posibilidad de cualquiera de ellos de recurrir al juez competente, que resolverá por el procedimiento más breve, con audiencia de los interesados (progenitores, niño, niña o adolescente y Ministerio Público). Interesa señalar que, conforme esa norma, si los desacuerdos

son reiterados o es evidente que existen elementos para considerar que se entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, *el juez puede atribuir el ejercicio total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos funciones*, y por un plazo que no puede exceder los dos años. La decisión se adoptará pudiendo disponer intervención interdisciplinaria, y también ordenar el tránsito de las discrepancias por la mediación, ambas posibilidades consignadas como facultad judicial, que sin embargo deben ser interpretadas más bien como una obligación o carga en función de los principios que gobiernan los procesos de familia (arts. 706, 709, Cód. Civ. y Com.), siendo deber ineludible oír al niño, niña o adolescente y atender su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez (art. 707, Cód. Civ. y Com.).

IV. Ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado (8)

Toca ahora ingresar en aquello que dijimos era la sustitución de la antigua *tenencia* (9) y que en la actualidad se regula como el cuidado personal a partir del art. 648 del Cód. Civ. y Com. (10), figura con la que se designa a todas las tareas que realizan los progenitores vinculadas a la vida cotidiana de los hijos e hijas, de allí la denominación de *personal*. Estas normas deben ser leídas en conjunto con lo que dispone el art. 646 del Cód. Civ. y Com., que establece como uno de los deberes primordiales de los progenitores el de cuidar al hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo.

Bajo ese prisma, no siempre es necesario que quien detenta el cuidado cohabite con los hijos, pues hay roles diarios que pueden ser desplegados, aunque el hijo tenga una convivencia más extendida con alguno de los progenitores y de menor tiempo con el otro. Por ejemplo: un progenitor se encarga de los traslados hacia y desde la escuela todos los días, mantiene comunicación por teléfono permanente, almuerzan y cenan juntos dos veces en la semana y un fin de semana al mes el hijo pernocta con él, permaneciendo los restantes días con la progenitora con quien reside o en cuyo domicilio convive la mayoría del tiempo. En este supuesto no puede sostenerse

que quien no se aloja o reside diariamente con el hijo no brinda asistencia cotidiana a los requerimientos de cuidado del hijo, pues en cierto modo ambos *viven* la cotidianeidad, apareciendo el ejemplo como válido para mostrar que la función de cuidado puede ser compartida aun frente a la separación o cese de la pareja parental. Algún autor (11) explica que el *cuidado* personal está en cabeza del que convive y el otro tiene un régimen comunicacional, siendo el primero el *cuidador continuo* que permanece con el hijo en una misma residencia el *tiempo principal* y el restante el progenitor de cuidado *discontinuo* en el *tiempo secundario*, aseverando que este sistema es el que se denomina cuidado personal compartido indistinto, de aplicación relevante conforme lo que disponen los arts. 651 y 656.

El cuidado personal compartido puede modalizarse como indistinto o alternado, en función de la pauta temporal y la distribución de las tareas cotidianas. Así, si el niño, niña o adolescente residen con uno de los progenitores por períodos de tiempo más o menos regulares y equivalentes y el conviviente de turno asume todas las tareas durante ese lapso, estaremos ante un cuidado personal compartido alternado, mientras que, si las tareas se reparten en función de las posibilidades de cada uno, lo será con la modalidad compartida indistinta.

Por último, se establece la posibilidad —por cierto excepcional— de acordar o disponer el cuidado unipersonal, similar a la antigua tenencia, en tanto atribuye la convivencia exclusiva en la residencia de uno de los progenitores y el otro se limita a una comunicación por lo general acotada; esta posibilidad sólo será atendible si hace al superior interés del niño, niña o adolescente y se visualiza, por ejemplo, cuando los progenitores se domicilian en dos localidades alejadas y uno de ellos asume la convivencia permanente, mientras que el otro despliega el derecho-deber de comunicación acotado con el hijo o hija.

V. El ejercicio disfuncional del cuidado y las sanciones: el caso comentado

Dicho ya que la responsabilidad parental es una función de los adultos con miras al cuidado, desarrollo y formación integral de los hijos, hay ciertos principios o máximas que deben respetarse en el despliegue del rol, y producida alguna vulneración de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, los progenitores como primeros garantes y el Estado como último responsable de la restitución accionarán en resguardo de ellos.

Partiendo de la cúspide constitucional, recordaremos que el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que *"ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada"*, reconociéndoles así el derecho a vivir en condiciones de libertad su vida personal y familiar. Esa premisa puede o no ser respetada y existen ocasiones en que son los propios encargados de proteger los derechos quienes los vulneran, como ocurre en la sentencia que nos ocupa.

La sentencia refiere que *"luego de un largo trajín de compromisos y desavenencias entre los progenitores, después de trece [13] audiencias del art. 58, Cód. Proc. Civ. y Com." (12)*, ante la propuesta que realizó la psicóloga del equipo técnico aceptaron someterse a un "régimen comunicacional controlado" en sede judicial. Este consistió en dos encuentros semanales con el progenitor no conviviente —el padre— de una hora cada vez y se enmarcó en un proceso de revinculación, lo que permite suponer (13) que el ejercicio de la responsabilidad parental es compartido con un régimen de cuidado personal detentado por la progenitora, aparentemente en forma exclusiva y con un magro régimen comunicacional con el otro progenitor, o bien se trató de un ejercicio unipersonal de la responsabilidad parental con cuidado unilateral —supuesto más que excepcional, pero también imaginable—, con derecho comunicacional del progenitor. La sentencia no menciona cómo se estableció el sistema de coparentalidad separada de la pareja parental, pero sí refiere a una

revinculación y ello permite suponer la suspensión —legal o fáctica— al menos del cuidado personal del padre, y probablemente también del ejercicio de la responsabilidad parental.

En ese contexto, y si bien el compromiso asumido de modo acordado tuvo principio de ejecución, la progenitora encargada del traslado de los niños al espacio donde se debía producir el encuentro desplegó conductas obstruccionistas que fueron pasibles de intimidación de cumplimiento "*bajo apercebimiento de entender que los niños pueden encontrarse en riesgo, siendo ello causal suficiente para ordenar un cambio de cuidado personal, si así correspondiere...*". Con posterioridad se dispone un nuevo emplazamiento para que la progenitora cumpla lo pactado o "*arbitre los medios necesarios para que los menores mantengan contacto con el padre, todo bajo apercebimiento del cambio de cuidado personal en cabeza del padre de los menores en los términos del art. 651 del Cód. Civ. y Com.*". El segundo incumplimiento de la manda judicial motiva la decisión judicial en comentario, y aunque en ella se hace referencia al obrar de mala fe de la progenitora y a que los intentos de revinculación de los niños y su padre desplegados por los operadores para el ejercicio del derecho de ambos a la coparentalidad fueron infructuosos por su actitud, tampoco en el fallo se profundiza sobre el impacto que este cambio tan drástico podría tener en los hijos.

El juez hace hincapié en el informe de la profesional encargada de la supervisión, respecto del que analizaremos si emerge la comprobación de aquellos ítems que deben analizarse en este tipo de conflictos, y que son los relacionados con las pautas que brinda el art. 653, a saber: a) prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) edad del hijo/a; c) opinión del hijo/a; y d) mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. Estos criterios —lo adelantamos— no siempre coinciden, dándose más bien la falta de convergencia o debiendo escogerse alguna pauta por sobre otra; lo que nunca debiera ocurrir es que no se respete ninguno de ellos, como podría pensarse que acontece con la sentencia que se comenta.

Los puntos señalados con las letras a), b), c) y f) resultan meramente descriptivos de lo ocurrido durante los escasos momentos de encuentro. Se podría admitir que el identificado como d) "*... el niño J. siempre permaneció arriba del automóvil negándose a bajar, no visualizándose ante dichas circunstancias por parte de la progenitora disposición en buscar alternativas para el niño se disponga, sino más bien reforzando la negativa*" es un dictamen sobre la actitud obstruccionista luego achacada, pero no permite inferir que el progenitor que pide la reversión del cuidado cuente con mayor plasticidad que su partenaire. Con relación al mejor interés de los niños involucrados, puede pensarse que lo señalado en el apartado e) "*que el tiempo compartido en las visitas entre el niño F. y su padre se desarrolló bajo un encuadre afectuoso, compartiendo juegos y diálogo*" atiende ese estándar, pero cuando en el apart. f) se hace referencia a que "*ante las dificultades que se fueron presentando durante el cumplimiento del régimen comunicacional, se le efectuaron sugerencias profesionales a las que el Sr. S. mostró disposición y acatamiento*", la pregunta que se impone es: ¿podrá este progenitor en lo inmediato resolver las cuestiones cotidianas de la convivencia con los hijos sin auxilio externo? El criterio de idoneidad no está suficientemente explicado, lo cual incluso desde una función didáctica para la progenitora obstruccionista parecería ser de mayor aporte a la modificación de la disfunción en el ejercicio del rol que se tuvo por acreditada.

Las particularidades del caso —en rigor, la conducta materna acreditada— llevaron al juez a decidir el cambio de cuidado y la reversión del régimen comunicacional, invirtiéndolo. Nada dice el fallo acerca de la escucha de los hijos de la pareja (14), no se mencionan las edades ni se expide sobre la opinión acerca de la decisión a adoptar, y de ese modo se los invisibiliza como sujetos, al igual que lo hizo su progenitora al impedir férreamente el contacto con el co-progenitor. Tampoco se exploya el magistrado acerca de cómo se resolverá la implementación de este nuevo sistema de cuidado, y así da la sensación de que se producirá un desarraigo abrupto de lo que hasta ese entonces fue el *centro de vida* de estos niños, sin justificación suficiente de cómo su interés superior se complace acabadamente. Esta última aseveración emerge del sistema legal, y

también ha sido explicitada por la CorteIDH en el caso "*Fornerón*" en estos términos: "*Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia*" (15).

Si bien es razonable que la obstrucción de un progenitor no sea avalada y se adopten medidas para vencer la resistencia, el fallo así dictado aparece como insuficientemente fundado (16), sancionatorio, sí, de la conducta materna —que ya estaba siendo investigada por el derecho penal— pero poco receptivo del bienestar efectivo de los niños. No aparece que se haya apelado previamente a la opción de imposición de astreintes, herramienta algunas veces eficaz para vencer la contumacia; tampoco hay demasiado soporte interdisciplinario sobre la modalidad maltratante que podría suponer la conducta materna (17), ni mucho menos se procura hacer efectivo el contenido del art. 651 citado como apercibimiento, en cuanto dispone que "*el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo*", mediante la atribución de un cuidado compartido alternado.

Lo que más preocupa es que el fallo no explica con suficiencia el quiebre del principio de estabilidad, disponiendo sin más la variación del centro de vida, con el subsiguiente impacto en la continuidad afectiva, espacial y social que desarrollaron los niños hasta la decisión judicial. No se tienen mayores datos sobre la problemática, pero se consigna que existía un régimen supervisado y trece audiencias, es dable suponer que el progenitor tampoco estaba completamente apto para tal variación o al menos es alarmante una decisión que —vista desde los derechos de los niños— aparece intempestiva y escasamente justificada.

El art. 16 de la CDN dispone que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada; la variación del cuidado personal es viable, por lo que, en principio, lo resuelto es legal. Sin embargo, al no haberse recabado ni consignado la opinión

de los niños, menos aún interpretado conforme su edad y madurez, ni explicado suficientemente las razones que llevaron a soslayar la progresividad de la migración del centro de vida —puesto que es cierto que estabilidad no es sinónimo de inmutabilidad—, la sentencia nos deja instalada la inquietante sensación de la arbitrariedad.

Referencias Bibliográficas

(*) Jueza de Familia de Esquel, Chubut. Exdocente UNPSJB.

(1) La ley 23.264 es la herramienta que contempló expresamente el carácter funcional del instituto, definiéndolo en el art. 264, Cód. Civil, como *"el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado"*.

(2) Los Fundamentos de la Comisión Redactora explican la importancia atribuida a los términos en el nuevo compendio legal, en particular haciendo referencia al fuerte valor pedagógico y simbólico de los términos escogidos, y este es uno de los más claros ejemplos, puesto que en definitiva se reemplaza el término patria potestad, de clara remisión al dominio, el ejercicio del poder o facultad respecto de los objetos, luego extendido a las personas de los hijos, por uno menos desvalorizante y mucho más relacionado con el fin del instituto. Así puede leerse en *"Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora"*, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 597.

(3) A modo de ejemplos, recordemos que el art. 646, inc. c, impone a los progenitores respetar el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, y en todo lo que hace a sus derechos personalísimos, el 655 a ser consultado y ser escuchado y tomado en consideración al elaborarse el plan de parentalidad frente al divorcio.

(4) Dentro de los principios que gobiernan la responsabilidad parental plasmados en el art. 639, se contempla expresamente: a) el interés

superior del niño; b) la autonomía progresiva conforme sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y c) el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

(5) Originariamente el Cód. Civil disponía que los hijos menores de 5 años quedaran siempre a cargo de la mujer; la ley 2393 (art. 76) eliminó la palabra siempre, pero mantuvo la tenencia materna; la ley 17.711 morigeró la preferencia al prescribir que "*salvo causas graves*", los hijos menores quedaran a cargo de la madre; la ley 23.515 agregó que dichas causas graves eran las que afectaban el interés del menor, mientras que la ley 26.618 limitó la preferencia materna a los matrimonios heterosexuales, siendo recién el Cód. Civ. y Com. el que procede a la verdadera igualdad de acceso y oportunidad a la coparentalidad, al eliminarla completamente y para todo tipo de uniones de pareja, por ser violatoria del principio de igualdad, reafirma roles rígidos y tradicionales y era contradictoria con la regla del ejercicio de la responsabilidad compartido.

(6) "*Art. 640.— Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental. Este Código regula: a. la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b. el cuidado personal del hijo por los progenitores; c. la guarda otorgada por el juez a un tercero*".

(7) El cuidado personal implica "*los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo*" (art. 648, Cód. Civ. y Com.) y requiere necesariamente de la convivencia.

(8) El diseño legal se basa en lo que dispone el art. 9º de la CDN, en tanto impone procurar que el niño "*no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos*", asistiéndole el derecho a "*mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres*", reconociéndoles la ley 26.061 a ambos progenitores responsabilidades y obligaciones comunes a ambos en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral (art. 7º), reforzado en el art. 11, cuando señala el derecho a "*mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con los padres, aun cuando estos estuvieran separados o divorciados*".

(9) Arts. 236; 264, inc. 2º; 271 del Cód. Civil.

(10) "*Art. 648.— Cuidado personal. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. Art.*

649.— *Clases. Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos. Art. 650.— Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. Art. 651.— Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo".*

(11) MIZRAHI, Mauricio, "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1ª ed., ps. 367 y ss.

(12) El Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba señala en su art. 58: "*Audiencia de oficio. En cualquier estado de la causa, los tribunales podrán decretar audiencias para aclarar puntos dudosos o procurar avenimientos o transacciones. La facultad de los tribunales para decretar audiencias extraordinarias, se entenderá sin perjuicio de los plazos fijados para dictar resolución o sentencia".*

(13) No sabemos si acordado o dispuesto judicialmente, ni tampoco se conoce con exactitud el alcance del régimen vigente, desde que en la sentencia no se hace ninguna mención al ejercicio de la responsabilidad parental y la modalidad adoptada.

(14) Opinión que forzosamente debió recabarse conforme los arts. 26; 639, inc. b; 643; 646, inc. c; 653, inc. c; 655; 707 del Cód. Civ. y Com., y 12, CDN; 3º, 24 y 27 de la ley 26.061, y más ante una determinación como la que se adoptó, con el grado de influencia en la vida de los niños que es previsible imaginar.

(15) CorteIDH, caso "*Fornerón, Leonardo e hija vs. Argentina*", 27/04/2012, fondo, reparaciones y costas, apart. 48.

(16) Art. 3º del Cód. Civ. y Com., y doctrina del fallo de la CorteIDH en el caso "*Fornerón vs. Argentina*", cit., en cuanto dijo: "*Recientemente, la Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad 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, probados y no*

especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. 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".

(17) Aunque sí se previno a la progenitora al intimarla a cumplir lo pactado que su inconducta podría ser considerada como abusiva.

Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia: Chubut

por Mariela A. González de Vicel

Disponibles en: <https://bit.ly/3hA60hj>

Publicado en: Benente, M. *Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2018.

[Consultado el: 23/08/2021]

1. Introducción y marco legal

En tiempos en que como sociedad somos espectadores sorprendidos de eslóganes con pretensiones de utopías que, a la postre, solo importan retrocesos de grandes conquistas(1), nos sentimos en la obligación de atestiguar que, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, vive y reina el principio de incertidumbre.

Esta afirmación equivale a señalar que el Estado de Derecho que emergía de la tensión entre los distintos sectores sociales y muchas veces debía ser dirimido judicialmente, está en período de revisión y readecuación, y pareciera que el camino es el del retroceso en términos de Derechos Humanos(2).

En ese peculiar contexto, intentaremos cumplir con la encomienda de relevar el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales (en adelante DESC) en la Constitución de la provincia de Chubut, su exigibilidad y el funcionamiento de la jurisprudencia local en esa área, en particular lo que hace al control –o no– del margen de discrecionalidad del que gozan los poderes administradores.

Colocando el énfasis en el acceso a los derechos a la vivienda, la salud y la educación y acotando que la obligación de los Estados de proporcionar su satisfacción en relación a cualquier habitante del país se concreta progresivamente, a partir de la elaboración y puesta en práctica eficiente de programas y condiciones de acceso, dentro de las posibilidades que las capacidades económicas les permitan, con más la pauta convencional de aprovechamiento máximo de sus recursos disponibles –para lo cual se exige la demostración del avance en las políticas públicas destinadas a garantizarlos– se exhibirá el panorama de la jurisprudencia provincial en la materia. En particular en cuanto a si su implementación tiene carácter operativo directo o derivado. En este tópico, y si bien la compulsa de las sentencias de la máxima instancia judicial no fue fructífera en lo tocante a fallos relacionados con el derecho a la vivienda digna, cabe señalar que cuando el Superior Tribunal de Justicia se refirió a temas vinculados con los derechos humanos fue contundente, juzgando que: *“Es sabido que en materia de derechos humanos, existe un ordenamiento supranacional y supraconstitucional que es operativo. Estos derechos deben cumplirse y aplicarse en forma inmediata”* (sTjCH, SD N° 03/SRE/2010) postura que reiteró en la sentencia 13/2014 en el caso “M., J. L. s/Incapacidad” del 29 de septiembre de 2014.

La Constitución de la Provincia de Chubut contiene en su primera parte una serie de declaraciones, derechos y garantías, que reconocen un conjunto de deberes y políticas de Estado, siendo de interés destacar que el artículo 9 hace referencia a los derechos fundamentales y establece con claridad que el Estado se autolimita frente a los derechos naturales del individuo, que le corresponden al hombre por su propia condición humana(3). Además consagra una cláusula bisagra en su artículo 10, que procura evitar la aplicación de leyes, decretos u ordenanzas que impongan restricciones al ejercicio de las libertades o los derechos, o prive de las garantías reconocidas, fulminándolas de nulidad y disponiendo expresamente que no pueden ser utilizadas por los jueces. Luego –en el art. 18– establece un catálogo de derechos que enumera, con independencia de los reconocidos en la Constitución Nacional. A su vez, dispone

expresamente en el artículo siguiente que no se trata de una enumeración taxativa sino que en el derecho provincial existe la posibilidad de obtener el reconocimiento de la concreción de todo otro derecho que le corresponde a la persona humana en su calidad de tal y como integrante de formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, a la par que enumera los valores constitucionales de solidaridad política, económica y social.

En lo que atañe al tema que motiva este trabajo, señalamos que la cláusula constitucional alojada en el artículo 21 establece categóricamente la operatividad de los derechos y las garantías, salvo que la reglamentación resulte indispensable, aunque dejando a salvo una consideración que resulta primordial en materia de DESC: que en todos los casos debe respetarse el contenido esencial del derecho. Esto significa que en el derecho provincial existe un piso mínimo *“debiendo los jueces arbitrar en cada caso los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de trámite sumario”*(4). Dicha operatividad reclama de una interpretación razonable que considere las prioridades del Estado y su disponibilidad económica, debiendo interpretarse la tensión entre derechos de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales ratificados por la Nación Argentina, y los jueces adoptar los recaudos y medidas tendientes a la preservación de los derechos –art. 22 CPCh–, lo que se traduce en un reforzamiento del cumplimiento de ese deber de cobertura mínimo para que el derecho de que se trate no quede reducido a una expresión de deseos.

En el Capítulo II de la porción reservada a los derechos, el constituyente de 1994 reconoció dentro de los derechos sociales los que corresponden al trabajador, a la familia, la mujer, la niñez, la juventud, la ancianidad, los discapacitados –arts. 23 a 30– y también reservó un artículo para el desarrollo pleno de las personas con capacidades o talentos de notorio nivel. Contempla, en definitiva, a los grupos o categorías vulnerables, enumerando dentro de estos a los indígenas, los usuarios y consumidores, las víctimas, los veteranos de

guerra, y reconociendo prerrogativas de asociación y respaldo constitucional a las asociaciones intermedias y colegios profesionales.

En otra porción del articulado, dentro de la categorización de políticas del Estado, la Constitución provincial se refiere al régimen social y allí reconoce al trabajo como factor de promoción individual, familiar y social, asegurando la protección efectiva de los trabajadores –art. 71–; a la salud como un bien social a ser garantizado y a los recursos que se afecten a esa área como una inversión social –arts. 72 y 73– disponiendo expresamente que se destinan al desarrollo humano entendido como logro de un nivel de vida ascendente y a la salud como condición necesaria en la búsqueda del máximo bienestar.

Dentro de este apartado, la norma constitucional destina al derecho de acceso a la vivienda digna un reconocimiento expreso, y determina que se incluyen en su definición los servicios sociales y públicos, la integración con el entorno natural y cultural y el resguardo a la privacidad, explicitando el deber estatal de fijar pautas de acceso equitativas y dotando de prioridad de acceso a ese bien a las personas de menores recursos⁽⁵⁾. Es notoria la relevancia de esta cláusula constitucional, que debe ser interpretada y aplicada en forma armonizada con las garantías enumeradas en la primera parte, pero también con otras reglas, como la alojada en el artículo 100, que reconoce expresamente la función social de la tierra.

La Constitución chubutense no se agota en estas normas. Enumera también los derechos culturales y el acceso a la educación y a la participación de los bienes derivados de ambos, constituyendo un compendio autosuficiente en materia de DESC, sin perjuicio de que las cláusulas ya referidas admiten específicamente la ampliación en función de la posibilidad de que existan algunos no reconocidos expresamente.

Finalmente, mencionamos que la provincia de Chubut cuenta, en el ámbito de la Defensa Pública, con áreas específicas dedicadas a los DESC distribuidas en las distintas circunscripciones judiciales y a

cargo de magistrados seleccionados a ese efecto por el Consejo de la Magistratura. El rol y la competencia de los Defensores Públicos con especialización en DESC o Derecho Indígena se rige por los artículos 194 y 196 de la Constitución Provincial, 1, 9, 10 y 13 de la Ley V- N° 90 (texto conforme ley V-N° 139), *“Las 100 Reglas de Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”*, promovidas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia en 2008, el Acuerdo Plenario 3872/10, y las instrucciones generales emanadas del Defensor General de la provincia. Las labores que desarrollan estos magistrados son preponderantemente extrajudiciales, en especial en la faz administrativa, sin perjuicio de lo cual ellos, u otros magistrados dependientes del Ministerio de la Defensa Pública, llevan a cabo acciones judiciales en procura del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en la materia regulada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

En cuanto a los procesos, la provincia cuenta con una norma que reglamenta la acción de amparo contenida en el artículo 54 de la Constitución de la Provincia del Chubut(6), la Ley V N° 84, y además la Ley de Protección Integral de la Niñez, la adolescencia y la Familia III N° 21, que, dictada como consecuencia de la manda constitucional alojada en el artículo 171, establece el reconocimiento específico de derechos humanos de las personas menores de edad, entre ellos el acceso a una vivienda digna y otros DESC, así como la competencia de los jueces y las juezas de familia para dirimir esos conflictos.

2. Un primer fallo como aproximación

Casi al tiempo en que estas líneas fueron redactadas, se dictó una sentencia relativa al tema del alcance de la exigibilidad de los DESC, el derecho a la educación –arts. 13 y 14 PIDESC– y al desarrollo integral de la niñez y la juventud –art.15 PIDESC–, extensivo a los derechos laborales de quienes se veían afectados por una decisión administrativa que no admitió dar continuidad al financiamiento estatal de talleres vinculados al objeto curricular de un

establecimiento educativo. En primera instancia no se hizo lugar al planteo de la parte actora, siendo admitido en la apelación.(7)

No obstante el resultado obtenido, nos adelantamos en señalar que en la fundamentación por la que la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn admite la acción de amparo, no se apela a las reglas constitucionales enunciadas al inicio de este trabajo. Veamos.

Se trató de una demanda dirigida contra la provincia de Chubut, interpuesta por una Fundación que tiene a su cargo una escuela de gestión social. La pretensión consistió en obtener por vía de la acción de amparo –que Chubut regula autónomamente(8)– la financiación de diez talleres de capacitación laboral que –según el escrito inaugural de la instancia– correspondían al ciclo lectivo 2017, de conformidad con el proyecto educativo institucional elaborado y aprobado a nivel ministerial. La demandada sostuvo que esos espacios no integraban la currícula de la Escuela de Gestión Social con orientación agro y ambiente, sino que guardaban relación con una capacitación en el marco del Programa Provincial de Fomento de Empleo, que se implementó por un convenio al que se arribó en una instancia judicial precedente a la acción de amparo.

La Cámara revoca la sentencia denegatoria del amparo, hace lugar a la demanda reconociendo que los talleres formaban parte del proyecto educativo y que el Estado tenía obligación de cobertura financiera de aquellos relacionados con el mentado plan. Para así decidir –y sin mencionarlo– se vale del principio de no regresividad, al señalar que la actuación de la administración había sido hasta ese momento de reconocimiento de dichos espacios. En consecuencia, ordena que el equipo técnico de la Fundación practique liquidación que comprenda todos los gastos devengados o realizados que deriven del servicio educativo y que tengan relación directa con los diez talleres de capacitación que tienen estricta vinculación con la entidad y sus fines orientados al agro y el ambiente, ordenando la satisfacción de los recaudos contables e impositivos que correspondan. Agrega la

manda que, en el plazo de cinco días de definidas las sumas, la provincia de Chubut deberá depositar las que resulten.

Entre los argumentos, el tribunal de revisión hace notar que: *“[la jueza de grado señaló que la demanda] apunta al presupuesto provincial, a la facultad constitucional de los poderes, ejecutivo y legislativo provincial, al manejo del presupuesto financiero de la provincia, (arts.135 y 155 de la Constitución Provincial), y por ello, concluye que obligar al estado provincial a realizar un convenio cada año, cuando no se advierten violaciones a los derechos constitucionales por actos arbitrarios, ilegales y manifiesto por parte de la administración pública, se estaría frente a un indudable exceso de jurisdicción.”*

Agrega que la magistrada también anotó que: *“la jurisdicción no la faculta para decidir sobre la conveniencia o no de designar una partida presupuestaria para la celebración de un convenio, y que además la propia amparista en su escrito de inicio, lo refirió como un proyecto socio educativo”,* sumando que la sentencia de la primera instancia hizo notar que: *“tampoco se tienen datos económicos que permitan medir la incidencia presupuestaria que pueda tener la medida requerida, y menos aún la fuente y el caudal de los recursos que puedan asignarse a la Secretaría de Trabajo o al Ministerio de Educación, para el fin pretendido, con lo cual tampoco le resulta posible efectuar un juicio técnico sobre las implicancias [sic] de obligar al Estado a una obligación contractual”(9).*

Antes de avanzar en las consideraciones de la Cámara para revertir el fallo de primera instancia, remarcamos que surge de las transcripciones precedentes que parecería que la jueza de grado soslayó que cuando de derechos humanos se trata, corresponde al poder administrador la carga de probar la maximización de esfuerzos en la utilización de los recursos disponibles para procurar la satisfacción del derecho que se pretende garantizar o reponer: en el supuesto analizado, a la educación de personas especialmente vulnerables(10).

Si bien el tribunal de revisión no se detiene a apreciar que las afirmaciones de la sentencia parecieran no satisfacer el recaudo de

análisis de la progresividad que en materia de DESC debe primar en la interpretación jurídica, luego de extraer los fundamentos considerados, los rebate con dos argumentos principales: 1) la naturaleza y función social de la institución reclamante y 2) los derechos vulnerados, operando en el sentido de vigencia del principio. Con relación al primer postulado, señala la camarista que abre la votación que se trata de un establecimiento de gestión social, al que la ley provincial VIII N° 91 determina como:

I) un tipo de unidad educativa contemplada en el artículo 14 de la Ley de Educación Nacional N° 26.206. Surgen como respuesta de las necesidades del presente, impulsadas por distintas organizaciones sociales, fundacionales, organizaciones sin fines de lucro, organismos no gubernamentales, iglesias de diferentes credos religiosos, fábricas y empresas recuperadas.

II) Son unidades educativas de carácter universal y gratuito, que atienden a los sectores de la comunidad en situaciones de vulnerabilidad y en condiciones de pobreza, son espacios de inclusión social que permiten la permanencia en el sistema educativo, implementan proyectos socioeducativos, dando respuesta a las necesidades de los/as alumnos/as, evitando la deserción y el desgranamiento escolar.

III) El Estado podrá aportar fondos necesarios para gastos de funcionamiento: salarios de personal, alquileres, insumos, servicios públicos y toda otra erogación que derive del servicio educativo.

En otro pasaje de la sentencia se recordó que las escuelas de gestión social debían ejecutar proyectos educativos previamente autorizados por el Ministerio de Educación de la Provincia, de acuerdo a las normas vigentes(11) con el fin de dar respuestas concretas a los estudiantes y evitar la expulsión del sistema formal, y sus consecuencias de deserción y profundización de vulneraciones estructurales.

Sin embargo, no se profundizó en esa cuestión y, al respecto, vale recordar que el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad en función de qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes, pero las adoptadas están sujetas a revisión judicial si con ellas se vulneran, por acción u omisión, los contenidos básicos del sistema de derechos. A ello se suma que, en el particular caso del PIDESC, la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Sociales señaló respecto de esa discrecionalidad, la necesidad de un equilibrio que condujera a un contenido de eficacia razonable, o piso mínimo de visibilidad y concreción del derecho. Se dijo en ese documento: *“el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”*.(12) En función de esto, en ambas instancias debió considerarse que todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en aspectos reconocidos en los pactos requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga, obligación que recae sobre el Estado, y no sobre los ciudadanos.(13)

La sentencia hace notar que la resolución ministerial que habilitó el plan pedagógico tuvo en miras un informe en el que se relevó la carga horaria áulica y su complemento con el desarrollo de talleres, todo en función de determinado proyecto educativo. Finaliza revocando la decisión de la anterior instancia solo en virtud de una cuestión formal, como lo es la ausencia de comprobante que acredite la notificación a la Fundación de la decisión ministerial de no dar continuidad a la modalidad hasta allí implementada.

Sin embargo, no puntualiza sobre un tema relevante desde el punto de vista de los derechos involucrados y su implicancia en el desarrollo humano: la universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia como característica esencial(14), y el sistema interamericano de protección de los mismos. En ese sentido, cobra

relevancia lo señalado por el Comité de seguimiento del PIDESC en la Observación General N° 18 cuando explicitó, en relación con el derecho de la juventud al trabajo y su vinculación con la educación, sobre todo en contextos de fragilización socio-económica que: *“El acceso a un primer trabajo constituye una ocasión para obtener autonomía y, en muchos casos, escapar de la pobreza. Las personas jóvenes, especialmente las mujeres jóvenes, tienen en general grandes dificultades para encontrar un primer empleo. Deben adoptarse y aplicarse políticas nacionales relativas a la educación y formación profesional adecuadas, para promover y apoyar el acceso a oportunidades de empleo de personas jóvenes, en particular mujeres jóvenes”*(15); que constituye un argumento fuerte para analizar el tema debatido. Del mismo modo que lo hubiese sido invocar las apreciaciones de ese organismo a nuestro país cuando señaló: *“El Comité recomienda al Estado parte que aplique eficazmente la legislación vigente para garantizar el derecho a la educación y atender, en particular, los problemas relacionados con los niños que no se han incorporado al sistema educativo, el analfabetismo, la repetición de cursos y la deserción escolar”*(16), suficiente para sostener que corresponde al Estado provincial demostrar con qué método alternativo a los talleres que se negó a sufragar, se posibilitaría la reducción de la deserción escolar. En cuanto al segundo argumento que sella la suerte del recurso, se puede condensar en el párrafo del segundo votante que sostiene: *“teniendo en cuenta que se encuentran comprometidos derechos de raigambre constitucional como el derecho de los niños, niñas y adolescentes a su educación [...] y el derecho a trabajar [...], considero que deben incluirse las horas cátedras de los diez talleres [...] que integran el Proyecto Educativo Institucional en base a la orientación en Agro y Ambiente de la Fundación Ceferino Namuncurá pues comparto con mi colega preopinante que éstos integran la currícula”*.

Con estas apreciaciones se pretende poner de resalto una circunstancia bastante visible en la provincia de Chubut: la —en general— escasa fundamentación de los fallos vinculados a derechos de esta envergadura con argumentos de fuste y relacionados a la teoría de los derechos humanos, la poca referencia a doctrina y jurisprudencia emanada de los organismos del sistema americano o internacional, limitándose mayormente a la mera invocación de reglas jurídicas infra

constitucionales, cuestiones de hecho o generalizaciones. Esto sin perjuicio de la existencia de las excepciones, que en general pueden ser observadas en fallos correspondientes a las instancias anteriores a la Corte Provincial.

3. Los tribunales de la provincia de Chubut declaran exigibles a los DESC: ¿con qué argumentos?

3.1. Derecho a la salud

Con fecha 26 de marzo de 2015, la Corte provincial dictó sentencia en el expediente “*A., O. E. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia de Chubut s/ Amparo*” (Expte.: N° 23.463-A 2014). La causa se inició con la acción de amparo que planteó la afiliada a la obra social SEROS y dirigió contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut para que procediera a cubrir todos los gastos sanatoriales, farmacológicos, de estadía y traslado por vía aérea con un acompañante, para el tratamiento de la enfermedad que le fuera diagnosticada (Dx. Anemia + hematuria y CA de útero y CA de mama), y sus derivadas. Solicitó también que se decretara la ilegalidad, arbitrariedad e inconstitucionalidad de todos los préstamos otorgados por el organismo accionado para cubrir dichos gastos y el cese de los descuentos en sus haberes motivados en esos adelantos, y su consiguiente reintegro, con más los intereses respectivos a la tasa activa del Banco del Chubut SA. Su contraria repelió el reclamo, siendo uno de sus argumentos que la vía ordinaria era el camino procesal más adecuado, toda vez que no medió restricción ni privación de acceso a la salud de la demandante. A ello sumó que la amparista no había justificado la obligatoriedad de SEROS derivada del Programa Médico Obligatorio, las características del sistema de cobertura provincial; además, no consideró que existiera obligación legal de solventar los gastos que se demandaban, sin perjuicio de asumir que, en este caso particular, podrían ser atendidos por el Directorio de la accionada en virtud de la dificultad patrimonial que refería la actora para afrontarlos sola.

La sentencia de grado resolvió hacer lugar al amparo y entre los argumentos se señaló que la Ley XVIII N° 12(17), en su artículo 24, impone obligaciones al organismo encargado de administrar la cobertura de salud tales como sufragar lo necesario para diagnosticar, tratar, y llevar a cabo todas las prestaciones tendientes a fomentar, proteger, recuperar y rehabilitar a los afiliados, como asimismo, obtener su bienestar social. Esa disposición la armonizó con lo que establece el artículo 25 respecto del traslado de las personas que padecen discapacidad, para concluir que la situación de la dolencia de la amparista la posicionaba en situación equiparable a una persona con discapacidad. La Cámara de Apelaciones confirmó en lo sustancial el fallo, reduciendo únicamente el monto a reintegrar a la actora por aplicación del artículo 4030 del Código Civil, en ese entonces vigente. Llegado el caso a la Corte provincial, el ministro que inicia el razonamiento hace referencia al derecho a la salud y su inserción en el concierto legal de nuestro país en estos términos: *“Este derecho no está reconocido de manera expresa en nuestra Constitución Nacional, pero si [sic] a través de los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (Confr. doctrina de Fallos, 329:1638). Por su parte, el art. 14 bis establece que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable”*(18)

Además, el magistrado recuerda:

En el ámbito local, la Constitución Provincial (en adelante (CP), establece en su art. 18, inc. 2, el derecho de los ciudadanos de Chubut, a la protección de la salud. El organismo que se encarga de llevar a cabo el régimen de prestaciones de salud y asistenciales para el personal de la Administración Pública Provincial y Entidades Descentralizadas, entre otros, es el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, conforme lo normado por el art. 1° de la Ley XVIII N° 12.(19)

Con lo extractado del fallo queda explicitada la directa operatividad de la aplicación de las normas constitucionales en el ámbito provincial en lo que hace al derecho a la salud, puesto que no se exige ninguna reglamentación de las reglas constitucionales, adentrándose de lleno al tratamiento de las cuestiones vinculadas con él. Luego de colocar al derecho afectado –la salud– en un sitio relevante respecto de otros, y ya para rebatir los argumentos de la vencida cuando sostuvo que los anteriores sentenciantes erraron al aplicar analógicamente la legislación vigente para personas con discapacidad se señala: “*Si bien la demandada afirma que existen dos coberturas en pugna, no puede ello entorpecer la efectividad del derecho a la salud el que no puede verse coartado o disminuido porque las leyes de discapacidad solo resulten aplicables a las obras sociales establecidas en la Ley N° 23.660, ya que esta norma y la 23.661 que instituye el Sistema Nacional de Salud procuran el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica; sistema en que las obras sociales tienen participación en la gestión directa de los servicios asistenciales para hacer efectivo el derecho a la salud de sus afiliados*”.(20)

Posteriormente el decisorio ciñe el razonamiento a recordar que la provincia del Chubut adhirió a la Ley Nacional de discapacidad mediante Ley XVIII N° 36, a la par que se realiza el deber procesal que pesa sobre la accionada a quien atribuye “*una carga mucho mayor por resultar una obra social obligatoria para la amparista*”.

En otras palabras, el fallo se encarga de establecer el justo equilibrio entre los derechos de la parte más débil de esta relación de adhesión a un sistema de cobertura que impone la cautividad del afiliado respecto de la prestadora, que detenta una posición mejorada donde la afectación eventual sería únicamente económica, y no a derechos fundamentales. En cuanto a la condena al reintegro de los montos solventados por la amparista en los múltiples traslados para atención, la Corte provincial entendió precluida la etapa. El ministro que emite el voto en segundo término, circunscribe aún más su ponderación, pero no por eso la hace menos firme. Señala, en punto a que el juez de grado equiparó la situación de la amparista a la de una

persona con discapacidad y esto fue específicamente confirmado por la Cámara de Apelaciones, que el Tribunal colegiado analizó el argumento del juez que: *“no se limitó a esgrimir que la demandada debía brindar la cobertura requerida en virtud de lo establecido por el art. 24 de la Ley XVIII N° 12, sino también que, con fundamento en un fallo de este mismo Superior Tribunal de Justicia (Sentencia N° 03/ SRE/2015), las disposiciones de la Ley I N° 296 de Protección Integral de las Personas con Discapacidad son plenamente aplicables a quienes padecen cáncer, por lo que la demandada debía cubrir las prestaciones de traslado y estadía previstas en el art. 25 de la Ley XVIII N° 12”*

En conclusión, refuerza la idea confirmatoria a partir de señalar que el argumento no resultó aislado, sino coadyuvante de una interpretación en la que se ponderó el tipo de dolencia de la actora y tanto el alcance como el grado de obligatoriedad de la responsabilidad de la proveedora del servicio de cobertura de los costos. Más acá en el tiempo, el mismo STJ, aunque para rechazar un recurso de queja interpuesto contra la casación denegada por la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala B sostuvo: *“cabe recordar que por las Leyes 22.431 y 24.091 se crearon los Sistemas de Protección Integral de los Discapacitados y de Prestaciones Básicas a Personas con Discapacidad – respectivamente–; asignándose a las Obras Sociales –en su rol de Agentes del Seguro Nacional de Salud de la Ley 23661– la obligación de brindar la cobertura integral de los servicios médicos asistenciales allí establecidos.”(21)*

Reiterando, así, la doctrina judicial de la equiparación que emerge del fallo analizado en primer término.

3.2. Derecho a la igualdad en relación con el derecho a la salud

En fecha reciente –a los 11 días del mes de agosto del año 2017– en los autos caratulados *“L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad - art 9 inc. a) y 10 inc. a) Ley XVIII N° 12 (ex Ley 1404)”* (Expte. N° 23.365-L-2014), se dicta la sentencia N° 18/S.R.O.E./2017(22). El trámite tuvo lugar a partir de que la actora

promovió demanda de inconstitucionalidad de esas normas por considerar que vulneran el principio de igualdad y la garantía constitucional del artículo 16 de la Constitución Nacional y lo normado por los artículos 6, 7 y 19 de la Constitución provincial. Solicitó que, declarada la inconstitucionalidad, se ordenara la incorporación como afiliado indirecto de la obra social SEROS a su cónyuge, sin cargo adicional alguno ni período de carencias.

Las normas cuestionadas establecían, respectivamente: Artículo 9°.- *“Quedan comprendidos en la categoría de Indirectos Obligatorios los integrantes del grupo familiar del Afiliado Directo que se detallan: a) El cónyuge mujer; cónyuge varón con incapacidad laboral total y permanente”* y Artículo 10.- *“Comprende la categoría de Indirectos Voluntarios: a) Esposo de la afiliada directa”*. La demandante –funcionaria judicial– cuestionó la reglamentación sosteniendo que la colocaba en situación desventajosa respecto de los varones en su misma condición de afiliados principales, ya que para incorporar a su marido, quedaría en desigualdad respecto de un funcionario varón que desempeñara el mismo cargo y que quisiera incorporar a su esposa a la obra social. Este último no vería mermado su sueldo mientras que ella sí, en razón de que se exige un pago diferencial para el afiliado indirecto *“voluntario”*. Adujo también que se vulneraba el derecho a la salud ya que el PIDESc exige a los Estados que asuman frente a sus habitantes el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Esta obligación no se cumplía si se le descontaba a la actora un porcentaje de su sueldo para cuando no ocurría lo mismo con el hombre en las mismas circunstancias.

Con posterioridad a quedar la causa en estado de ser resuelta, se sanciona la Ley XVIII N°88 que sustituye los artículos cuestionados en el caso, disponiendo que *“quedan comprendidos en la categoría de Indirectos Obligatorios los integrantes del grupo familiar del Afiliado Directo que se detallan: a) Cónyuge o conviviente sin distinción de género, que no posean Obra Social nacional, provincial, sindical o privada...”* y Artículo 10°.- *“Comprenden la categoría de Indirectos Voluntarios: a) Padre o madre del afiliado directo o su cónyuge, cuando no goce de otra Obra Social”*. La actora

postula que esa redacción no resuelve la cuestión planteada, e insiste en el dictado de la sentencia.

El tribunal ingresa al tratamiento del recurso previo a señalar que el caso es de la misma índole que el fallado por ese Tribunal, caratulado “S. de Ch., L. O. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda de Inconstitucionalidad” (Expte. N° 23.305-S-2014), que culminó con el dictado de la SD N° 06/SROE/2017. Entienden que la normativa que reemplazó la tachada de inconstitucional cambió el eje de la discusión que planteaba el caso, en tanto se diluyó la originaria fundada en el sexo del afiliado, por otra fórmula que consideraron, en definitiva, razonable. Y es que la condición que la reforma legislativa impuso, supedita la inclusión directa del cónyuge al hecho que carezca de otra obra social, lo que se estimó atendible si no se justifica que en el caso concreto la persona queda en una situación de evidente desvalimiento o desprotección, sujeta por ende a riesgos que cercenen o menoscaben su acceso a prestaciones de salud. Dado que la propia actora refirió que el cónyuge titularizaba otra obra social en tanto dependiente universitario, el segundo magistrado que emitió su juicio refirió: *“que su derecho a la protección adecuada a la salud no se encuentra restringido en la medida en que no implica hostilidad hacia su condición o fortuna, pues no es que la ley le exija un esfuerzo desmesurado, sino que lo distingue adecuadamente en tanto no pasa por alto la protección que encuentra mediante otra cobertura que cubre la situación de un universo de iguales en iguales circunstancias.”*(23)

Desde otro punto de vista, y en consonancia con la doctrina judicial ya firme respecto del derecho a la salud y la aplicación del PIDESC, el ministro PFleGer escribía:

Como consecuencia de lo dispuesto en el Bloque Constitucional ya referido, el derecho a la salud (a la adecuada preservación de la salud) está comprendido dentro del ámbito más general del derecho a la vida y su protección razonable constituye un deber de prestación insobornable para la autoridad pública que ha de garantizarlo mediante acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o

las entidades de la llamada medicina prepaga (Confr.: CSJN, Fallos: 321:1684 y 323:1339).(24)

Estos argumentos fueron reforzados recordando que aquel bloque constitucional establecía mandatos: *“los llamados deberes de prestación, propios del Estado Social de Derecho, normativamente estipulados, por ejemplo, en el art. 14 de la C.N que declara el carácter de “integral e irrenunciable” de aquellos, el art. 75 inc. 23 C.N. que resulta claro al exigir la acción positiva del Estado para asegurar la igualdad real y la protección de los vulnerables, y los consagrados en los diferentes tratados incorporados en el art. 75, inc. 22 C.N.”(25)*

En el razonamiento que dio lugar a la sentencia se hizo expresa referencia a lo elocuente que resultaba el PIDESC en tanto los Estados Partes *“reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”* y asumen el compromiso de tomar *“medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”* (art. 11.1).

3.3. Derecho a la vivienda: persona con discapacidad

La Sala A de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Comodoro Rivadavia se expidió en un caso en que se había ordenado al Municipio que restituyera la vivienda al actor en condiciones dignas de habitabilidad y/o efectivizara una propuesta habitacional alternativa superadora, confirmando el fallo en función del deber de garantía que atribuye al Estado por tratarse de una persona vulnerable de las incluidas en el artículo 75, inc. 23, CN.(26)

El caso es llevado a los tribunales pues se trataba de un joven discapacitado que, a raíz del fallecimiento del progenitor y el posterior incendio de la vivienda que ocupaban, había quedado en situación de calle siendo asistido por diversos organismos con subsidios y alojamiento en un espacio comunitario. A raíz de que el progenitor

carecía de título de propiedad del inmueble siniestrado, el municipio se negaba a reconocerle al hijo los derechos pre adjudicados al padre, lo que llevó al Tribunal a declarar que esa actitud controvertía el PIDESC y la Observación General 4 del Comité. Argumentan los jueces que *“los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial”*.(27)

Apelando a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que afirma en su artículo 17 que *“toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente, y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”* y en su artículo 25.1 establece: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*.

Recuerdan que a partir de tal declaración el mentado derecho fue reconocido como un derecho humano en las siguientes declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos: Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (art. 11.1); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.iii); Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.h); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27.3); Convención para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias (art. 43), y Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (arts. 13 a 19).

En el desarrollo argumental se refuerza la idea de que la Observación General N° 4 del Comité DESC constituye la principal pauta hermenéutica para el entendimiento del concepto de vivienda alojado en el artículo 11.1 del PIDESC, a la par que se señala que la

extensión de cada derecho en particular ha sido admitida sin ambages por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos: “*Poblete -voto del Dr. Lorenzetti*”, S. 1767 XXXVII, T.328, P. 2056; “*Cristalux S.A.*”, T. 329, P. 1053; “*Girolodi*”, T. 318, P. 5141).

Entre los argumentos centrales, se señala que: “*El derecho a la vivienda, vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al PIDESC, debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte*”. Se afirma en dicho documento que el derecho a una vivienda adecuada, consiste en disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable, se aplica a todos; tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores.(28)

En orden a la legislación provincial, también se enuncia que la Constitución provincial, categóricamente, en su artículo 77, establece que “*el Estado propende a que toda persona acceda a una vivienda digna, para sí y su familia, que incluye servicios sociales y públicos*” y finalmente invocan las previsiones de los artículos 15, 36 y 39 de la Carta Orgánica Municipal. Haciéndose cargo de la variedad de fuentes que protegen el derecho del actor, el Tribunal señala la necesidad de determinar el alcance del deber prestacional desde una óptica que asegura su mayor operatividad en el caso que nos ocupa como categóricamente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “*Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*” del 24 de abril 2012 (Fallos de la CSJN, T° 335 -1-, año 2012, págs. 452/499), en doctrina plenamente aplicable al presente en atención a la identidad fáctica.(29)

En la sentencia se puntualiza que el derecho a la vivienda está íntimamente relacionado con otros derechos humanos y

fundamentales, y citando como fuente al Alto Comisionado de la ONU, Folleto Informativo N° 21, El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada, se sostuvo que: *“por cuanto un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles, no solo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes”*.

Finalmente, y rebatiendo la crítica al fallo formulada por la demandada respecto del exceso de jurisdicción se señala que *“al Poder Judicial le corresponde, supeditado al resultado que arroje el proceso, y comprobada la omisión, fijar las pautas para activar los mecanismos del poder administrador tendientes a la concreción de los derechos ya legislados e incorporados al ordenamiento jurídico vigente”* (del voto de la Dra. Alonso).

En sentido similar, la Sala B de la misma Cámara de Apelaciones resolvió en los autos *“Legajo de copias en Expte. N° 144/2017 H., J.M, c/ Municipalidad de Sarmiento s/ Acción de amparo”* Expte N° 330/2017(30) la confirmación de la medida cautelar anticipatoria peticionada por un ciudadano con una dolencia oncológica y próximo al desahucio de la vivienda que ocupaba. La disposición jurisdiccional consistió en ordenar a la Municipalidad que en el término de diez días corridos provea al peticionante y su grupo familiar de una vivienda digna que se encuentre en condiciones de habitabilidad, con los servicios de luz y gas, bajo apercibimiento de estipular un canon locativo que, teniendo presente los valores de mercado habitual de arrendamientos, no podrá ser inferior a la suma de pesos nueve mil. El juez de grado entendió que el actor logró acreditar no solo la gravedad de su estado de salud, sino también el estado de vulnerabilidad habitacional, el que podría verse empeorado seriamente en la época invernal, con claro riesgo para su vida, en el supuesto de tener que esperar el dictado de la sentencia definitiva.

El tribunal de apelación señaló genéricamente los derechos involucrados, sin embargo argumentó: *“Sabido es que el derecho a la vivienda es un derecho social y a la vez civil. Social en cuanto hace a la obligación*

de la sociedad de arbitrar los medios necesarios para proveerla a todos los habitantes, pero es también civil, en cuanto derecho a su uso, goce y preservación, cuando ya se la tiene. Y cuando no se la tiene, o se la ha perdido, o está próxima a ser despojada de la misma, allí es cuando deben intervenir las instituciones del Estado, creadas para dar solución a este derecho fundamental, y cuando no operan en la debida forma dichas instituciones, le corresponde a la Justicia, dar la solución ante el derecho amenazado”.

Es en esa línea en que sigue la posición de garante que corresponde a uno de los poderes del Estado (el Judicial), que también se señalara en el fallo precedente, de la Sala A del mismo Tribunal Colegiado.

3.4. Derecho a la vivienda: violencia familiar

En ocasión de entender en la apelación formulada por una mujer víctima de violencia de género, la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia hizo lugar parcialmente a los agravios y ordenó la intervención de los organismos administrativos.(31)

La accionante había denunciado una situación de vulnerabilidad socio estructural y con fundamento en la Constitución Nacional, provincial, Leyes N° 26061 y 26485, solicitó se libre oficio a la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia dependiente de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, a la Sra. Ministra de Familia y Promoción Social de Chubut, a efectos de poner en su conocimiento la situación de vulnerabilidad y violencia de género que padece y solicitarles gestionen de manera conjunta, coordinada y estructurada un dispositivo de apoyo y salvaguarda que contemplen: 1) derecho a una vivienda digna, previendo una solución definitiva; 2) derecho a una buena alimentación y vida sana; 3) derecho a un trabajo; 4) derecho a la educación y/o recreación, esparcimiento y deporte. La jueza señaló que esas cuestiones excedían el trámite, no obstante dio intervención a esos organismos.

Posteriormente la mujer solicita se libre oficio al Instituto Provincial de la Vivienda, a fin de que proceda a arbitrar los medios para concederle una vivienda dentro de los planes que se encuentren en ejecución o próximos a su entrega, con la concesión de un plazo de gracia de cinco años para comenzar a abonar el plan de cuotas. Hasta tanto ello ocurra peticiona se ordene al IPVyDU, Ministerio de Familia y Secretaría de Desarrollo que de manera separada, conjunta o articuladamente proceda a alquilar una vivienda digna, que conste con las comodidades suficientes para albergar al grupo familiar. Funda su derecho en la Ley N° 26485, artículo, 9 inciso “k”, Ley XV N° 12, “*Convención de Belém Do Pará*”, artículo 29 Ley N° 26.061. La Asesoría de Familia argumenta sobre el derecho a la vivienda digna, y la jueza mantiene su anterior posición, determinando la necesidad de tramitar un proceso diferente donde se haga parte a los organismos exigidos.

Se agravia la peticionante porque la decisión no reconoce la facultad jurisdiccional de ordenar de modo autosatisfactivo la restauración de los derechos que se solicitan, así como los involucrados en el deber de reparación integral, poniendo así en jaque la responsabilidad del Estado. Señala que la medida de protección requerida al IPVyDU se enrola dentro del marco de la tutela judicial efectiva, tendiente a obtener un hogar que le brinde independencia, seguridad, autonomía para empoderarse y no necesitar de la figura del agresor para desenvolverse en la sociedad. Invoca la regla alojada en el artículo 706 del Código Civil y Comercial.

También se queja argumentando que la decisión aumenta la posición desaventajada de la recurrente, de indefensión respecto del denunciado y el riesgo de sufrir nuevos hechos de violencia por el retorno al ciclo violento. Al resolver el recurso, la Cámara señala: a) que el Estado ha cumplido algunas obligaciones, como la contención psicológica y acompañamiento brindado a la Sra. (apoyo económico por manutención, incorporación al programa alimentario, actualización de DNI, inscripción en la red de Servicio de empleo municipal), espacios recreativos para los niños, orientación a fin de solicitar titularidad de un lote que pertenecía a sus progenitores,

restando resolver su situación habitacional; b) el deber jurisdiccional de responder integralmente, recordando lo que tiene dicho el Superior Tribunal de Justicia: *“es más, no se trata de una opción, es una obligación de los actores judiciales, y tal omisión no satisface la protección solicitada por las víctimas sino que a la postre, también, pone en riesgo la responsabilidad que el Estado Argentino asumió al suscribir los instrumentos internacionales ya referidos. Reiteramos, los parámetros que debieron fundar la solución del caso, no se encontraban en las leyes infra constitucionales que se aplicaron para resolver, sino que los estándares a los que debió recurrir surgían de los principios expresados por la CEDAW, la Convención Belem do Pará, la jurisprudencia de la CIDH y demás instrumentos internacionales que se ocupan de combatir la violencia de género, como conductas que afectan los derechos humanos de las mujeres, y que, por conformar el bloque de constitucionalidad tienen plena operatividad”*(32).

El tribunal juzga que incorporar a la accionante a un plan de viviendas ya terminado importaría afectar derechos de otras personas que ya se encuentran inscriptas y que son destinatarias de esas viviendas, por lo que decide: *“hacer lugar parcialmente a los agravios y se ordenará al Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano de la Provincia del Chubut, se incluya a la actora en el listado de un plan de próxima ejecución, otorgándosele asimismo un plazo de gracia de dos años para comenzar a abonarlo, a contar desde su entrega”*(33), reconociendo así la operatividad del derecho a la vivienda digna. En el mismo sentido, en el año 2011, el Juzgado de Familia N° 1 de Esquel resolvió, en un trámite iniciado por el Servicio de Protección, que la situación de violencia familiar denunciada debía ser abordada integralmente, en consonancia con la legislación sobre salud mental, desechando la pretensión de la Administración de procurar la disgregación familiar.(34) Allí se señaló: *“considero necesario dejar sentado que el Poder Judicial no es ni puede ser un ámbito de definición de la política social. Cuanto más, su función es reducir el margen de discrecionalidad en el diseño e implementación de la misma, siendo su deber la garantía del goce de los derechos, transformándose la judicatura en la encargada de verificar (en presencia de “caso”) la razonabilidad de medidas positivas o negativas adoptadas por el Estado, en base a estándares mínimos de satisfacción de derechos, que de otro modo quedarían únicamente enunciados. Digo “transformándose” porque éste (la mutación de obsoletos esquemas) es uno de los*

nuevos desafíos de este poder del Estado, a partir sobre todo de la incorporación de los tratados universales a las constituciones nacionales.” (35)

Y con ese, y otros argumentos, dispuso –entre otras medidas de abordaje– que en un plazo que se fijó, y en las condiciones que el Municipio o la Provincia entendieran razonables, se solucionara el problema habitacional de la familia.

4. Conclusiones

Como se puede observar, la jurisprudencia de la provincia del Chubut –aún a pesar de que se cuenta con excelentes reglas jurídicas a nivel local– no echa mano a las pautas constitucionales propias, ni recurre –en general– a las herramientas que aporta el sistema interamericano. Sin embargo, esa modalidad argumental no empaña el efectivo reconocimiento de los DESC que, en definitiva, gozan de aplicación en los tribunales chubutenses.

Podemos sostener que Chubut ha decidido en este tema aferrarse no a un eslogan, sino a un principio: ¡Ni un paso atrás!

Referencias Bibliográficas

(1) Entre otras políticas macro económicas de impacto directo en los sectores vulnerables del último período, englobadas en la ambigüedad del término “*cambio*” podemos señalar: a) recortes presupuestarios para la ciencia, la tecnología, y la investigación, b) desarticulación de programas destinados a la violencia de género, las personas con discapacidad, la salud sexual y reproductiva, c) arremetida exitosa por vía de la presión fiscal a las provincias para la reforma del sistema previsional, etc.

(2) Puede catalogarse como mínimo de inquietante en términos de vigencia del derecho convencional de los tratados de derechos humanos, el contenido de la sentencia dictada por la CSJN en fecha 3/05/2017 en el trámite 1574/2014/RHI autos: “*Bignone, Reynaldo*

Benito Antonio y otros/recurso extraordinario”, conocido como “*el fallo del dos por uno*”.

(3)Derechos Fundamentales. Artículo 9.- Los derechos y garantías consagradas por esta Constitución no serán alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. El derecho es el fundamento del Estado y éste se autolimita frente a los derechos naturales del individuo y de las sociedades no estadales, anteriores al Estado mismo y que corresponden al hombre por su propia condición humana.

(4)Operatividad- Reglamentación. Artículo 21.- Los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por esta Constitución se consideran operativos salvo cuando resulte imprescindible reglamentación legal a los efectos de su aplicación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales, debiendo los jueces arbitrar en cada caso los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de trámite sumario. Los derechos sociales y principios de políticas del Estado reconocidos y establecidos por esta Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos. Sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción conforme las leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas.

(5)Vivienda. Artículo 77.- El Estado propende a que toda persona acceda a una vivienda digna, para sí o su familia, que incluye servicios sociales y públicos e integración con el entorno natural y cultural, quedando resguardada su privación. En sus previsiones el Estado contempla planes habitacionales, individuales y colectivos, en función del progreso tecnológico y de la evolución social. La política respectiva provee el ordenamiento territorial con miras al uso racional del suelo, al interés público y a las características de las diversas comunidades. El acceso a la vivienda propia se promueve en todo el ámbito de la Provincia, sobre la base de la equidad y mediante regímenes adecuados a los distintos casos, con prioritaria consideración a los de menores recursos.

(6)Amparo. Artículo 54.- Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos o garantías reconocidos por la Constitución

Nacional o por la presente y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma sumarísima que determine la ley. La elección de esta vía no impide el ejercicio de otras acciones legales que pudieran corresponder. En su caso el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

(7) Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, (20/12/2017), “*Fundación Ceferino Namuncurá c/ Provincia del Chubut s/ Acción de Amparo*” (Expte. N° 313 Año 2017) provenientes del Juzgado de Familia N°2 (Expte. N°431/17), inédito.

(8) Arts. 54, 57, 58, 59 y 111 de la Constitución Provincial, y Ley V N° 84 DJP, antes Ley N° 4572.

(9) Fallo inédito, citado en nota al pie 8.

(10) PIDES, arts. 2 a 5, 13 y 15

(11) Entre las que se citó la Ley de Educación Nacional, cuando en el art. 13 señala la responsabilidad del Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de reconocer, autorizar y supervisar el funcionamiento de instituciones educativas de gestión privada, confesionales o no confesionales, de gestión cooperativa y de gestión social; el artículo 140° que establece que “*el Consejo Federal de Educación acordará los criterios generales y comunes para orientar, previo análisis y relevamiento de la situación en cada jurisdicción, el encuadramiento legal de las instituciones educativas de gestión cooperativa y social y las normas que regirán su reconocimiento, autorización y supervisión*” y la Ley VIII N° 71 DJP de Chubut, más las diferentes resoluciones ministeriales que aprobaron el funcionamiento de estos establecimientos y la contribución del Estado provincial a sus sostén financiero.

(12) Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), oficina del Alto Comisionado, 5° período de sesiones, 1990, en especial párrafo 9, disponible

http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=uploads/RTEmagicP_1452.

(13) Se señaló en Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos

Humanos por consenso el 27 de septiembre de 2012, en la Resolución 21/11, en el apartado IV. *“Requisitos de aplicación, 48. Los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar medidas para hacer plenamente efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, y la normativa de derechos humanos exige que en todo momento se garanticen por lo menos los niveles esenciales mínimos de todos los derechos. La normativa internacional de derechos humanos prevé, cuando las limitaciones de recursos así lo exijan, la realización progresiva de algunos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales a lo largo de un período de tiempo y con indicadores bien definidos, pero las medidas regresivas deliberadas solo están permitidas en casos excepcionales y con carácter temporal. En todo momento, los Estados deben poder demostrar que han adoptado medidas concretas para combatir la pobreza y probar que lo han hecho hasta el máximo de los recursos de que disponen, con inclusión de la asistencia y la cooperación internacionales”*. Cita que, entre otros argumentos, refuerza lo sostenido.

Recuperada de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf

(14) Reconocido, entre otros instrumentos, en la Declaración sobre el derecho al desarrollo adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, art. 6.2, 8 y 9, y en especial el art 10 que señala: *“Deben adoptarse medidas para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo, inclusive la formulación, adopción y aplicación de medidas políticas, legislativas y de otra índole en el plano nacional e internacional”*.

(15) Observación General N° 18 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *“El derecho al trabajo”* (artículo 6 PIDESC), aprobada el 24 de noviembre de 2005 por el CESCR en su 35° período de sesiones.

(16) Observaciones finales del Comité DESC para la República Argentina, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 47° período de sesiones 14 de noviembre a 2 de diciembre de 2011.

Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/ARG/CO/3&Lang=Sp

(17) La Ley XVIII-N° 12 (antes Ley 1404) instituye el régimen de prestaciones de salud y asistenciales para el personal de la

Administración Pública Provincial y Entidades Descentralizadas, de las Corporaciones Municipales que se adhieran y de los beneficiarios del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, con excepción de todos aquellos agentes que se encuentren amparados y obligados a efectuar aportes a otra Obra Social por imperio de Leyes Provinciales y/o Nacionales.

(18)STJCh (Sentencia 002/2015), “A. O. E. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia El Chubut S/ Amparo”. Expte: 23463/2014, fecha de firma: 26/03/2015. Recuperado de [http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/”#](http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/)

(19)Voto del ministro PASUTTI.

(20)Voto del ministro PASUTTI.

(21)STJCh (10/11/2017) “Recurso de Queja en autos: ‘L., A. E. c/Obra Social Unión Personal de la Unión Personal Civil de la Nación (OSPCN) s/Medida autosatisfactiva’, (Expte. N° 54/2017 CACR)” (Expte. N° 24726/2017), Sentencia N° 195/SRE/2017.

(22)STJCh (018/2017) “L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad art. 9 inc a) y 10 inc. a) Ley XVIII N° 12 (ex ley 1404) Expte: 23365/2014. Fecha de firma: 11/08/2017. Recuperado de [\(23\)STJCh \(24 de mayo de 2016\) “L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad art. 9 inc. a\) y 10 inc. a\) Ley XVIII N° 12 \(ex ley 1404\), con cita del fallo de la Corte Suprema de la Nación en la causa ‘B., V. P. c/ Obra social del Poder Judicial de la Nación s/ expedientes civiles’”. Al resolver el Recurso de Hecho deducido por el Estado Nacional \(Ministerio de Justicia y Derecho Humanos\), revocando la sentencia apelada y rechazando la demanda “en tanto que la familiar de la actora cuenta con las prestaciones de salud que le otorga su obra social, se aprecia que la denegación de la afiliación por la institución demandada no comporta un menoscabo de los derechos constitucionales relativos al resguardo de la salud”.](http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/”#</p></div><div data-bbox=)

(24)STJCh, “L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad art. 9 inc a) y 10 inc. a) Ley XVIII N° 12 (ex ley 1404), del voto del ministro PFleGer”

(25)STJCh, “L., J. H. s/ Demanda de Inconstitucionalidad art. 9 inc a) y 10 inc. a) Ley XVIII N° 12 (ex ley 1404).

(26)Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A (15/09/2015) “N., V. J. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción

de amparo". Expte. N° 415/15, origen: Juzgado Letrado de Familia nro. 1 (Expte. nro. 399/15). Sentencia 013/2015. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>

(27) Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, "N., V. J. c/ *Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo*", Expte. N° 415/15, origen: Juzgado Letrado de Familia nro. 1 (Expte. N° 399/15).

(28) Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, "N., V. J. c/ *Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo*", Expte. N°. 415/15, origen: Juzgado Letrado de Familia N° 1 (Expte. N°. 399/15), del voto de la Dra. Alonso.

(29) Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, "N., V. J. c/ *Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo*", Expte. N° 415/15, origen: Juzgado Letrado de Familia N° 1 (Expte. N° 399/15), del voto de la Dra. Alonso.

(30) Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia-Sala B (29/08/2017). Sentencia 127 /2017. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>

(31) Cámara de Apelaciones Comodoro Rivadavia-Sala B (29/08/2017). Sentencia 128 /2017, "T., J. c/ A., S. A. s/ *violencia familiar*". Expte. 244/2017. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>"

(32) STJCh. (21/10/2016) "D.,L.M. C/M.,F.M.l s/ *Violencia Familiar* (Expte. N° 25/2016)". Expte 24525/2016. Sentencia 088 /2016. Recuperado de <http://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/Sentencias/Buscar/Fallos/>"#

(33) STJCh (21/10/201) "D.,L.M. C/M.,F.M.l s/ *Violencia Familiar* (Expte. N° 25/2016)". Expte 24525/2016. Sentencia 088 /2016

(34) STJCh, "C., J. D. S/*violencia familiar*", Expte. N° 929-182-2008-C-correctado por orden judicial - "Servicio de Protección de Derechos s/ Medida de protección de derechos". Recuperado de <http://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/3085>

(35) STJCh, "C., J. D. S/*violencia familiar*", Expte. N° 929-182-2008-C-correctado por orden judicial - "Servicio de Protección de Derechos s/ Medida de protección de derechos".

Jurisprudencia española

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 88, 247

Cita Online: LALEY AR/DOC/1095/2019

[Consultado el: 04/06/2021]

I. Pensión compensatoria: reconocimiento y compensación con canon por uso exclusivo de la vivienda

La sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó sentencia nro. 572/2018 en fecha 15/10/2018, luego de haber analizado los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por una excónyuge contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 22.a de la Audiencia Provincial de Madrid. Alegó la recurrente que la resolución del órgano revisor omitió todo pronunciamiento sobre la pensión compensatoria, pese a que la sentencia de primera instancia había determinado el reconocimiento de una pensión compensatoria vitalicia; en cuanto al segundo argumento, por infracción del art. 24.1 y 120.3, CE, denunció la omisión en la resolución impugnada de pronunciamiento alguno sobre la pensión compensatoria. En definitiva, como lo señaló el Supremo, mediante dos vías diferentes se quejó de una incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre la subsistencia de la pensión compensatoria. El primer recurso —procesal— es rechazado por no haberse requerido en la instancia correspondiente el complemento de la sentencia, recordando que *"esta sala, cuando se trata de denunciar la incongruencia por falta de pronunciamiento, ha exigido la denuncia previa de dicha omisión por el cauce previsto en el art. 215 LEC ('subsanción y complemento de sustancias y autos defectuosos o incompletos'). Así las SSTS nro. 891/2011, de 29 de noviembre; nro. 712/2010, de 11 de noviembre, y nro. 891/2011, de 29 de noviembre (sic), concluyen que '(n)o habiendo acudido a este*

procedimiento, la denuncia de esta infracción es inadmisibile y, en el trance de dictar sentencia en que nos encontramos debe ser desestimado". El segundo es tratado.

Los antecedentes del caso son los siguientes: la actora había iniciado el juicio de divorcio y solicitado puntualmente: a) la declaración del divorcio de los cónyuges que podrán fijar libremente sus domicilios; b) la revocación de todos los poderes y consentimientos que se hayan otorgado los cónyuges entre sí; c) La disolución de la sociedad legal de gananciales; d) la atribución a ella del uso del que fue el domicilio familiar, sito en Madrid; e) se determine como compensación por el desequilibrio económico que el divorcio produce a la esposa, una pensión mensual por un importe de 1.000 euros, pagadera por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, a través de su ingreso en la cuenta bancaria que la esposa designe, siendo revisada dicha cantidad anualmente, con efectos al 1 de enero de cada año, conforme al porcentaje de incremento que pueda experimentar el índice de precios al consumo o indicador que en su caso lo sustituya. O, subsidiariamente, disponga una compensación económica consistente en una prestación única por importe de 250.000 euros, que habrá de satisfacer en el plazo no superior a los tres meses a contar desde la fecha de la sentencia y con el devengo de los intereses legales desde el fallo. El demandado requirió se acuerde el divorcio con sus efectos inherentes, se desestime la pensión compensatoria solicitada por la esposa y se restituya el uso del domicilio que era de su propiedad. En primera instancia se decretó el divorcio con los efectos pedidos, y se reconoció a la cónyuge una pensión compensatoria vitalicia, aunque el importe de ella *"ha de entenderse sustituido en este caso por la adjudicación a Doña R. del uso y disfrute del hasta ahora domicilio conyugal hasta tanto que el Sr. V. pasara a necesitarla para sí, supuesto en el que como propietario habría de adjudicársele en el correspondiente proceso de modificación de medidas"*. Apelada la resolución por el excónyuge, el 30 de diciembre de 2016 la alzada la revoca parcialmente en el sentido de declarar y disponer que procede limitar el uso temporal de la vivienda otorgada a la mujer a dos años contados desde la sentencia de primera instancia (5 de junio de 2015),

"transcurridos los cuales quedará la vivienda para el uso y disfrute del propietario de la misma". Es decir que, conforme el fallo de segunda instancia, el derecho al uso exclusivo de la vivienda reconocido como pensión compensatoria —figura muy similar a lo que en nuestro derecho es la compensación económica— cesaba el 5 de junio de 2017 y, por lo tanto, a juicio de la casacionista, esto era incompatible con la calidad de vitalicia que se había reconocido en la primera instancia.

La sala juzgó que, si bien la sentencia de primera instancia decidió sobre la pensión compensatoria imputándola al uso de la vivienda —propiedad del esposo— sin establecer una cuantificación económica determinada para dicha pensión, cuando es ese el momento preciso para hacerlo, ya que se ha de tener en cuenta la situación económica y el posible desequilibrio en el momento de la ruptura y no después, dicha sentencia no fue recurrida por la esposa, solicitando que se le asignara una cantidad por pensión compensatoria para el momento en que hubiera de cesar en el uso de la vivienda. Con ese piso de marcha, razonó que *"... de modo que, al resultar modificada dicha sentencia por la Audiencia en el sentido de que la atribución del uso de la vivienda pasa ahora a ser temporal, cabe entender que comporta también la temporalidad de la pensión compensatoria, lo que determina que no se infringe el art. 97, Cód. Civil, que permite tal reconocimiento por cierto tiempo"*. Confirmó entonces la sentencia de la Audiencia, en tanto compensó con el uso de la vivienda de propiedad del hombre, sin abonar canon alguno, con la pensión compensatoria que se había reconocido —sin fijar suma determinada— a la mujer.

II. Pensión compensatoria (compensación económica): cese por recepción de herencia de la beneficiaria. Rechazo

El mismo tribunal dicta, en fecha 17/10/2018, el fallo (1) por el que confirma lo resuelto por la Audiencia Provincial de Valencia que había revocado el cese de la pensión compensatoria reconocida a la excónyuge. Los antecedentes fueron: en fecha 13 de noviembre de 2006, en los autos de divorcio contencioso nro. 249/2006 se fijó pensión compensatoria, sentencia que fue revocada parcialmente,

rebajando el importe a 550 mensuales, en fecha 25/06/2007 al haberse reducido los ingresos del esposo como consecuencia de su jubilación y cierre de un negocio.

El Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Valencia, a instancias del excónyuge, dictó sentencia con fecha 17 de febrero de 2017, declarando la extinción de la pensión compensatoria, decisión revocada teniendo en cuenta los hechos siguientes: a) la esposa nació en 1956 y prestaba servicios desde los 16 años como empleada de hogar para el recurrente, nacido en 1935, viudo con cuatro hijos de corta edad, y ambos contrajeron matrimonio en el año 1975, cuando ella tenía 19 años y el 40. Tuvieron dos hijos comunes, que nacieron en 1976 y 1978, que estuvieron al cuidado de la esposa junto a los cuatro hijos de su marido. b) La esposa siguió al marido en sus destinos como militar y colaboró en un negocio que el esposo tenía, prestando servicios como auxiliar de preescolar entre los años 1975 y 1989, sin que fuese dada de alta en Seguridad Social ni tener aportes. c) En 1989 el esposo dirigió, a partir de 1996, un centro de estudios en el que también colaboró la esposa realizando funciones administrativas. d) A pesar de los servicios prestados, la esposa solo estuvo en alta como empleada de hogar un mes en julio de 1975 y durante diversos periodos entre marzo de 1996 y abril de 2001 (1068 días —2,9 años—). e) Desde abril de 2001 la esposa está en tratamiento psiquiátrico por un estado depresivo grave reactivo debido en parte al conflicto conyugal, con altibajos.

De estos hechos deduce lo siguiente: a) la falta de aportes impidió a la esposa acceder a una pensión de jubilación contributiva; b) se dedicó a la familia, incluida la crianza de los hijos de su esposo, y colaboró en las actividades mercantiles de este sin haber cotizado por ello; c) en la liquidación de la sociedad de gananciales que se practicó en el año 2012 con conformidad de las partes, ambos resultaron adjudicatarios de lo siguiente: el esposo de un chalet, de muebles y 18.000 que le debía entregar la esposa. La esposa de un local comercial, metálico y valores en cuenta. El chalet fue valorado en 1.418.000 y el local comercial en 440.500, el metálico existente

ascendía a 114.563 y los efectos (letras del tesoro) a 90.000; d) la esposa adquirió una vivienda de protección oficial con los fondos que le habían sido adjudicados; e) además de los indicados bienes inmuebles que se adjudicaron, y que constituyen un patrimonio de valor considerable para ambos esposos (que pueden determinar rendimientos mediante alquiler u otra forma de inversión), el esposo percibe una pensión de jubilación de 2.109,58 en catorce pagas, lo que supone 2.461 mensuales, mientras que la esposa, salvo algunos trabajos esporádicos, no está en condiciones de acceder al mercado laboral de un modo pleno, por su edad, estado de salud y falta de cualificación profesional y de pensión, como disfruta el esposo.

La decisión final considera que el importe del alquiler del local recibido por la liquidación de la comunidad de gananciales es menor que la que le asignó la sentencia del juzgado. Recuerdan en primer lugar, que el principio dispositivo consagrado en el art. 216 de la LEC supone únicamente que los tribunales están limitados por las aportaciones de hechos, pruebas y alegaciones de las partes, pero ello no determina que la resolución judicial no pueda ignorar unos hechos en beneficio de otros, ya porque no los considere probados, ya porque entienda que carecen de trascendencia jurídica para el fallo del litigio; el artículo se limita a establecer el principio de justicia rogada y no se refiere a la apreciación o valoración de la prueba o a la necesidad de ella, de tal forma que no se contradice si la sentencia decide el asunto dentro del ámbito fáctico y jurídico con que fue planteado y debatido en el litigio con independencia de cuál de las partes litigantes hubiera propuesto la prueba o pruebas determinantes (sentencias 38/2010, de 4 de febrero; 654/2010, de 29 de octubre).

En segundo lugar, señalan que la valoración de la prueba solo puede excepcionalmente ser revisada mediante el recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1.4.o, LEC, por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, no superaría el test de la

racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24, CE (sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre; 458/2009, de 30 de junio; 736/2009, de 6 de noviembre; 333/2013, de 23 de mayo, todas ellas citadas por la sentencia 615/2016, de 10 de octubre). Con ese soporte afirman: *"Que la sala haya deducido de un certificado médico sin actualizar el estado de salud de la esposa, no es un error patente. La recurrente tuvo a su alcance desvirtuarlo y no lo hizo, pero además no es solo el estado de salud lo que la sentencia tiene en cuenta para justificar la falta de trabajo. La sentencia tiene en cuenta otros factores como la falta de cualificación profesional de la esposa"*.

En tercer lugar, señalan que lo que hace la parte recurrente es *"especular sobre los bienes y sus frutos recibidos por la esposa de la berencia de su madre, sin desvirtuar las razones de la sentencia sobre la entidad y rentabilidad de la misma"*.

Los argumentos principales tomados en consideración fueron:

1. La pensión compensatoria está concebida en la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges (sentencias 864/2010, de 19 enero; 133/214, de 17 de febrero, entre otras). Pero se olvida con frecuencia que estamos en un procedimiento de modificación de medidas en el que se juzga si han cambiado o no las circunstancias que se tuvieron en cuenta para atribuir a uno de los cónyuges una pensión compensatoria. Es cierto que el patrimonio de la esposa se ha incrementado con los rendimientos del local recibido a resultas de la liquidación, pero cierto también que este desequilibrio no ha desaparecido a tenor de los datos que valora la sentencia (2).

2. El importe de la pensión se había revisado en el año 2007 como consecuencia de la jubilación del esposo, pero, fuera de este incremento patrimonial, las circunstancias seguían siendo las mismas, agravadas por la edad de la esposa, que no tiene posibilidad de acceder a una pensión de jubilación contributiva por la falta de cotizaciones, y

sin posibilidad de recuperar todo el tiempo dedicado a la familia y a las actividades mercantiles del esposo. La herencia recibida no justifica la extinción, pues no se acreditó que los bienes recibidos "*sean aptos para generar ingresos que impliquen una alteración de la fortuna de la esposa o en sus ingresos que sea significativa*".

3. La doctrina jurisprudencial en la interpretación de los arts. 100 y 101 del Cód. Civil que mantiene el tribunal es que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción, lo que no se acreditó en el caso.

III. Convenios privados entre cónyuges durante la separación de hecho: naturaleza jurídica, validez, eficacia, alcance ante la falta de homologación judicial

Observaremos cómo dos fallos recientes del Tribunal Supremo abordan la cuestión del alcance de los convenios realizados por las parejas separadas de hecho, no sometidos a aprobación judicial o no homologados, sea porque no fueron presentados o porque, incorporados, no fueron ratificados por alguna de las partes en el proceso de divorcio. Se trata de dos sentencias en las que los convenios involucran efectos patrimoniales, pero también personales relativos a los hijos de la pareja en proceso de divorcio, así como la exigibilidad de lo acordado ante la falta de aprobación judicial y de ratificación en el proceso de presentación conjunta y la validez — o no — en el contencioso.

En un primer fallo dictado por el pleno de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 15 de octubre de 2018, se resuelve sobre la naturaleza jurídica, validez y eficacia del convenio regulador firmado en situación de crisis matrimonial que no fue sometido a la aprobación judicial, pero que se venía cumpliendo de manera intermitente por ambas partes. Ya en sentencias anteriores (3) se había

determinado que el derecho español se caracteriza por un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones, entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales; esos convenios tienen un carácter contractualista, por lo que exigen la concurrencia de los requisitos que, con carácter general, establece el Cód. Civil para toda clase de contratos en el art. 1261, *"siendo la aprobación judicial que establece el art. 90 del Código un requisito o conditio iuris de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia"*.

Ahora bien, dice la doctrina del TS, ello no impide que, al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de este, o posteriormente, haya sido aprobado o no judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, *son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial*, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art. 1255 del Cód. Civil.

En otras palabras, si coincidieron el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez, son negocios jurídicos familiares eficaces; si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico. Esta doctrina alcanza a los pactos originarios y a sus modificaciones, se hayan o no incorporado al proceso de divorcio.

Los hechos del primer caso fueron los siguientes: las partes se separaron y firmaron un acuerdo privado el 22 de agosto de 2013, estableciendo pensión de alimentos para el hijo común, así como la contribución paterna para los gastos extraordinarios educativos y sanitarios, consistente en la mitad de su importe. El progenitor incumplió la obligación y la progenitora reclamó el pago de todo lo adeudado, basando jurídicamente su petición en el convenio regulador suscrito privadamente entre las partes, con cita en apoyo de su pretensión de la sentencia 325/1997, de 22 de abril. El demandado reconoce que ambos cónyuges suscribieron el documento privado, pero alega que no llegó a ser aprobado judicialmente, pues no iniciaron o promovieron el oportuno procedimiento judicial de divorcio, y aduce que las medidas personales y patrimoniales contenidas en el documento privado no se han venido cumpliendo de manera plena y satisfactoria por ambos progenitores, habiendo existido reiterados y constantes incumplimientos por uno y otro progenitor. El 10/07/2017 la Audiencia Provincial de Asturias confirma parcialmente la sentencia de la primera instancia que admitió parcialmente la demanda de la señora. La AP recoge parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n. 9 de Gijón en autos de divorcio nro. 74/16-5, revocándola en el sentido de atribuir la custodia compartida del hijo del matrimonio a ambos progenitores, fijando un pormenorizado régimen comunicacional y reduciendo el importe actualizable que el padre deberá abonar a la madre en concepto de alimentos a favor del hijo, a la par que se dispone la contribución paterna en un sesenta por ciento de los gastos extraordinarios.

En la resolución definitiva que adopta el Tribunal Supremo se hace referencia a la sentencia 325/1997 del 22 de abril, que ambas partes invocaron para sostener sus posiciones. Recuerda que, en aquella ocasión, con relación a un convenio de efectos de la separación entre excónyuges no homologado, se dijo que se trataba de un negocio jurídico del derecho de familia, una expresión del principio de autonomía privada que, como convenio regulador, requiere

aprobación judicial, pues ella sería una condición determinante de su eficacia jurídica. Sin embargo, señala que allí se agregó: *"Deben, por ello, distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 del Cód. Civil. La sentencia de 25 de junio de 1987 declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; la de 26 de enero de 1993 añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes"*. Previo establecer las diferencias en cuanto al soporte fáctico entre el caso anterior (4) y el ahora traído y puesto que el documento firmado en aquella por las partes tenía como objeto una matización sobre la liquidación de gananciales, y no sobre las obligaciones alimenticias respecto de hijos menores de edad —como en la sentencia en comentario—, recalcan la doctrina que señala que debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges. Sin perjuicio de ello, señalan que los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes menores de edad serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del hijo/a, y con la limitación impuesta en el art. 1814, Cód. Civil, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente.

Concluye la sala que las partes confirieron al documento firmado y no presentado naturaleza de convenio privado no aprobado judicialmente, para regir las relaciones de la separación de hecho. Agregan que lo cumplieron ambas partes, aunque con irregularidades, resolviendo que el convenio regulador no puede tacharse de ineficaz por carecer del requisito de ser aprobado judicialmente. El demandado recurrente, sostiene, obra de forma reprochable, yendo en contra de sus propios actos, pues convino con la actora las

prestaciones alimenticias del hijo, reconoce que el convenio se ha ido cumpliendo, aunque irregularmente, y, ante la reclamación de lo adeudado, articula como defensa que carece de efectos al no haber sido objeto de aprobación judicial, sin que en todo el tiempo de vigencia haya llevado a cabo ninguna gestión judicial en orden a la adopción de medidas relacionadas con el hijo. En definitiva, en palabras del Cód. Civil de Cataluña, art. 235.5.3, juzgan que "[l]os pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda su cumplimiento" y reiteran que la falta de homologación judicial no mengua la eficacia del acuerdo privado, ni tampoco su validez, aun cuando no haya contado con aprobación judicial.

Con relación a la excepción del contrato incumplido interpuesta por el progenitor alegando que el incumplimiento que ha llevado a cabo de la obligación alimenticia pactada en el convenio *"viene precedido del incumplimiento por la actora del régimen de visitas y comunicación entre él y su hijo menor, que también fue pactado"*, la sentencia señala que la doctrina de la sala, que trae a colación la sentencia 484/2017, de 20 de julio, por remisión a la sentencia de 17 de febrero de 2015, afirma que *"de inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el art. 39.1 y 3, CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención"*. Corolario de la especial naturaleza de la obligación alimenticia de los progenitores para con sus hijos menores de edad es que no pueda hacerse depender su pago del cumplimiento o incumplimiento del progenitor custodio de otras estipulaciones del convenio. Confirman así lo resuelto por la instancia anterior.

En el segundo caso, se trata de una sentencia más reciente (5) en la que las partes, en fecha 21 de octubre de 2015, presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 10 de Alicante solicitud de divorcio de mutuo acuerdo, con apoyo en el convenio regulador suscrito el 6 de octubre del año 2015, denominado "*pacto de convenio familiar y convenio regulador*"; el Sr. J no acudió a ratificar el convenio, por lo que se dispuso el archivo del procedimiento. Planteado el divorcio e invocado el acuerdo por la mujer —el que también contenía un mandato irrevocable a su favor para proceder a la venta de inmuebles—, el caso llegó a la instancia superior por disconformidad del excónyuge.

Los hechos fueron: la Sra. I presentó seguidamente a la disposición de archivo la demanda de divorcio por vía contenciosa y solicitó como efectos de divorcio, y con causa en lo pactado en el convenio regulador firmado, pensión de alimentos a favor del hijo común, mayor de edad pero dependiente económicamente de sus progenitores, que los gastos extraordinarios fueran atendidos por mitad entre ambos progenitores; una pensión compensatoria a su favor que dividió en dos fases: el pago mensual de la cantidad de 50 hasta que cumpliera los 67 años de edad, actualizable anualmente y una cantidad capitalizada de 40.000; más una indemnización a favor de la demandante, al amparo del art. 1438 del Cód. Civil, de 50.000 que debía ser abonada por el Sr. en el plazo de tres años. También requirió la atribución el uso de la vivienda familiar, ajuar y mobiliario, para ella y el hijo común, por ser el interés más necesitado de protección; y el pago de unas concretas cargas del matrimonio, forma de liquidación coincidente con el convenio. El demandado se opuso y reclamó: la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hijo común, J. de 21 años de edad, por un plazo máximo de cuatro años; la contribución por mitad de todas las cargas matrimoniales, y, más en concreto, al pago de los gastos inherentes a la propiedad de la vivienda familiar, la atribución por mitad del mobiliario y del ajuar familiar existente en la vivienda familiar, el establecimiento de la obligación del padre de contribuir a los gastos ordinarios de J, con el importe de 300 mensuales hasta que el hijo cumpla 25 años de edad,

el pago por ambos cónyuges al 50% de todos los gastos extraordinarios hasta la misma edad. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, dispuso el divorcio, disolvió el régimen patrimonial y ratificó en su integridad las medidas acordadas por los cónyuges en convenio regulador de 6 de octubre de 2015 (6).

La Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia el 17 de enero de 2018 recogiendo el recurso del demandado y denegando la pensión compensatoria, la compensación económica de 50.000 euros reconocida a la exesposa por su trabajo, y limitaron el uso de la vivienda. Confirmaron en lo demás el fallo originario (7). Ello motivó la interposición del recurso de casación, señalando que la sentencia infringe lo dispuesto en los arts. 96 y 97 del Cód. Civil, y jurisprudencia que lo interpreta (8), así como lo dispuesto en el art. 1438 del Cód. Civil y especialmente la doctrina jurisprudencial con relación a la validez y calificación de los convenios de divorcio suscritos por los cónyuges y no ratificados judicialmente.

Luego de reiterar su doctrina acerca de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en lo tocante a regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal (9), con cita de la sentencia de 24 de junio de 2015 rec. 2392/2013, la sala recuerda: *"en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 del Cód. Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323, Cód. Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255, Cód. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Cód. Civil catalán"*. Y reafirma la jurisprudencia consolidada sobre la eficacia de los convenios, ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997 referida anteriormente.

Se refuerza la idea de que no está condicionada la validez y la fuerza vinculante *inter-partes* de ese tipo de pactos a la aprobación y homologación judicial, incluso se insiste en que, una vez aprobado el

convenio, los aspectos patrimoniales no contemplados en él y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial, teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez solo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal "*como negocio jurídico*". En consecuencia, "*las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255, Cód. Civil*", en tanto no verse sobre cláusulas indisponibles ni se aleguen y comprueben condiciones para su invalidez contractual.

Como en este segundo caso lo que se plantea es la validez del convenio regulador no ratificado por uno de los cónyuges, bien entendido que se trata de un convenio que se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial y que, iniciado este, no fue ratificado por el Sr., que sí lo había suscrito con tal finalidad, vuelven sobre lo juzgado en la sentencia 325/1997, de 22 de abril, que con tanta reiteración se cita, pues tiene por objeto, como cuestión jurídica esencial, la naturaleza del convenio regulador en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el art. 90, Cód. Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En ese aspecto señalan que, en tanto negocio jurídico de derecho de familia, conforme la expresión del principio de autonomía privada, el convenio regulador requiere la aprobación judicial como *conditio iuri* determinante de su eficacia jurídica, pero, si no hubiese llegado a ser aprobado judicialmente, no es ineficaz, sino que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico.

Descendiendo al supuesto enjuiciado, y en aplicación de la anterior doctrina, el convenio regulador de fecha 6 de octubre de 2015, al no haber sido ratificado por el Sr., carece de eficacia jurídica para formar parte del proceso de divorcio de mutuo acuerdo y, por ende, para quedar integrado, tras su homologación, en la resolución judicial con toda la eficacia procesal de fuerza ejecutiva que ello conlleva. Pero ello no impide a que se califique eficaz como negocio jurídico y válido. La sala se ocupa de señalar que si se aporta el convenio al proceso contencioso, seguido al frustrado de mutuo

acuerdo, no podrá recibir el mismo tratamiento vinculante que en este, en el que solo el tribunal puede formular reparos si, ante la gravedad de lo acordado en contra de un cónyuge, entrevé un vicio del consentimiento (art. 777, LEC, en relación con el art. 90, Cód. Civil), pero tampoco podrá, como afirma la sentencia recurrida, ser tratado como un simple elemento de negociación. Se trata en este caso de un acuerdo de naturaleza contractual, con las posibles consecuencias contempladas en el art. 1091, Cód. Civil.

Por tanto, concluyen, *"una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del art. 1255, Cód. Civil, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento entonces prestado, en los términos del art. 1265, Cód. Civil, o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso"*, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos en los que cada cónyuge intervino asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio.

No se trata de una asimilación automática entre un convenio ratificado y otro que no lo está, sino de valorar la negativa como injustificada cuando antes existió una conducta que, al menos para la otra parte, significó una expectativa de un acuerdo con fuerza de eficacia y en tanto negocio jurídico familiar. En particular, en el caso se confirmó que el convenio denota que en su estudio y redacción han intervenido las direcciones letradas de cada una de las partes, y que no es fruto de una irreflexiva y precipitada decisión de estas. Todas las circunstancias que se alegan en la contestación de la demanda para justificar que lo acordado era gravemente perjudicial para él, aparecen contempladas en el convenio y, por ende, no resultan novedosas para el recurrente, por lo que se resuelve casar la sentencia y ratificar la dictada en la primera instancia, salvo *"que las concretas peticiones de la demanda sean más favorables para el demandado, y las concrete y especifique este respecto a las contenidas en el convenio"*.

IV. Exclusión de la vivienda de la excónyuge copropietaria por vencimiento de plazo, pese al nacimiento de un hijo

En otro también reciente fallo, más precisamente dictado el 31/10/2018, el Tribunal Supremo, sala Civil (10), rechazó los recursos de casación e infracción procesal interpuestos en contra de la sentencia que dispuso la confirmación del desalojo por vencimiento del plazo con relación a quien continuó en uso de la vivienda familiar junto a un hijo nacido de otra relación, y de la que era copropietaria junto a su excónyuge (11).

Con fecha 16 de marzo de 2018, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, País Vasco, rechazó la pretensión de la actora consistente en que se le prorrogue hasta la liquidación de la sociedad de gananciales el derecho de uso sobre la vivienda conyugal, que le fue concedido por sentencia. A ello se opone el demandado, y alega que el usufructo concluyó el 5 de abril de 2017, por lo que no cabría prórroga alguna. La sentencia de primera instancia había dispuesto prorrogar el derecho de uso hasta la liquidación del haber ganancial y patrimonio común, debiendo mientras tanto abonar al demandado en concepto de alquiler la suma de 180 euros mensuales, apoyándose en que su interés es más digno de protección por nacimiento de un hijo, aumentando sus cargas familiares, no contando con otro lugar donde residir. Recurrida en apelación, se estima el recurso, declarando extinguido el derecho. En esencia, porque ha quedado acreditado que los ingresos de la apelada se han incrementado considerablemente hasta alcanzar los 1800 euros mensuales, y que, habiéndosele atribuido el uso en atención a su peor situación económica, y por ser el interés más necesitado de protección, la variación de las circunstancias hace procedente sin más desestimar la demanda y acoger el recurso. Pero además explica que, habiéndose aplicado el art. 12 de la ley 7/2015 (12), cuando se dictó la sentencia ahora recurrida ya había expirado su derecho al uso exclusivo. También se entiende que la maternidad sobrevenida, fruto de otra relación, es ajena al recurrente

en apelación, no pudiéndose ver afectado con una restricción de sus derechos por tal motivo.

Como argumento casatorio, la mujer invocó la infracción del art. 12, ley 7/2015, al tratarse de una norma con vigencia inferior a cinco años sin que exista doctrina jurisprudencial, y con cita STS de 25 de marzo de 2015, alegó sobre los criterios a tener en cuenta para atribuir el uso de la vivienda familiar sin hijos comunes. Este recurso es rechazado por falta de acreditación de interés casacional, art. 483.2.3.o, LEC (13), y de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.o, LEC). A ese respecto, señala la sala que, instada por la parte recurrente la modificación que se ha producido —relación estable con un tercero, y nacimiento fruto de ello de hijo común— nada tiene ver con el demandado, es decir, con su expareja, ajeno totalmente a ello, el cual no puede verse afectado en los términos pretendidos por la actora recurrente, y en su día demandante, con una restricción o privación de sus derechos patrimoniales como consecuencia de la citada circunstancia, ya que corresponde a la demandante y su nueva pareja subvenir a las necesidades de su hijo común, sin que ello afecte al demandado. Afirman que "*[e]sa es la ratio decidendi, que no se ha operado una modificación de las circunstancias entre recurrente y recurrido, no la aplicación del art. 12, ley 7/2015 —aunque sí se cita en la sentencia recurrida— respecto de la cual se alega vigencia inferior a cinco años (como modalidad de interés casacional)*", por lo que no puede prosperar el recurso.

Referencias Bibliográficas:

(1) Recurso nro. 691/2018, res. 584/2018.

(2) Conforme sentencias 76/2018, de 14 de febrero; 76/2018, de 14 de febrero. Tras la liquidación de la sociedad de gananciales, la indivisión que afectaba a la titularidad de los bienes deviene en atribución exclusiva de la propiedad y uso de los bienes adjudicados, con lo que los bienes pasan a ser productivos para cada uno de los cónyuges, pudiendo disponer de ellos, ya vendiéndolos o

explotándolos, con lo que se aseguran una situación de estabilidad económica que se aproxima bastante a la existente antes de la separación conyugal y divorcio, y si desaparece la situación de desequilibrio, procede declarar extinguida la pensión compensatoria, conforme el art. 101 del Cód. Civil. Esa doctrina, que se cita, no es de aplicación al caso por lo que se explica en la sentencia del Tribunal Supremo: el desequilibrio subsiste.

(3) Trib. Supremo, sala Civil, sentencias de 25/06/1987, 26/01/1993, 24 de abril y 19/12/1997, sentencia 1183/1998, de 21 de diciembre.

(4) Los cónyuges habían celebrado un convenio de separación matrimonial en el que se preveía la separación y una serie de medidas como la guarda y custodia de las hijas menores de edad, el régimen de visitas y la contribución a los gastos familiares. Sin embargo, dicho convenio no fue presentado como convenio regulador en el proceso de separación que se siguió, y el juzgado dictó sentencia en la que hacía referencia al acuerdo, pero resolvió oficiosamente respecto de los efectos relativos a los hijos de esa pareja. Es decir, el juzgado y la audiencia negaron validez y eficacia al convenio, y el único extremo de él que conoció la sala y casó fue el relativo a un acuerdo de naturaleza patrimonial inter partes sobre petición de bienes.

(5) Trib. Supremo, sala de lo Civil, Madrid Sección, 07/11/2018.

(6) El principal argumento fue el siguiente: *"Todas las medidas reguladas por las partes en dicho convenio se refieren a medidas económicas y patrimoniales, no existiendo medidas relativas a hijos menores de edad. Sentado lo anterior, en conclusión, no procede más que acordar las medidas reguladoras del divorcio tal y como las partes pactaron en convenio regulador de 6 de octubre de 2015 en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad al concurrir en dicho acuerdo los requisitos del art. 1261, Cód. Civil, y no concurriendo ningún vicio del consentimiento"*.

(7) El razonamiento del que se valieron consistió en sostener que *"[e]n cuanto a la importancia que el tribunal de apelación confiere al convenio regulador, no ratificado, debemos recordar que mientras no se acepte por las partes solo es un elemento de negociación que puede ser ratificado o no, sin que de ello puedan derivarse consecuencias perjudiciales para quien no lo firmó a tenor del art. 1261, Cód. Civil, pactos que admiten prueba en contrario, como sucede en el presente supuesto"*.

(8) Invoca las sentencias de la sala de 22/04/1997; de 26/01/1993; de 21/12/1998; la 758/2011, de 4 de noviembre; la 217/2011, del 31 de marzo y la 1053/2007, de 17 de octubre.

(9) Dentro de los convenios se ha venido distinguiendo entre acuerdos entre cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (sentencia 116/2002, de 15 de febrero) o en previsión de posibles rupturas (sentencia 217/2011, de 31 de marzo) y acuerdos transaccionales posteriores al convenio regulador, pero todos ellos sin llegar a ser aprobados judicialmente.

(10) Disponible en Cendoj, nro. 28079110012018204109.

(11) Conforme a la disposición final 16.a.1, regla 5.a, de la Ley Enjuiciamiento Civil, solo si se admite el recurso de casación podrá examinarse la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal, lo que no ocurrió en este supuesto.

(12) Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, publicado en BOPV 129 de 10/07/2015 y BOE 176 de 24/07/2015, en vigencia desde el 10/10/2015, en su art. 12 dispone: "*Atribución del uso de la vivienda y del ajuar doméstico: 1. En defecto de acuerdo o de su aprobación judicial, el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, y de los enseres y el ajuar existente en ella, en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda. 2. El juez otorgará el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes si es lo más conveniente para el interés de estos. 3. El juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos. 4. Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas. 5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron.*

La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos. En todo caso, la revisión judicial de este derecho de uso podrá solicitarse a instancia de parte, por cambio de circunstancias relevantes. El ejercicio abusivo o de mala fe del derecho a solicitar la revisión podrá dar lugar a responsabilidades civiles o de carácter patrimonial".

(13) Los requisitos específicos del interés casacional por norma de vigencia inferior a cinco años, son: a) Se debe identificar el problema jurídico sobre el que no exista jurisprudencia y que haya sido resuelto o debiera haberlo sido mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia. b) El cómputo de los cinco años de vigencia de la norma aplicable debe efectuarse tomando como dies a quo la fecha de su entrada en vigor y como dies ad quem la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento. c) Se justificará que no existe doctrina jurisprudencial de la sala Primera Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando la ley constituye un disvalor por la frágil interpretación judicial: otro caso en que el tiempo incide

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 2019-II, 218

Cita Online: LALEY AR/DOC/1122/2019

[Consultado el: 04/06/2021]

(*)

"Alicia: —¿Cuánto tiempo es para siempre?

Conejo blanco: —A veces, solo un segundo".

CARROLL, Lewis, fragmento de "Alicia en el país de las maravillas".

I. Palabras iniciales

En esta oportunidad se comentará la sentencia que revisó la decisión jurisdiccional de rechazar liminarmente la presentación de la familia solidaria, confirmándose así la decisión que dispuso la migración de un niño de ese núcleo afectivo a otro distinto con fines adoptivos. El fallo en comentario, y puesto que la declaración de situación de adoptabilidad se dictó en otro trámite del que los apelantes no formaron parte, en definitiva, y aunque se expide sobre la validez de una norma provincial que limita la posibilidad de pretensión adoptiva a quienes sean parte de programas oficiales de acogimiento, avanza conspirando contra derechos fundamentales, pues con esa decisión solo resta apartar al niño del grupo humano que lo albergó desde que se puso en marcha el Sistema de Protección Integral.

Como en la mayoría de los casos vinculados con un tema de "*gran sensibilidad*", "*enorme preocupación*", "*necesaria reforma de la ley*" (1), como es la figura de la adopción, advertimos que se replican en las sentencias —las originarias y la que las confirma— los dos principales factores de incidencia en la decisión jurisdiccional: 1) el transcurso del tiempo y 2) las falencias del denominado sistema de protección de derechos, aunque en esta —como en muchas otras resoluciones judiciales— ambas variables se enmascaran en la fórmula "*interés superior del niño*".

Para mostrar las apreciaciones anteriores basta con compulsar la jurisprudencia de los distritos del país, en particular en los supuestos de guardas sin fines de adopción, guardas de hecho por decisión de los progenitores (2) o alojamiento en familias sin relación de parentesco con las personas menores de edad bajo figuras de protección administrativa, como el denominado "*abrigo*" o medidas de carácter excepcional, que derivan en acciones que procuran la adopción de niños, niñas y adolescentes.

La encomienda de realizar comentarios a fallos de esta naturaleza nunca es sencilla, puesto que, detrás del recorte de la realidad que es una sentencia judicial, hubo audiencias, reuniones, intercambio de opiniones de efectores de salud, justicia, educación, administrativos, familia de origen, de acogimiento, ampliada de ambas, etc., que con su quehacer u omitir fueron contribuyendo a construir un vínculo afectivo o destejer un lazo biológico. Las personas que integran las familias intervenidas y les operadores administrativo-judiciales conforman un entramado donde reina la tensión constante entre el "*ser*" y el "*deber ser*", entre una realidad que vulnera derechos y otra que —se supone— pretende mejorar el universo familiar que se diagnosticó como disfuncional.

La gran pregunta que debiéramos formularnos es: ¿lo estamos haciendo bien?

Con la advertencia de que estas líneas son plasmadas desde la convicción de que ni la biología asegura afecto, ni que el sistema de protección de derechos —en su doble faz administrativa y judicial— aseguran una respuesta justa, se analizará la decisión confrontándola con otro fallo recientemente dictado por la CS.

II. Breve reseña del caso

El 19 de abril de 2018, la sala 2ª de la Cámara de Apelaciones de Neuquén resolvió confirmar la resolución de primera instancia que declaró inadmisibles la presentación de la familia solidaria pretendiendo que se los considere como guardadores para adopción y se resuelva favorablemente la medida de no innovar que formularon, consistente en que el niño permanezca bajo la guarda y custodia de los apelantes mientras se resuelve el trámite de adopción, suspendiéndose todo procedimiento para seleccionar adoptantes inscriptos en el RUA.

La instancia anterior había invocado para rechazar liminarmente la pretensión: que la declaración de situación de adoptabilidad estaba firme, la provisoriedad de la función de la familia de cuidado alternativo y su falta de inscripción en el Registro de Adoptantes.

Los principales argumentos de los apelantes fueron: que durante dos años habían detentado el cuidado de un niño, que no habían participado en calidad de parte en el procedimiento donde se declaró la situación de adoptabilidad y que lo resuelto impacta contra el interés superior del niño, que no fue analizado en el caso concreto. Puntualmente invocaron que la decisión provocaría el aniquilamiento del andamiaje que ha construido el niño en su psiquismo, comprometiendo su personalidad. Aunque esgrimieron la inconstitucionalidad de los arts. 600, inc. b; 609; 611; 613; 634, incs. g y h, aduciendo que ella se produce a partir del fallo que atacan y por tal razón es esa su primera oportunidad procesal para requerirla, además de invocar el principio de oficiocidad que consagra el art. 709

del Cód. Civ. y Com. que —sostienen— debió aplicarse, ese tema no tuvo tratamiento por el tribunal de revisión.

Los argumentos no fueron atendidos por la alzada, pese a que surge del fallo que el niño tiene 2 años y 4 meses, convive con los apelantes y sus dos hijos desde los 5 meses, los informes de los equipos interdisciplinarios dan cuenta de una inserción afectiva de calidad, y los guardadores alegaron que no se había evaluado el impacto que el desprendimiento de "*sus padres*" provocaría en la criatura.

El tribunal de revisión, contemplando las actuaciones (3), confirma lo resuelto con base en tres motivos: a) el carácter de familia solidaria y la participación temporal en el proceso de definir la situación jurídica del niño con sus progenitores, que fue expresamente considerado por los apelantes al asumir la responsabilidad; b) que los plazos que insumió el segundo proceso se corresponden con el sistema legal y c) la disposición administrativa 33/2014 del Registro de Adoptantes (4) que impediría a las familias incluidas en programas comunitarios de acogimiento constituirse en postulantes adoptivos.

III. La adopción como derecho a la vida familiar y como proceso complejo

Ya desde el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño aparece el derecho del ser humano a vivir *en y con* una familia, núcleo primario de socialización y espacio donde se espera que se procure el desarrollo de la potencialidad del ser humano. Ese no es el único instrumento internacional que reconoce ese derecho humano: también está contenido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 16; la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 17 y 19; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10, inc. 3º; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 y 24, inc. 1º, por mencionar algunos. En el orden interno, el Cód. Civ. y Com. consagra en la literalidad del art. 594 la definición de la adopción como la figura

legal que efectiviza el derecho de las personas menores de edad a vivir en una familia, con preferencia en la de origen.

El derecho a la vida familiar es un derecho humano fundamental, y cuando se trata de que lo ejerza un niño, niña o adolescente su contenido se materializa en el crecer y desarrollarse junto a quienes le procuren cuidados, satisfagan sus necesidades y le permitan desplegar sus potencialidades en un espacio básicamente afectivo, con independencia del formato de familia —monoparental, hétero u homosexual, ensamblada, etc.— y también sin que el origen de la filiación —biológico, por técnicas de reproducción humana o adoptivo— tenga prevalencia absoluta. Desde ese punto de partida, es posible inferir que si los progenitores biológicos, por voluntad procreacional o incluso adoptivos, no satisfacen ese contenido, ese derecho al desarrollo en el medio familiar, por causas que no tengan fundamento en necesidades económicas o materiales, no se anula como tal, sigue vigente y es exigible, operando la intervención del Estado para que sean los miembros de la familia extensa u otro grupo familiar quienes lo satisfagan, temporaria o definitivamente.

En alguna ocasión se dijo, y vale para la solución que se dio al caso y el comentario —crítico— que se formulará, que "*... el sistema adoptivo constituye una ficción legal que crea un estado de familia, pero tiene su inserción desde un lugar equidistante del que gozaba hasta ahora. De aquel punto nodal asentado en la provisión de niños a matrimonios de adultos que carecían de descendencia, se corre el eje a este otro: de dotación de núcleo familiar idóneo para el desarrollo de la infancia y satisfacción plena de derechos*" (5).

Ahora bien, no se puede perder de vista que la persona menor de edad tiene un origen biológico, vínculos creados a partir de ese origen, vivencias que comienzan desde su concepción y desarrollo uterino y a la que se le van acopiando las propias del existir y desarrollarse afectiva y materialmente, conformando todo ello su identidad. Esa identidad que deberá ser respetada aun cuando las circunstancias particulares lleven a que cese la convivencia con la familia de origen. Como también deben serlo los derechos que los

responsables jurídicos —progenitores o familia ampliada— cuando la injerencia estatal necesaria hace pie en la familia.

El siempre invocado "*interés superior del niño*", que para el caso de los medios alternativos a la crianza en el grupo familiar primigenio el derecho convencional internacional denominó "*mejor interés del niño*", será la pauta relevante a la que debe atenerse siempre el órgano de decisión. Como de muchas y diversas formas se señaló, se trata de una fórmula abierta, que con buen criterio en nuestro derecho interno se acota en la ley 26.061, art. 3° (6), sin que las pautas allí escogidas encorseten el concepto. Si compartimos la aseveración de que con esa definición de interés superior del niño, niña o adolescente el sistema legal argentino brinda herramientas jurídicas imprescindibles para limitar el poder estatal frente a los derechos de los ciudadanos, toda actuación administrativa o jurisdiccional que la aplique reducirá la posibilidad de vulnerar los derechos fundamentales de las personas menores de edad a su mínima expresión.

Como se verá, el fallo en comentario no llena el cometido de satisfacción de este principio fundamental, de esta pauta de selección de la solución que mejor y en mayor medida respete los derechos de este niño en concreto.

IV. Consideraciones sobre las omisiones en que incurre la sentencia

A grandes rasgos, la resolución que se comenta soslaya dos cuestiones que revisten un abordaje ineludible para este y para todo "*caso*" (art. 1°, Cód. Civ. y Com.) en que deba dirimirse acerca del lugar en que una persona menor de edad habrá de desarrollar su vida: por un lado, justificar adecuadamente cómo lo que se resuelve implica atender el interés superior del niño, niña o adolescente y, por otro, y con relación a aquel primer tópico, argumentar acerca de la constitucionalidad del sistema para el caso concreto. Veamos.

IV.1. La socioafectividad

Con esa designación aparece en el escenario jurídico toda una construcción teórica que, proveniente del derecho brasileño, constituye una noción novedosa en el derecho de las familias (7), tradicionalmente circunscripto a modelos estereotipados que reconocían derechos a —y solo a— situaciones que se acomodaban a los modelos de familia patriarcal, heterosexual, intacta, capitalista, basada en el matrimonio de sus miembros. Aunque con rezago respecto de una realidad que se modificaba vertiginosamente, la legislación fue admitiendo derechos cuyo soporte fáctico era el afecto nacido de las relaciones interpersonales, el reconocimiento de un "otro/a" relevante desde la interacción socio emocional. Y así se incorporaron normas de protección a hijos e hijas nacidos fuera del matrimonio, a los miembros de parejas convivientes, a los integrantes de uniones homosexuales, a las personas sin vínculo biológico que habían funcionado como diada parento-filial, tal el caso del progenitor afín o la adopción de las personas mayores de edad. Más lejos aún se corren los límites por la fuerza de los hechos basados en el afecto desplegado en el contexto social en que los individuos se desenvuelven, en las nuevas formas familiares derivadas de las técnicas de reproducción humana, fuente filial que confiere la posibilidad no solo de generar vínculos jurídicos sin nexo biológico entre las personas gestantes y nacidas, sino incluso de quebrar la norma binaria del art. 558, Cód. Civ. y Com. (8), dando lugar a la concreción legal de un proyecto familiar donde la atribución y reconocimiento del rol parental puede descansar en más de dos personas; o en el mismo sistema adoptivo actual, en el supuesto de la adopción de integración del hijo/a del o la cónyuge con progenitores que ejercen la responsabilidad parental, realidades estas que se subsumen en el concepto de multiparentalidad o pluriparentalidad (9). Una de las notas tipificantes de la socioafectividad —soporte que quiebra la idea binaria de parentalidad— es que la fuerza de los hechos culmina reclamando consecuencias legales y efectos jurídicos a situaciones que, de otro modo, naufragarían en el oprobio de la injusticia o la inequidad, al dejar de lado por falta de reconocimiento

del sistema jurídico conductas humanas favorecedoras del pleno desarrollo de los derechos fundamentales.

La sentencia en comentario se abstiene de considerar este elemento, y con esa omisión vulnera la identidad personal del niño, que reconoce como únicos referentes afectivos a la pareja que desarrolló todas las responsabilidades que implica la crianza. El tribunal soslaya los lazos fraternos que —así se extrae de la sentencia— se forjaron a partir de una inexplicable prolongación de los plazos legales, y culmina desentendiéndose de la persona que principalmente debía ser resguardada en el ejercicio de sus derechos fundamentales, que ni siquiera aparece como que fue entrevistada por el tribunal, incumpliendo así la manda constitucional de oír al niño cuando lo que se decida impacte en sus derechos (art. 12, CDN, ley 26.061).

De algunos párrafos, incluso, puede extraerse una especie de mirada utilitarista de la familia, sin que el sistema estatal asuma la responsabilidad en el asunto. El fallo señala como positivo que se evitó la institucionalización del niño, luego se trabajó intensamente en la revinculación con progenitora y otros miembros de su familia extensa, destacando la labor de la familia de acogimiento, sin dejar de encuadrarla en el aspecto transitorio de su intervención. Mencionan y enfatizan que *"la familia solidaria tuvo una muy activa participación reconociendo en el devenir de los encuentros, que estaban allí para que B. recuperara el vínculo con su mamá biológica"*. Luego se asevera que la evaluación que requieren —para ser considerados como adoptantes— fue realizada al momento de su ingreso como familia de acogimiento, formulando una apreciación que no puede sino calificarse de dogmática pues señalan: *"El rol de la familia solidaria se centraliza en asumir la responsabilidad del niño, sin mediar una vinculación filiatoria, pero desempeñando todas las conductas relativas al cuidado de aquel"*, desentendiéndose de una realidad incontestable como es la generación de los vínculos entre todos quienes conformaban ese grupo familiar. Desde el punto de vista jurídico, se soslaya que los tribunales con competencia en materia de familia resuelven problemas

humanos, que la generación de vínculos socio afectivos debe tener la oportunidad de transformarse en vínculo jurídico, pues de otra forma no sería posible, por ejemplo, reconocer la adopción de integración, o crear lazos jurídicos con parientes de la persona adoptante en los supuestos de adopción simple, o mantenerlos en los de adopción plena (art. 621 del Cód. Civ. y Com.).

La perspectiva con la cual se miden los hechos trasunta una singular miopía, pues el agravio de los apelantes es que no se los evaluó como pretensos adoptantes, y no su valoración como familia de acogimiento, circunstancia que no estaba en duda y por la cual fueron mantenidos en ese cargo por más de dos años.

IV.2. El interés superior del niño (ISN) (10) y el mejor interés de este niño

Los organismos internacionales de control de cumplimiento de los pactos internacionales formulan y divulgan estándares que resultan directrices de inapreciable valor para la aplicación del derecho al caso concreto. En ese marco, del Comité de Seguimiento de la CDN emanan observaciones generales, una de las cuales —la OG 14— se expide sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, como establece el art. 3° del Pacto. Y es así que señala que el interés superior del niño es: 1) un derecho sustantivo, afirmándose que *"el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3°, párr. 1°, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales"*; 2) un principio jurídico interpretativo fundamental, por el cual *"si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos Facultativos establecen el marco interpretativo"*; y 3) una norma de procedimiento ya que *"siempre*

que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".

En el fallo que se comenta puede apreciarse que se vulnera el derecho del niño a que su interés superior sea considerado primordial, y se prioriza un sistema registral que —cabe sostenerlo enfáticamente— es necesario, constitucional y útil para otro tipo de situaciones, pero debió inaplicarse para resolver la cuestión sometida a conocimiento de la Cámara, como se explicará.

En primer lugar, el tribunal no se hace cargo de que el art. 3º de la ley 26.061, al definir el ISN, menciona al "*centro de vida*" como pauta para la decisión de conflictos jurídicos relacionados a niños, niñas y adolescentes. Por centro de vida se entiende, como la misma norma lo indica, el lugar donde las personas menores de edad hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia; y si bien se suele recurrir a esta noción para resolver conflictos de competencia, nada obsta a que por "*lugar*" se entienda al ámbito familiar, pues, en definitiva, de ese modo se estaría considerando otro principio usualmente utilizado en el campo jurídico, como lo es el de "*estabilidad o permanencia*" de las situaciones cuya variación pudiese provocar un daño intolerable. Estas aseveraciones no emergen del voluntarismo o el capricho; tienen su argumento en la doctrina constitucional de nuestro país, pues ha dicho y repetido la CS: "*Los tribunales deben ser sumamente cautos cuando se trata de '... modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener (...) aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como las más*

estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles...' (cfr. CS, Fallos: 331:147)".

Tanto el Máximo Tribunal del país como los inferiores de los diferentes distritos tienen el deber de resolver los casos dictando decisiones razonablemente fundadas en el derecho interno y las reglas y principios de orden constitucional/convencional, de modo tal de conservar la coherencia del sistema (arts. 1º, 2º y 3º, Cód. Civ. y Com.). Cuando esos casos están vinculados con los derechos de la infancia, múltiples normas jurídicas establecen que la decisión debe tener como consideración primordial el ISN. En ese orden de ideas, la Corte Suprema dictó en el año 2015 (11), a poco tiempo de entrar en vigencia el Cód. Civ. y Com., un fallo que resulta de utilidad en cuanto al significado de este principio general del derecho de la infancia, más allá de que no se comparte lo resuelto en la instancia final. Allí se siguió el dictamen de la Procuración General (12) que expresó, conforme lo resuelto por la Corte el 4 de noviembre de 2014, en autos "G., B. M. s/ guarda" (S.C.G. 834, L. XLIX): "... cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el interés superior del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias y la solución que se propicia no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales el tráfico de niños o las anomalías en la entrega de menores en estado de adoptabilidad..." (13).

La directriz, entonces, debe necesariamente ser complementada por la interpretación del principio en el caso concreto y respecto de la persona en particular, lo que no se vislumbra que se haya cumplido en el caso en comentario.

Siguiendo los lineamientos de otro fallo de la CS (14), que validó una guarda de hecho siguiendo el dictamen de la Procuración que sostuvo que "el tribunal podría haber dispuesto una medida previa, singularmente factible y justificada en el marco de la materia de que se trata, a fin de verificar el estado de la pequeña, las consecuencias del cambio de la familia y cuál era la resolución que respetaba su interés superior", la Cámara neuquina

debió —como lo ordenó la CS en el trámite del extraordinario— desplegar una actitud proactiva y, fundándose en el art. 709 del Cód. Civ. y Com., disponer medidas para mejor proveer vinculadas a determinar el impacto que el desarraigo pudiera causarle a este niño. Impacto que, en principio, cabría presumir en el caso, puesto que un nene que desde los 5 meses y durante lo que fue casi *toda* su vida convive con una familia que le proporcionó lo necesario para su crecimiento, enseñándole las funciones humanas primarias como comer, caminar, asearse, lo socializó en un ámbito afectivo y satisfizo todos sus derechos, necesariamente verá afectado su desarrollo psíquico con la pérdida abrupta de sus adultos confiables. Tiene dicho el Tribunal Címero que "*...desde el momento en que todo cambio implica un 'trauma' para la pequeña, debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave (cfr. CS, Fallos: 331:2047, voto de la jueza Argibay)*", y esa doctrina no parece haberse tomado en consideración en el caso que se comenta.

Este trauma o impacto pudo prevenirse cuando menos disponiendo un traslado progresivo, y cuando más atendiendo las quejas de les apelantes, puesto que ningún antecedente se extrae respecto de que la conducta de les guardadores resulte ilegítima o tenga como antecedente un delito. Así resuelta la cuestión, el fallo pondera una cuestión formal por sobre el mejor interés de un niño determinado, lo desarraiga de su familia, la única que tiene, para mudarlo a otra desconocida y comenzar a vincularlo —por tercera vez— sin considerar que esta decisión reactiva aquel primigenio abandono de funciones protectoras que determinaron la inserción en familia de acogimiento.

Se apartan así de lo señalado en el dictamen que la Corte asumió como propio y que expresa: "*En casos como el presente, no puede soslayarse que el niño tiene derecho a una salvaguarda singular que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial; con lo cual, ante un conflicto de intereses de igual rango, esa Corte le confiere prioridad al interés moral y material del sujeto menor de edad como extremo de ponderación ineludible para los jueces. Además, fija los alcances de esa doctrina federal en un sentido específico al señalar*

que la implementación del principio del mejor interés del niño debe realizarse analizando sistemáticamente, cómo los derechos y ventajas de este se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, y no puede aprehenderse ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares de la causa (v. CS, Fallos: 328:2870; 330:642; 331:147; 333:1376)" (15).

V. Las falencias del sistema administrativo y judicial

Una vez más la jurisprudencia nos pone frente a la necesidad de corregir algunas prácticas que se traducen en ineficacia de un sistema complejo de protección de derechos y al que se califica de ese modo porque en él confluyen normas, operadores, creencias, idiosincrasias, saberes, vicios, limitaciones, buenas prácticas, morosidad, etc., a la par que toda esa compleja trama se enfrenta con familias disfuncionales que, en el mejor de los casos, se rigen por normas propias y suelen desatender los programas o lineamientos de abordaje externo.

Aplicable a este, y tal vez en la generalidad de los casos, tanto para el órgano administrativo como para el judicial, resulta una buena práctica el fijar fechas determinadas en que las medidas de protección se dan por concluidas, dando paso a un acogimiento familiar definitivo. Si bien ni el Cód. Civ. y Com. ni la ley 26.061 traen plazos para la intervención administrativa —que generalmente no limita derechos de los miembros de la familia—, nada impide que la resolución que la disponga lo consigne para dotar de estructura al dispositivo que se exigirá a la familia y como modo de permitir la necesaria y constante evaluación. Desde el punto de vista del sistema jurisdiccional, los plazos se establecen rigurosamente, pero parece ser que la interpretación los modifica.

Un primer señalamiento: se puede leer en el fallo en comentario que en la primera instancia se llevaron a cabo dos procesos en trámites separados, uno de medida de protección y otro de declaración de adoptabilidad. Esta primera cuestión es llamativa, por cuanto, conforme las reglas del Cód. Civ. y Com., art. 607, no

resulta necesaria la instrumentación de trámites separados, siendo que el fracaso de las medidas excepcionales da lugar a la declaración de situación de adoptabilidad (16), tutela o guarda delegada judicialmente (17) —arts. 643 y 657— con abreviación del tiempo que irroga la tramitación de otro proceso. Tiempo que es vida de una persona menor de edad, vida que zozobra en el mar de la incertidumbre sin que los operadores judiciales adviertan la mora y su incidencia para provocar un impacto negativo en la construcción del aparato psíquico del niño o niña.

Un segundo señalamiento: el fallo confirmado por la Cámara no sigue los estándares internacionales, pues, al mantener una medida excepcional más allá de los plazos establecidos en el Cód. Civ. y Com. —ciento ochenta días conforme art. 607, inc. c (18)—, se desentiende de lo señalado por el Comité de Seguimiento en la observación general 14 (19), párr. 93, en cuanto estableció que *"Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo (art. 25). Y, sin embargo, la Cámara de Apelaciones valida los plazos —vencidos— que se dispusieron en la instancia originaria.*

VI. Apreciaciones sobre la sentencia: el criterio exegético y la interpretación literal de las normas vulneran la regla convencional/constitucional que impone resolver lo que resulte para el mejor interés del niño

La doctrina de la Corte Suprema que enseñó: "*queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos 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; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales*" (consid. 4°) (20), parece haber perdido vigencia para el tribunal.

La sentencia reconoce que los apelantes mostraron un activo compromiso en propiciar la re-vinculación del niño principalmente con su mamá, a partir de conductas muy concretas. Lejos de visualizar esta actitud como otro aspecto positivo de respeto a la identidad del niño y que de conformidad con lo que dispone el art. 621 del Cód. Civ. y Com. permitiría la continuidad de la relación con la progenitora biológica, no ya como ejercicio de la responsabilidad parental sino como posibilidad de sostener un régimen comunicacional, ese aspecto se evalúa negativamente. En algunos de los informes transcritos, incluso, se alerta acerca del requerimiento de la guardadora de que debería preparar a su familia —en especial los hijos— si se dispone que el niño está en situación de adoptabilidad y debe ser trasladado a otro grupo familiar, y se describen acciones concretas adoptadas al margen de la intervención estatal para fomentar el vínculo progenitora/niño. Esa actitud de la familia de acogida se condice absolutamente con el respeto por el origen del niño y el mantenimiento de vínculos saludables que la ley postula, y no fue apreciada por los sentenciantes.

Con acierto, desde el punto de vista de la identidad dinámica del principal sujeto involucrado, la doctrina sostuvo: "*Si se demuestra judicialmente que el niño se encuentra integrado como hijo en la familia de los guardadores ¿es conveniente a su superior interés separarlo de sus guardadores como consecuencia de entrega directa? La respuesta será diferente de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Tal vez por ello la norma que comentamos habilita al juez a quitar la guarda así otorgada. El término elegido nos convence que ello no*

sucedará en todos los casos, ya que el juez tendrá la facultad de evaluar al interés superior en el caso concreto" (21).

Finalmente, en la sentencia en comentario nada se dice acerca del pedido formulado por los recurrentes de declaración de inconstitucionalidad de varias de las normas del Cód. Civ. y Com. (22), incurriendo en una omisión evidente, que, dado el carácter trascendental de lo que se decidía por su estrecha vinculación con el derecho a la identidad de un niño, resulta inexplicable. En especial porque la cuestión podía ser saneada ponderando la adherencia constitucional con relación al caso concreto del art. 611, último párrafo, en cuanto dispone: "*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*", y limitar la decisión a ese resultado, ordenando la medida de no innovar hasta que en la instancia de origen se disponga lo necesario para evaluar como adoptantes a los recurrentes.

Numerosos han sido los casos en que, como último recurso del ordenamiento pero como único para afianzar la justicia, se apeló a la declaración de inconstitucionalidad con diversos fundamentos y en múltiples materias. La tacha de la norma que agravia derechos fundamentales resulta una herramienta imprescindible para sostener, desde la judicatura, la vigencia del orden constitucional. Así, a modo de ejemplo, y en un supuesto similar al neuquino pero juzgado en la provincia de Santa Cruz (23) se dijo: "*Tal como expone la parte, el art. 611 del Cód. Civ. y Com. claramente prohíbe la guarda de hecho a los fines de establecer una guarda con fines de adopción. Para mayor comprensión, el texto legal reza en su parte pertinente: '... 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'. Más aún, el art. 600, inc. b), del mismo cuerpo legal, exige que quien pretenda adoptar se encuentre inscripto en el Registro de Adoptantes, sancionando con la nulidad absoluta este incumplimiento (art. 634, inc. b)...*" y continúa: "*Abora bien, más allá de la normativa citada y dada las divergencias doctrinales y jurisprudenciales sobre esta temática, coincido con la parte proponente que si la finalidad última es el interés superior del niño/a*

(en este caso de S.), la Constitución Nacional resulta ser el techo de interpretación y, por tanto, si las condiciones estuvieran dadas, habría que apartarse de la solución legal". Y, con los siguientes fundamentos: "En este sentido, la jerarquía adquirida por los tratados en nuestro derecho interno (art. 75, inc. 22, CN), la integración de estas normas supranacionales al bloque de constitucionalidad y el valor que, mediante tales influencias, nuestra Corte ha reconocido a los fallos de la Corte Interamericana, imponen que el control de convencionalidad y el de constitucionalidad han de ejercerse de oficio" y señalando que "... El principio pro homine indica que en cada caso que versa sobre derechos humanos hay que emprender la búsqueda para hallar la fuente y la norma que provean la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos y al sistema de derechos en sentido institucional. La fuente y la norma más beneficiosas pueden pertenecer al derecho interno o al derecho internacional de los derechos humanos (...)" (24), declara de oficio la inconstitucionalidad del art. 611 y confiere la guarda para adopción de la familia solidaria que desarrolló las tareas de cuidado del niño.

Con relación a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, el juez santacruceño señaló: "Es así que el art. 1.1 de la Convención Americana (estableciendo una conexión más amplia con el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) impone a los jueces — como a toda autoridad estatal— el deber de abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. Una interpretación sistémica e integradora de nuestro bloque de constitucionalidad impone considerar con el mismo alcance, la tarea de los jueces cuando interpretan la letra de nuestra Constitución como cuando lo hacen con los tratados. La propia Corte Interamericana se ha expedido respecto del alcance de esta facultad de los jueces. En el caso 'Trabajadores cesados del Congreso c. Perú', el juez Cançado Trindade, en su voto razonado, expresa: 'los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte de la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no solo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana' (25).

Sobre la interpretación del art. 611, ya son varios los fallos que han relativizado la norma por distintas razones y sustento fáctico (26), mientras que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de la ciudad de Bahía Blanca, la Comisión 6 concluyó: "*De lege lata: Se debe entender de manera sistémica de conformidad con los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., que la excepción a la prohibición de la guarda de hecho no se circunscribe a los parientes, sino a aquellas situaciones excepcionales de socioafectividad en el que la relación entre la familia de origen y la guardadora (los adultos) es cierta, previa y genuina*". Y "*De lege lata: Se debe entender que los arts. 643 y 657 no se circunscriben a los parientes sino también a terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad*" (27).

Todos ellos resultan argumentos que hubiesen también permitido arribar a una solución protectora del derecho a la identidad de este niño, forjada nada menos que con anuencia judicial, en lugar de disponer, vencidos los plazos legales injustificadamente y sin considerar el impacto en la persona menor de edad, ni ponderar bajo las pautas vigentes su interés superior, siendo que ningún viso de ilegalidad o ilegitimidad se advierte en la familia apelante, la posibilidad de dotar de respaldo jurídico a la socioafectividad (28) y sus implicancias jurídicas en el caso concreto.

En lo que hace a los tiempos del proceso de inserción definitiva en una familia, también surge del fallo que el equipo interviniente en el área administrativa postula la adoptabilidad en modalidad simple, y simultáneamente se presentan la progenitora del niño y el abuelo materno peticionando que se revea la medida excepcional y se reintegre al niño a su progenitora, y en la instancia de origen no se resuelve —pese a haberse agotado el plazo máximo establecido en el art. 607—. En efecto, en la sentencia se lee que la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, informa "*que había dado inicio al incidente de declaración de estado de adoptabilidad*" el día 28 de diciembre del año 2016, dictándose la sentencia respectiva el día 14 de noviembre de 2017. El día 7 de marzo de 2017 el juez de grado, teniendo en cuenta lo informado por la defensora, ordena prorrogar la medida excepcional por el término de seis meses.

¿Acaso el juzgador interpretó que el plazo de noventa días que establece la última porción de la norma fue pensado para un nuevo proceso de declaración de adoptabilidad? ¿Es razonable que se confiera el plazo de un día para que el órgano administrativo se expida y la judicatura cuente con otros seis meses? La respuesta negativa se impone, señalando a la par que el plazo de noventa días establecido en el art. 607 debería interpretarse del siguiente modo: en primer lugar, recordar que los términos que incorpora el Cód. Civ. y Com. en este instituto son perentorios, pudiendo ser reducidos pero no ampliados; en segundo término, si existen posibilidades jurídicas no exploradas, no puede esperarse a que se venzan los 180 días, pues ellos serán la culminación de una prórroga basada en los ajustes que formule el magistrado, sin perjuicio de los que requiera la Administración, también fundadamente. El sistema que mejor se compadece con la finalidad de la norma es decretar las medidas excepcionales por un plazo de 90 días desde el inicio y otro plazo igual de prórroga.

Para los supuestos contemplados en el art. 607, incs. a y b, Cód. Civ. y Com., rige el término de 90 días, según el último párrafo de este artículo, sin posibilidad de extensión. Ellos contemplan desprendimientos de la crianza más intensos (orfandad, abandono, falta de reconocimiento o consentimiento para la adopción) que no hacen necesaria una extensión temporal que perjudicaría al niño. El organismo interviniente (servicios locales, servicios de protección de derechos o con otra denominación, pero con idéntica competencia) cuenta con un plazo de 24 hs para expedirse. Ese plazo nace para el organismo el día que vence el fijado por el juez (90 o 180 días, en su caso). El dictamen que emita es el que da lugar a la declaración de adoptabilidad o ingreso a otro sistema de protección legal como la tutela o la delegación de la guarda a un pariente (art. 657).

Respecto del argumento vinculado al Registro, la CS ha convalidado muchas veces la entrega de niños en forma directa aun a personas que no se encontraban inscriptas en el RUA, señalando en el año 2008, en el caso "*G., M. G.*", que "*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 este, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias" (29).

Esa postura de la Corte se reedita en un fallo reciente (30), donde se sostuvo: "*El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (conf. doctrina de CS, Fallos: 328:2870; 331:2047)*" y se agregó "...8) *Que dicho principio también ha sido contemplado en el art. 706, inc. c, del Cód. Civ. y Com. en cuanto dispone que la decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta su interés superior*". Para enfatizar en otra parte del fallo que "...se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego (legítimos desde cada óptica, por cierto) el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos 'cuyas consecuencias resultan impredecibles' (v. doctrina de CS, Fallos: 328:2870, considerando 8, penúltimo párrafo; y 330:642, consid. 90, in fine)".

En otra parte de la sentencia se rememoró el concepto de identidad filiatoria que no es necesariamente correlato del elemento puramente determinado por la biología, 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, señalando: "*Que, por lo demás, no puede pasar inadvertido que en el caso la incidencia del tiempo repercute en la vida de la niña y se convierte en un factor que adquiere primordial consideración a la hora de determinar su interés superior. Frente a las normas que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos, constituye la excepción la situación de la niña que exhibe integración óptima al*

grupo familiar de los guardadores, con quienes vive prácticamente desde su nacimiento —por aproximadamente 10 años— y desea continuar viviendo según lo expresado (fs. 741)". Para sostener esa posición, la Corte apeló a los informes ambientales realizados a los guardadores y la niña.

Y en lo que interesa para relacionarlo con el fallo en comentario, reitaran la doctrina respecto del alcance de la inscripción registral en situaciones de socioafectividad legítima que precede a la solicitud de validación de la guarda judicial en estos términos: *"Al respecto, el tribunal tuvo oportunidad de expedirse con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en casos análogos, destacando que más allá de la relevancia que adquiere la existencia y la validez de las gestiones a cargo de los registros nacionales o locales de adoptantes en resguardo de las personas menores de edad, resultaba inadmisibles que tal exigencia constituya un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva como la aquí considerada entre la niña y el matrimonio que la acogió de inicio, quienes han demostrado, en principio, reunir las condiciones necesarias para continuar con la guarda que les fuera confiada (cfr. doctrina de CS, Fallos: 331:147 y 2047). No obstante, ello no implica eximirlos de las evaluaciones técnicas específicas requeridas por la ley 25.854 para determinar su aptitud adoptiva, las que deberán llevarse a cabo en la instancia correspondiente"* (31) y con esos argumentos —de absoluta aplicación al caso en comentario— declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto el fallo apelado, disponiendo que continúe la guarda de la menor de edad con sus actuales guardadores.

VII. Palabras finales

A modo de cierre, solo resta agradecer la existencia de espacios de estudio y análisis como este, en el que se permite que la transferencia de ideas, conocimientos, textos y contextos, contribuyan a retomar el camino de un derecho de las familias más humano y para todas y todos.

Referencias Bibliográficas

(*) Jueza de Familia de Esquel, Chubut. Exdocente de la UNSJB.

(1) El entrecomillado obedece a que estas expresiones son las que se leen o escuchan en los medios de comunicación para referirse a esta fuente filial, en especial provenientes de personas insuficientemente informadas sobre las implicancias de esta figura y los derechos fundamentales que involucra.

(2) Alerto acerca de la utilización de la letra "e" en este trabajo cuando sea estrictamente necesario referirse a los y las progenitoras, aunque es un dato de la realidad que, en general, quienes delegan las responsabilidades derivadas del nacimiento son las progenitoras.

(3) "G. B. A. E. s/ medida de protección excepcional de niños y adolescentes" (expte. 8324/2016) y "G. B. A. E. D. s/ declaración de estado de adoptabilidad" (inc. 9532/2017).

(4) La provincia de Neuquén exige a los pretensos adoptantes para el momento de una primera inscripción, entre otra documentación, una constancia expedida por el Ministerio de Desarrollo Social de la provincia y/o municipios de la provincia —según corresponda al domicilio del interesado— de no encontrarse inscripto en los listados de programas o dispositivos de protección de derechos de la infancia y adolescencia, tales como familias alternativas, cuidadoras o de acogimiento y para los segundos aspirantes manifestar expresamente que conoce la incompatibilidad de inscripción simultánea ante el RUA y en los programas de protección de niñez y adolescencia implementados por el Ministerio de Desarrollo Social de la provincia y/o municipalidades y diferenciación de sus finalidades. Ello conforme se extrae de www.200.70.33.130/index.php/adopcion/1891, página oficial del Poder Judicial de Neuquén compulsada el 14/12/2018.

(5) González de Vicel, Mariela A., "Comentario al art. 594", en Caramelo, Herrera - Picasso (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Infojus, Buenos Aires, p. 362.

(6) "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 tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d)*

Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

(7) Herrera, Marisa, "*La noción de socioafectividad como elemento rupturista del derecho de familia contemporáneo*", RDF 66-75 y ss., y "*Socioafectividad e infancia ¿de lo clásico a lo extravagante?*", en Fernández, Silvia E. (dir.), Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes. La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación), Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, t. 1, segunda sección.

(8) El art. 558 del Cód. Civ. y Com., en su parte final, dispone que "*ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación*".

(9) Para ampliar, compulsar la obra Herrera, Marisa - de la Torre, Natalia - Fernández, Silvia, "*Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., en especial cap. III, ps. 1037 y ss., y de la Torre, Natalia - Silva, Sabrina, "*Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología*", RDF 2017-VI, LL AP/DOC/1018/2017; de la Torre, Natalia, "*La triple filiación desde la perspectiva civil*", RDPyC 2016-I-117/144; de Lorenzi, Mariana, "*La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad*", RDF 2017-79-227, LL AP/DOC/251/217, entre otros.

(10) Tal como lo establece el Comité de Derechos del Niño en su observación general 14 del año 2013, la determinación de este principio rector emerge del test de ponderación que lo rodea, y que debe determinarse en cada caso bajo pautas de razonabilidad, proporcionalidad y justificación.

(11) CS, 27/07/2015, "*M., M. S. s/ guarda*", LA LEY del 27/07/2015, p. 6, comentado por Herrera, Marisa, "*Colocando la figura de la adopción en su justo lugar*", LL AR/DOC/2293/2015.

(12) www.mpf.gob.ar/dictámenes/2015/MSachetta/abril/MMS_CIV_90032_2013.pdf, compulsado el 17/12/2018.

(13) La sentencia de Corte data del 27/05/2015, sigue el dictamen del procurador fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 10/04/2015, en contra de lo dictaminado por la Defensoría General de la Nación el 13/02/2015. El caso se origina en un fallo de la sala M de la Cámara Nacional en lo Civil del 19/06/2014 que revoca una decisión adoptada por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 84 de fecha 27/12/2014, por el cual una progenitora entrega su hija recién nacida a una mujer formulando un acuerdo por instrumento privado por el que la madre concede en forma plena la guarda con fines de adopción, con facultades para tomar decisiones respecto a la crianza de la niña y autorización a viajar dentro y fuera del país. Cuando la niña contaba con un año de edad, solicita la guarda para adopción; al reconocimiento de ese derecho se opusieron la jueza interviniente, los asesores de menores de todas las instancias, la tutora pública en su carácter de tutora ad litem, el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Defensoría Zonal de la Comuna 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; sin embargo, la Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara.

(14) CS, 834. XLIX. *recurso de hecho*, 04/11/2014, "*G., B. M. s/ guarda*", LL AR/JUR/90094/2014.

(15) Disponible en www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/Adopcion/GBMGguarda-scha-2014-procuracion.pdf, compulsado el 17/12/2018.

(16) *González de Vicel, Mariela, "Comentario art. 607", en Caramelo, Herrera - Picasso (dirs.), Código Civil..., cit., t. II, p. 401, donde se expuso: "Las decisiones sobre si un niño se encuentra en condiciones de permanecer en su familia de origen, debe ser incluido transitoriamente en otro grupo familiar —ampliado o comunitario— o se lo inserta definitivamente a través de la adopción en una familia alternativa, se adoptan a partir del accionar del Estado. En primer término por vía administrativa —medidas de protección de derechos— o judicial —medidas excepcionales— todas las cuales estarán orientadas a la reorganización*

y el fortalecimiento familiar; eventualmente concluyendo en una declaración de adoptabilidad y discernimiento de guarda para adopción. Esta intervención se desarrolla en un único proceso".

(17) El anteúltimo párrafo del art. 607 dispone: "La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este".

(18) Cód. Cin. y Com., capítulo 2, "Declaración judicial de la situación de adoptabilidad", "Art. 607.— Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: (...) c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas".

(19) Comité de los Derechos del Niño, "Observación general 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3º, párr. 1º)", CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, compulsada el 15/12/2018 y disponible en www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf, compulsada el 17/12/2018.

(20) CS, 02/08/2005, "S., C. s/ adopción", LA LEY 2006-B-348.

(21) Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, ps. 448-449.

(22) Aunque la parte apelante atacó varios artículos que regulan la adopción, omitió requerir la misma declaración para la reglamentación provincial que impediría a las familias de acogimiento, cuidado o solidaria constituirse en pretensos adoptantes.

(23) JFamilia N° 2, Río Gallegos, 11/07/2017, en autos: "Autoridad de Infancia Provincial s/ petición medida excepcional", sentencia firme, en elDial.com - AAA0A5, publicado el 10/08/2017.

(24) Con cita de Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, Buenos Aires, t. I-A, p. 39.

(25) La trascendencia de los fallos de la Corte Interamericana y su impronta sobre la jurisprudencia local ha sido reconocida por la CS en una línea doctrinaria que comienza en "*Ekmejdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros*" (07/07/1992) y continúa en los casos "*Giroldi*" y "*Bramajo*", donde nuestro Alto Tribunal reconoce la influencia de los fallos de la Corte Interamericana y de los informes de la Comisión.

(26) SCBA, 11/02/2016, "*P. A. s/ guarda con fines de adopción*", C. 119.702; CFamilia, Mendoza, 03/08/2016, "Dinaf por el niño P. H. por control de legalidad", disponible en www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/08/FA.-PCIAL.-CAM.-APEL.-FLIA.-MENDOZA.-Confirma-declaración-de-adoptabilidad-por-rechazar-guarda-de-hecho_-entrega-directa.pdf, compulsado el 18/12/2018; JNCiv. N° 8, 15/07/2016, en autos "*L. G. M. s/ control de legalidad. Ley 26.061*", disponible en www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/08/FA.-NAC.-JUZ.-CIV.-N%C2%B08.-Inconstitucionalidad-del-art.-611.pdf, compulsado el 26/12/2018, y TCol. N° 5, Rosario, 07/09/2016, en autos "*L., A. sobre guarda preadoptiva*", JA 2017-II-38, LL AR/JUR/70631/2016, donde se señaló: "... La prohibición de ponderación de la guarda de hecho, las guardas judiciales y las delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental en el marco de una adopción es una norma calificable al menos de inelástica. En este punto el Código desconoce la riqueza y variedad de los vínculos humanos y también se coloca un poco más allá de las propias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en tanto y en cuanto obliga al juez a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir, la realidad de ese niño o esa niña en particular. La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho contruidos por los propios niños son la voz cantante del derecho (...)"

(27) Unanimidad: Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Adriana Krasnow (UNR), Paula Fredes (UN de Río Negro), Guillermina Zabalza (UN del Centro), Marisa Herrera (UBA), Marisa Domínguez (UNC), Lorena Galelli (UN de la Plata), Silvina Basso (Uces), Patricia Kuyumdjian

(UCA, Buenos Aires), disponible en www.jndcbahianblanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf, compulsado el 17/12/2018.

(28) Que tiene varios ejemplos donde ha sido recogida en el plano legal, como ser la regulación de las uniones convivenciales, arts. 509 y 510, Cód. Civ. y Com., los regímenes comunicacionales con personas con interés afectivo legítimo que establece el art. 556, Cód. Civ. y Com., que sigue la noción de referente afectivo contenida en el art. 7° del dec. 415/2006, reglamentario de la ley 26.061.

(29) CS, 16/09/2008; "G., M. G.", LA LEY 2008-F-59, nota de Jáuregui; DJ 2008-II-1766, LA LEY 2009-A-450, con nota de Silvia E. Fernández, LL AR/JUR/7453/2008; CCiv. y Com. 1ª Nom., Santiago del Estero, 09/03/2010, "B., S. B. y otro", LLNOA 2010-669, LL AR/JUR/27353/2010. En igual sentido, CCiv. y Com. 1ª Nom., Santiago del Estero, 19/02/2010, "Castro, Norberto J. y Benedetti, Claudia H. s/ guarda con fines de adopción de la menor Aguirre, Lucía A.", LL AR/JUR/18623/2010.

(30) CS, 27/11/2018, "S., M. A. s/ art. 19 de la CIDN", Ed. Rubinzal on line, 4387/2015/RCSJ 10428/18.

(31) En el ámbito legislativo, esta postura se siguió en el proyecto de ley de modificación presentado bajo el número 4721-D-2018, proponiendo la modificación del art. 611 del Cód. Civ. y Com. (ley 26.994), manteniendo la prohibición de las guardas de hecho y por instrumento público, con el siguiente agregado: "*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 estos y el o los pretensos guardadores del niño, debiendo el juez indagar sobre las circunstancias particulares de cada caso teniendo en cuenta el interés superior del niño*". Aunque mantiene la redacción vigente en cuanto a que "*Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción*". Igualmente, se propone la modificación del art. 634 del Código adecuando la actual la nulidad absoluta a la reforma propugnada en estos términos: "*b) la inscripción y aprobación del registro de adoptantes salvo las excepciones previstas en el art. 611*". Entre los fundamentos del

proyecto se lee que "La Corte Suprema de Justicia de la Nación relativizó el requisito de inscripción en los registros de aspirantes a guarda con fines de adopción expresando que el criterio no debe ser una interpretación estrictamente ritual sino orientada a la comprensión del interés superior del niño. La aplicación mecánica de los textos legales, dijo, podría diluir el contenido de la misma ley y el intérprete al actuar de este modo limita su función a ser un ejecutor formal sin disenso y sin la mirada del caso de una ley que no sale de su abstracción por derivación de ello. Muy por el contrario, el magistrado debe conciliar los principios contenidos por la ley con los elementos fácticos del caso".

Jurisprudencia española

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 90, 275

Cita Online: LALEY AR/DOC/1719/2019

[Consultado el: 04/06/2021]

(*)

I. Introducción

En esta ocasión acercamos algunas decisiones vinculadas con un tema que entendemos de fundamental importancia: la transversalización de la perspectiva de género y la aún incipiente tendencia a la remoción de los estereotipos en el sistema jurídico, que en España funciona de manera similar a lo que ocurre en nuestro país. Con esa idea, se extracta una sentencia dictada por la sala segunda de lo Penal del Tribunal Supremo respecto de la cual estimamos recomendable considerar las apreciaciones allí vertidas respecto de la valoración de los testimonios de las mujeres víctimas. Entendemos que puede resultar una herramienta valiosa al momento de resolver un requerimiento de medidas de protección a las mujeres denunciadas de situaciones de violencia de género, aun para los supuestos de que ellos se dicten en el ámbito de competencia civil. Si un fallo penal como el reseñado, dictado en un proceso en el que rigen principios tales como el de legalidad o *in dubio pro reo* admite que —bajo ciertos recaudos que enumera— la versión de la mujer víctima es suficiente para lograr la condena por comisión de delitos, dichas pautas deberían ser consideradas y observadas al momento de analizar las denuncias y disponer medidas protectivas para las víctimas de violencia de género, sin exigir contribuciones probatorias inmediatas que dilaten la respuesta jurisdiccional dentro del territorio de nuestro país. Merece ponderarse el análisis que realiza el tribunal tanto en el encuadre jurídico de las conductas maltratantes denunciadas por una víctima,

particularmente en lo que hace a la valoración del relato de la mujer como única prueba de cargo, y la posibilidad de que ella quiebre el principio de inocencia.

Con esa misma tesitura se aborda un caso vinculado con la aplicación de la agravante de género prevista en el derecho español en supuestos de delitos con penas en las que en el tipo penal se encontraría subsumida la perspectiva de género, en el entendimiento de que resulta muy interesante la distinción teórica desde el principio de igualdad y no discriminación que se explica en la sentencia. También se extracta un fallo donde se analiza si el imputado por desobediencia a una orden de restricción respecto de una víctima de violencia incurre en error de tipo, cuestión frecuente en nuestros tribunales.

Luego nos ocupamos de un de caso seguridad social donde se aborda el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato para usufructuar el derecho al permiso de lactancia por parte del progenitor, aun en el supuesto en que la progenitora del hijo en común no desempeñe tareas laborales y otro relacionado con la asimilación de un progenitor que accede al permiso de lactancia a una licencia por incapacidad, que lo limita en la posibilidad de acceso a la distribución de compensaciones durante ese período, afectando la razón de ser de la protección legal: la distribución igualitaria del cuidado para el logro de la paridad.

II. Valoración del testimonio de la víctima de violencia de género: pautas

El Tribunal Supremo, sala segunda, de lo Penal (1), mediante sentencia dictada el 27/03/2019, valoró la declaración de la mujer denunciante del maltrato sistemático que culminó con la condena de su ex pareja que la atacó físicamente hallándose alcoholizado. La particularidad del caso reposa en que la única prueba de cargo consistía en la declaración inicial de la mujer —reiterada en el juicio— y con ella se quebró el principio de presunción de inocencia. En una

de sus partes del fallo impugnado se dijo: "... es posible que el tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del tribunal. Y así podemos citar los siguientes: 1. Seguridad en la declaración ante el tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa. 2. Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa. 3. Claridad expositiva ante el tribunal. 4. "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el tribunal. 5. Seriedad expositiva que aleja la creencia del tribunal de un relato figurado, con fabulaciones o poco creíble. 6. Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos. 7. Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos. 8. Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad. 9. La declaración no debe ser fragmentada. 10. Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido. 11. Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica. Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o 'revictimización' por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al tribunal y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que, junto con los factores que citamos a continuación, pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes: 1. Dificultades que puede expresar la víctima ante el tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración. 2. Temor evidente al acusado por la comisión del hecho, dependiendo de la gravedad de lo ocurrido. 3. Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque éstas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas. 4. Deseo de terminar cuanto antes la declaración. 5. Deseo al olvido de los hechos. 6. Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración. En el presente caso, los factores que el tribunal añade respecto a su convicción de la declaración de la víctima y la credibilidad son los siguientes, que también deben añadirse a los siguientes factores a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo ese proceso de valoración: 1. Se aprecia en la declaración

de la perjudicada una coherencia interna en su declaración. 2. No vemos ánimo espurio de venganza o resentimiento que pueda influir en la valoración de dicha declaración. 3. Detalla claramente los hechos. 4. Distingue las situaciones, los presentes, los motivos. 5. Evidencia una falta de propósito de perjudicar al acusado. 6. Discrimina los hechos que tenían lugar habitualmente, de los que no".

Además de esas apreciaciones, se pone de resalto que los delitos perpetrados en contextos de violencia doméstica suelen producirse sin la presencia de terceros, y es así que se explica su relevancia en relación con el deber de sancionar la conductas ilícitas con las garantías del proceso justo: *"Las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos"*. Asumida por la sala la dificultad puesta de manifiesto cuando el testimonio de una víctima denunciante de maltrato se opone con su versión a la que brinda el imputado, y esa constituye la única prueba, los magistrados señalan que son pautas a considerar: *"1) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre. 2) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio —declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso— sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110, LECrim.) en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho. 3) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SSTS 28/09/1988, 26/3 y 05/06/1992, 08/11/1994, 11/10/1995, 13/04/1996)"*. Aunque aclaran que tales requisitos no

siempre deben darse concomitantes ni es exigible que así se pretenda, en razón de que "...la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas, que aun teniendo esas características tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva", señalan: "Es obvio que por el hecho de haber sido victimizada por el agresor la víctima no tenga una buena relación con este, pero ello no debe hacernos llegar al ámbito de la duda respecto a si lo que está declarando la víctima en el plenario lo hace con móviles de resentimiento. De ser así, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en muchos supuestos en los que se han producido hechos graves, como ocurre en los casos de agresiones sexuales en los que es obvio recordar y pensar que las víctimas ni tan siquiera quieren recordar los hechos, por lo que mucho es pedirles a éstas que dejen al margen el odio que puedan sentir. Pero estas sensaciones que son obvias en las víctimas no deben llevarnos a hacernos dudar del contenido de su declaración".

Merece destacarse que, con cita de la sentencia de sala Penal del Tribunal Supremo 282/2018 de 13/06/2018, Rec. 10776/2017, sobre el valor de la declaración de la víctima de violencia de género, recuerdan que "Es preciso poner de manifiesto que, en este caso, las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos, como fueron los padres, pero que no son las víctimas directas del hecho. En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan sólo quien 'ha visto' un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido...".

III. El género como agravante genérico del injusto

En otra sentencia el Tribunal Supremo, sala segunda, de lo Penal (2), del 08/03/2019 (3), se expidió sobre la conducta del

hombre como manifestación objetiva de discriminación hacia la mujer, afirmando que la norma no exige que el autor muestre voluntad de dominar o discriminar, basta con que el delito perpetrado evidencie una relación machista, de grave y arraigada desigualdad social para que proceda la agravación.

En las instancias anteriores a la intervención del TS se tuvo por probado que el acusado y la víctima fueron pareja sentimental sin convivencia desde el día 29/07/2014 hasta el 28/10/2016, aunque posteriormente a esta fecha siguieron *"viéndose en alguna ocasión e incluso tuvieron relaciones sexuales"*; el 27 de noviembre de 2016, en ocasión en que la víctima fue forzada a viajar en un vehículo, el acusado la obligó violentamente a practicarle sexo oral; posteriormente la llevó a una casilla, insultándola y ejerciendo violencia física y sexual, violándola mientras le decía *"que harían lo que él quisiera, que para eso estaba y que no servía para otra cosa"*. En función de esos hechos, fue condenado en primera instancia como autor penalmente responsable del delito de malos tratos en el ámbito familiar previsto en el art. 153.1 del Cód. Penal a la pena de 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un año y un día, prohibición de aproximarse a menos de 1000 m al domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente la víctima, así como de comunicarse con ella por cualquier medio por un tiempo de dos años (art. 57 del Cód. Penal). También fue hallado autor penalmente responsable de delito de agresión sexual, previsto y penado en los arts. 178 y 179, Cód. Penal, en concurso con el delito de lesiones del art. 153.1 y 3, imponiéndole una pena de siete años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56, Cód. Penal), y la prohibición de que el procesado se aproxime a menos de 1000 metros de la víctima, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que esta frecuente, así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 8 años 6 meses y 1 día. Finalmente, en aplicación del art. 192.1, Cód. Penal, dispuso su libertad vigilada por tiempo de cinco años, que se ejecutará con

posterioridad a la pena privativa de libertad. Y en concepto de responsabilidad civil se reconoció a la mujer una indemnización de 12.000 euros por las lesiones físicas y daño moral, cantidades que devengarán el interés legal con arreglo a lo dispuesto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por los demás delitos acusados (malos tratos en el ámbito familiar, art. 153.1 del Cód. Penal, injurias del art. 173.4 del Cód. Penal, coacciones en el ámbito familiar según el art. 172.2 del Cód. Penal y detención ilegal del art. 163.1, Cód. Penal, objeto de acusación) fue absuelto. En ese fallo se dispuso que las medidas de prohibición de acercamiento se mantuvieran hasta la firmeza del fallo y durante la tramitación de los recursos.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 29 de junio de 2018, había revocado la sentencia dictada por la Audiencia Provincial (4), en tanto no había admitido la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de género en el delito de agresión sexual. Resolvió aumentando la pena atribuida al injusto en estos términos: "*condenar al acusado por el delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 con la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de género en concurso medial con un delito de lesiones del art. 153.1 a la pena de 9 años y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de que el procesado se aproxime a menos de 1000 metros de la Sra. A., su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que esta frecuente, así como comunicarse por cualquier medio por tiempo de 10 años y 1 día, quedando intacto el resto del pronunciamiento condenatorio*".

Cabe señalar que la Audiencia Provincial excluyó la agravación del art. 22.4 del Cód. Penal porque no apreció el elemento subjetivo de discriminación, como sí lo hizo la sala del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, quejándose el condenado de que en dicha sala no gozó del privilegio de los principios de oralidad, inmediatez y contradicción como sí lo hizo el tribunal de primera instancia, quien no apreció esta intención discriminatoria que luego se le enrostró (5). La máxima instancia provincial aseveró que las lesiones ocasionadas

constituyen una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder entre el acusado y la víctima.

Al resolver el recurso casatorio, la sala Penal del TS hizo notar que "1. En lo que concierne a la agravante genérica consistente en 'cometer el delito por... razones de género...' con su introducción en el Código Penal, tras su reforma por Ley Orgánica 1/2015, se pretendió cumplir el compromiso internacional asumido por España como signataria del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica —Estambul, 11/05/2011—. Se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del art. 22... La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como 'los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres', puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo". Junto con ello, recordó: "El legislador español con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha incluido también tres nuevos tipos penales que son el de acoso y hostigamiento (art. 172 ter del Cód. Penal) y el delito de matrimonio forzado (art. 172 bis del Cód. Penal) y el delito de divulgación sin el consentimiento de la víctima de imágenes que fueron captadas con su anuencia (197.7 del Cód. Penal). Tales tipos penales ven realzada su relevancia en el ámbito de la violencia sobre la mujer por razones de género. Pero aquel legislador, además, consideró necesario que, como respuesta proporcional a la gravedad del hecho cuando la víctima es una mujer por el simple hecho de serlo, se debía incluir el ahora vigente párr. 4º del art. 22 (6), que prevé una nueva circunstancia agravante: la de discriminación por razón de género, aplicable en relación con aquellos delitos en los que la discriminación no ha sido tenida ya en cuenta para la configuración del correspondiente tipo penal, pero que no será aplicable a aquellos delitos que fueron modificados ya por la Ley Orgánica 1/2004 que, adoptando lo que se conoce como perspectiva de género, tuvo en cuenta ese plus de antijuridicidad que supone ejecutar el hecho como manifestación de dominio, de relación de poder o de desigualdad, es decir, en discriminación de la mujer por razón de género. La Ley Orgánica 1/2015 modificó el art. 22.4, Cód. Penal, añadiendo a las

circunstancias agravantes de cometer el delito por motivo de discriminación referente al sexo de la víctima la de actuar por motivos de discriminación por razones de género. Los términos sexo y género son definidos por la OMS: "El sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres", y concluye que "el macho" y "la hembra" son categorías sexuales, mientras "masculino" y "femenino" son categorías de género".

La cuestión que originó polémica y diversidad de criterios es la de si en estos otros delitos, que no fueron modificados por la Ley Orgánica 1/2004, es necesario acreditar que concurre ese específico elemento subjetivo. Esa fue la discrepancia entre la sentencia de primera instancia y la dictada en apelación.

La sala segunda del Tribunal Supremo ha establecido (STS del Pleno 677/2018) en relación con el específico elemento subjetivo que exigirlo en el art. 153.1 (7) supone exacerbar la verdadera intención del legislador, que en ningún caso describe tal elemento como subjetivo del injusto, ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de un acometimiento mutuo, por más que concorra el aditamento objetivo, sí exigido en el tipo penal, de la relación entre ambos del apart. 1º del art. 153 del Cód. Penal.

Tal sentencia mereció un voto particular, pero no en cuanto a la ausencia de exigencia de ese supuesto requisito específico consistente en un elemento subjetivo del injusto, sino sobre la exigencia de que, objetivamente, haya de producirse el hecho en el contexto de una situación de dominación que no cabe presumir por el hecho de ser varón el agresor que golpea a pareja femenina. En aquel fallo, la mayoría sostuvo que la dominación en la relación marido-mujer no se presume *iuris et de iure* y tampoco se exige como elemento del tipo. En cualquier caso, el mismo voto particular en la citada sentencia del Pleno de la sala se cuida de subrayar que el elemento del contexto de dominación *"no consiste en una determinada voluntad o intención del sujeto activo del delito"*. *"No es exigible un dolo específico dirigido a*

subordinar, humillar o dominar a la mujer". "Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada".

Se concluye que no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad. Es así que se señala: "*La ley decide elevar la pena cuando reforma el art. 153.1 del Cód. Penal a conductas porque considera que son, objetivamente, prescindiendo de los motivos subjetivos del autor, tanto causa como expresión de la situación de desigualdad. El agresor puede no ser consciente de que tiene una conducta patriarcal y machista. Lo relevante es que los tipos de agresión en ese contexto relacional de agresor y víctima dan lugar a la discriminación y son, cuando se llevan a cabo, manifestación de tal situación*".

Con ello "*... se ubica el concepto género en el ámbito de lo cultural o social como diferente de la mera referencia al sexo que restaría como dato biológico. Y, más concretamente, enfatiza la relación de esa perspectiva con la idea de discriminación. La exigencia constitucional ínsita en el derecho a la igualdad no se acantona en lo meramente formal o, como se ha dicho, limitada a la relación del individuo con el Estado, sino que también remite a las relaciones entre individuos dentro del ámbito social. La corrección de las desigualdades, que aquel derecho de igualdad reclama, por un lado, impone respuestas desiguales para situaciones caracterizadas por la desigualdad. Pero, como también se ha cuidado de señalar en la mejor doctrina, la tutela antidiscriminatoria, más allá que de restablecer la igualdad se orientará a lo que se ha denominado el principio de prioridad para favorecer a los de peor situación. Por eso se protege a la mujer con prioridad cuando es víctima de una determinada violencia, como la producida en el ámbito de la relación de pareja*".

Con esos argumentos señala el TS que "... con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya vienen contempladas en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta".

Teniendo en consideración los hechos probados, analizada la aplicación de la agravante genérica como se dijo anteriormente, se concluye: "Es evidente que tal escenario y comportamiento implican objetivamente la situación de machismo origen de discriminación fruto de la cual son los actos atribuidos al acusado, relación y asimétrico estatuto que sin duda les constaba y que resultaron funcionales para el objetivo delictivo de su voluntad de agredir a la víctima con menoscabo de su libertad sexual".

IV. Violación de medida de protección: consentimiento de la víctima. Error

El Tribunal Supremo, sala segunda, de lo Penal, sentencia 748/2018 de 14/02/2019, Rec. 2196/2017, en fecha 29/03/2019 resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante en fecha 22 de junio de 2017, por la que absolvió al imputado por el delito de quebrantamiento de medida cautelar mediando error.

Conforme se extrae del fallo, se acreditó que se dispuso medida cautelar de prohibición de aproximación de B. (8) a A. a su domicilio, lugar de trabajo u otros frecuentados por ella a menos de 300 metros y de comunicación con esta por cualquier medio directo o indirecto. La resolución fue debidamente notificada a B., requiriéndole para el cumplimiento de las prohibiciones expuestas en fecha 04/07/2016; el día 18 de noviembre de 2016, sobre las 19:20 horas,

fue hallado en el interior del domicilio de la víctima, hecho por el cual fue condenado en primera instancia, revocándose lo resuelto como se dijo (9), y motivando el recurso.

El fiscal arguyó que la sentencia recurrida contraviene la doctrina de la sala que niega virtualidad al consentimiento de la víctima para excluir la punibilidad en el caso de quebrantamientos del art. 468.2, Cód. Penal. A ese respecto, recordó el TS que *"El Pleno no jurisdiccional de la sala segunda del TS de 25 de enero de 2008, acordó que '... el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del Cód. Penal', tesis que ha sido acogida por sucesivas sentencias (entre otras SSTS 39/2009 de 29 de enero; 172/2009 de 24 de febrero; 61/2010 de 28 de enero; 95/2010 de 12 de febrero, 268/2010 de 26 de febrero; 1065/2010 de 26 de noviembre; 126/2011 de 31 de enero, 1010/2012 de 21 de diciembre, STS 539/2014, de 2 de julio; o 803/2015 de 9 de diciembre). El cumplimiento de una pena o medida cautelar impuesta por un tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que las mismas se orienten a la protección de aquélla"*.

Sin embargo, en lo relativo al caso concreto, se dijo que lo que se consideró no fue la posición de la víctima sino: *"... la información obtenida del juzgado respecto a la manera en que podría conseguirse el cese de la medida, o la creencia de que, con arreglo a la información recibida, la letrada había solicitado ya el fin de la misma"*. Luego de distinguir conceptualmente el error de tipo y de prohibición se especifica: *"... el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales y forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores sobre su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado (STS 61/2010 de 28 de enero). No puede admitirse tampoco error de prohibición basándose en que no hubo oposición por parte de la mujer a que se aproximara a ella contra lo ordenado por el juez. No puede ser admitido tal error ante una prohibición tan elementalmente comprensible como lo es la de contravenir*

una orden expresa del juez relativa a su obligación de no aproximarse a la mujer maltratada (STS 519/2004 de 28 de abril)".

El fallo del TS también aduce en otra porción del análisis que *"Entendido el error como desconocimiento o equivocación sobre una realidad, distinguimos entre el error de tipo y el de prohibición. El primero supone la falta de conocimiento o conocimiento equivocado sobre los elementos del tipo, e implica desconocimiento del sujeto de que en su hecho concurre un elemento que aparece como constitutivo del tipo penal. Sus efectos inmediatos son la exclusión del dolo, que requiere el conocimiento de la concurrencia de todos los elementos fundadores de la prohibición, si fuera invencible también de la imprudencia. A tal fin el art. 14 en su apartado primero dispone 'El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente', debe entenderse, siempre que sea punible la modalidad culposa del delito de que se trate. Si el error recae sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, 'impedirá su apreciación' (art. 14.2, Cód. Penal). Por su parte el error de prohibición consiste en el conocimiento equivocado acerca de la ilicitud de la conducta que no excluye el dolo, sino la exigencia de conocimiento de la significación antijurídica de la misma. Afecta a la conciencia de la ilicitud y con ella a la culpabilidad. Respecto a él establece el art. 14.3 '3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados'. A ello se agrega que si falta conciencia de antijuridicidad, 'bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible"*.

Yendo al caso concreto, en la resolución se admite que *"... la sentencia recurrida no centró la base del error que apreció en el consentimiento de la mujer orientado a que la medida de alejamiento quedara sin efecto. Sino que, además de constatado este, tomó en consideración que ambos dos, el acusado y ella,*

acudieron al juzgado a fin de obtener conocimiento sobre la manera en que conseguir el cese de la medida, y que actuaron en la creencia añadida con arreglo a la información recibida, de que la letrada había solicitado ya dicho cese, por lo que su decisión estuvo vinculada a las concretas circunstancias del caso. Error que calificó como error vencible de prohibición, ratificando de esta manera el criterio al respecto de la sentencia de instancia, que también valoró ciertos déficits en la notificación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal 2 de Alicante en el procedimiento de juicio oral 390/2016, que introducían ciertas dudas respecto al mantenimiento tras esta del contenido de las prohibiciones que habían sido acordadas, inicialmente impuestas por el auto de 04/07/2016". En esa medida, no se admitió que la apreciación del error se encuentre en oposición a la doctrina de la sala. Sin embargo, se absolvió al imputado, señalando: "Lo que resulta desajustada es la consideración que tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial otorgaron al error, como de prohibición. No puede entenderse tal en cuanto que el acusado no ignoró en ningún momento que contravenir lo judicialmente acordado respecto a la medida que le impedía acercarse a su compañera era ilícito. El error, en los términos que aparece descrito en la sentencia recurrida, se proyectó directamente sobre la vigencia de la orden de alejamiento, es decir, sobre un elemento tipo. Un elemento de carácter normativo y no meramente descriptivo, consideración que no transmuta la categoría del error que sobre él recae como error de tipo excluyente del dolo. Aunque la distinción no es fácil cuando se trata de error sobre elementos normativos del tipo que determinan la antijuridicidad, y existen varias posiciones doctrinales, la mayoritaria sostiene que los errores sobre los elementos del tipo, aunque sea sobre elementos normativos, siempre son elementos del tipo y así deben ser tratados. En definitiva, revisada la subsunción legal, confirman la absolución del reo".

V. Derecho a no ser discriminado en razón de las condiciones familiares: permiso de lactancia para el varón

El Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, sala de lo Social, dictó resolución en fecha 03/04/2019 (10). En la demanda origen del pleito, el demandante reclamaba el reconocimiento del derecho a disfrutar de permiso de lactancia tras el nacimiento de su hijo, denegado por la empleadora fundado en no

desempeñar la madre trabajo retribuido; también requirió se declare el derecho a reducir en una hora su jornada diaria de trabajo para la lactancia de su hijo menor, acumulándose en jornadas completas durante catorce días laborables o, si al reconocimiento no fuere posible el disfrute íntegro del período de acumulación que correspondiere durante los nueve meses —edad del hijo—, más la compensación económica de los daños y perjuicios causados. Solicitó una indemnización adicional de 6000 euros por vulneración del derecho del varón a no ser discriminado por circunstancias familiares y del derecho a la intimidad personal y familiar, derechos fundamentales de conformidad con lo previsto en el art. 14 en relación con el art. 39.3 y el art. 18.1, todos ellos de la Constitución Española.

La sentencia de primera instancia le hace lugar parcialmente, reconociéndole reducción horaria acumulada en catorce días laborables. Apelan ambas partes.

La Audiencia comienza la sentencia señalando que la controversia jurídica gira en torno al análisis de la naturaleza y finalidad del permiso de lactancia que regula el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores. El precepto afirma que *"este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen"*; recuerda el fallo que la jueza de la instancia anterior juzgó (11) que la conducta de la empleadora *"resulta excesivamente restrictiva de un derecho que se reconoce sin más límite que la imposibilidad de disfrute concurrente de ambos progenitores (...) pero nada dice de limitación alguna si sólo uno trabaja"*, agregando que se distancia de la función de amamantamiento, y *"no siendo ya un derecho propio de la madre, resulta indiferente que la misma no tenga la condición de trabajadora activa, si esta condición es reunida por el otro progenitor"*. La alzada coincide con esos fundamentos, y agrega: *"la referencia a la mujer como titular del derecho ha dado paso a la desvinculación del género de su titular como superación de una tradicional concepción vinculada al hecho físico de la lactancia para la instauración de una medida conciliadora de la vida personal y familiar del trabajador progenitor con su jornada laboral"* (12). Tratándose como se trata

de una medida conciliadora de la vida familiar y laboral, el legislador ha centrado el reconocimiento de la titularidad del derecho en la condición de trabajador de cualquiera de los progenitores y el objeto del permiso en el tiempo de cuidado a favor del hijo, sin otras consideraciones adicionales o cortapisas de que su ejercicio sólo pueda corresponder a uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen. Confirman en ese punto lo resuelto.

Respecto de la posibilidad del disfrute acumulado de la reducción de jornada, apelan nuevamente a la norma en cuanto dispone el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores que *"en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el art. 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella"*. Al respecto se señala que no existe acuerdo entre las partes, ni tampoco el convenio colectivo prevé la posibilidad de disfrute acumulado de la reducción de jornada conforme interesa al trabajador (13). El análisis de la norma convencional a la que se sujeta la relación de las partes conforme establece el hecho probado primero de la sentencia no admite otra conclusión, y así decide confirmar esa porción del fallo.

El trabajador considera en esencia que la sentencia de instancia, centrada en la discriminación por razón de sexo, omite la perspectiva que la prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución Española admite en relación con las circunstancias personales y familiares que afectan al actor y por las que entiende la empresa le discrimina al rechazar el permiso de lactancia que le corresponde con independencia de su condición de varón, perspectiva constitucional que avalan las sentencias 26/2011, de 11 de abril, del

Tribunal Constitucional (14), y la sentencia de 16/07/2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La Audiencia señala que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres [art. 14, CE (15)], que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar del ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. En función de ello asegura: *"...la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena (art. 37.4, LET) constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada que se opone a los arts. 2º y 5º de la directiva 76/207/CEE"*. Y ello porque tal exclusión *"no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social..., ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social"*, y sí, en cambio, una medida que puede *"contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental"*.

Recuerdan: *"la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares"*, y en consecuencia entienden que con la denegación del permiso la demandada vulnera su derecho a no ser discriminado por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14, CE) relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad [art. 39.3, CE (16)].

Con cita de sentencias del Tribunal Supremo, declaran procedente la indemnización por daño moral cuando existe

vulneración de derecho fundamental, sistematizando estos recaudos:

a) La demanda "*... deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios... o las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador*". b) La sentencia "*... dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el art. 183*". c) Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, nace el deber del juez, que "*... deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados*". d) El daño se determinará "*... prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño*", aclarando que "*... el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no sólo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño"*", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención. Finalmente, y conforme un antecedente similar (17), fijan el monto de la indemnización en la suma de seis mil euros.

VI. Derecho a la igualdad de trato y nulidad de la equiparación del permiso de paternidad a una incapacidad temporal a los fines retributivos

La Audiencia Nacional, sala de lo Social, sentencia 198/2018, resuelve en fecha 18 de diciembre de 2018 un conflicto sindical vinculado al principio de igualdad de trato en relación con los beneficios sociales derivados de los permisos de paternidad y

maternidad. En ese sentido, estima nula la normativa interna de la empleadora que equipara el permiso de paternidad a una incapacidad temporal a efectos retributivos. Señala que constituye una discriminación por razón de sexo que desincentiva el reparto equilibrado de las cargas familiares en el sistema de retribución variable que no incluye al colectivo de trabajadores que disfruten del permiso de paternidad durante el período en que se devenga el beneficio

El trámite se comienza con la petición de que se declare que la actual redacción del Reglamento Valora, en lo relativo al devengo del objetivo trimestral (Target) en permisos de paternidad vulnera el principio de igualdad previsto en el art. 14 de la Constitución Española y en la Ley Orgánica 3/2007, debiéndose incluir dentro del sistema de retribución variable al colectivo de trabajadores que disfruten del permiso de paternidad desde el primer día de su disfrute, reconociendo su derecho a percibir esta retribución variable con base en el cumplimiento obtenido según el sistema ordinario de retribución.

La sentencia admite la discriminación, con fundamentos de orden nacional como internacional. Señalan que *"Tanto desde el punto de vista del marco normativo constitucional interno como del derecho de la Unión Europea, la igualdad de mujeres y hombres constituye un derecho fundamental de rango constitutivo (arts. 2º y 3º.3 del Tratado de la Unión —TUE—, arts. 8º, 153 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión —TFUE—, y arts. 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —CDFUE—), del que, con carácter de derecho derivado, se ocupa, entre otras, la directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. El art. 16 de esta directiva establece que los Estados garantizarán que, al término del permiso de paternidad, los trabajadores —hombres y mujeres— tendrán derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, 'en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia'. Este precepto reproduce, para la paternidad, la misma*

garantía que el art. 15 refiere a la maternidad... b) En el ámbito nacional, el art. 14, CE, plasma el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, que desarrolla específicamente la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El art. 8º de esta última indica que 'constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad'. Respecto del contrato de trabajo, el art. 17.1, ET, precisa que 'se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta... por razón de sexo'".

Con ese marco normativo y remisión a fallos constitucionales, afirman que *"la lucha contra la discriminación por razón de sexo no se agota en la protección de la maternidad propiamente dicha, sino que debe alcanzar también a aquellas figuras que sirven a la corresponsabilidad y reparto de cargas familiares, sin las que no es posible hablar de una igualdad de derechos entre hombres y mujeres"*.

De seguido, la Audiencia afirma que, para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, *"los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso"*. Y, con sumo acierto, se dice que esa pauta es aplicable tanto a mujeres como a hombres, pero también que igualmente comprende la suspensión por maternidad como por paternidad. Porque *"si la paternidad queda menos protegida que la maternidad, la consecuencia lógica es un menor índice de disfrute de la primera en detrimento de la segunda, perpetuándose así la asunción mayoritaria de cargas familiares por las mujeres al ser éstas quienes utilizan de modo absolutamente mayoritario estos permisos"*.

Se hacen cargo de que la sentencia 111/2018, de 17 de octubre, del Tribunal Constitucional indica que *"no existe discriminación en el hecho de que la suspensión del contrato por paternidad tenga una duración inferior a la de la maternidad biológica, pues sus finalidades son distintas: en la*

maternidad biológica existe un parto que compromete la salud de la trabajadora, mientras que en la paternidad esta circunstancia no concurre. La diferencia se justifica, pues, por la existencia de un parto, lo que hace razonable una diferente duración para atender la salud de la trabajadora". Sin embargo, esa diferencia de trato resulta razonable por una condición objetiva, la que no se mantiene en el supuesto controvertido. Y es que el convenio colectivo del sector de la banca (BOE 15/06/2016) establece en su art. 32, relativo a "licencias por paternidad", que "Los trabajadores y las trabajadoras se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado".

Referencias Bibliográficas

(1) TS, sala 2ª, Penal, sentencia 119/2019, Rec. 779/2018.

(2) TS, sentencia 99/2019 del 08/03/2019, Rec. 10497/2018.

(3) STS 591/2019.

(4) El tribunal de revisión supeditó la estimación de la agravante a la prueba de que el autor no sólo quiso atentar contra la libertad sexual de la víctima sino también que cometió el delito de agresión sexual por razones de género, o, en otras palabras, que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquélla por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental.

(5) Al respecto, sostuvo la parte que el reo actuó "*con el ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos*", pero afirmó que en ningún momento se probó que actuase con ánimo de superioridad o dominación por razón de género

(6) Cód. Penal, "*De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Art. 22. Son circunstancias agravantes: (...) 4ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad. Modificado por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, Ref. BOE-A-2015-3439 y 5/2010, de 22 de junio, Ref. BOE-A-2010-9953.*

(7) "Art. 153. 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el juez o tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado".

(8) B. es mayor de edad, ya había sido condenado por sentencia firme de 29 de septiembre de 2014 por un delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar a una pena de 9 meses de prisión, suspendida por plazo de 2 años y sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad.

(9) El Ministerio Fiscal entendió que no estaba acreditada la existencia del error; el acusado también apeló solicitando la absolución. La Audiencia consideró ajustada a derecho la apreciación del error

vencible, si bien no la consecuencia jurídica que a este se atribuyó. Según el criterio que expresó la sala de apelación, el error de prohibición excluye el dolo, y en la medida que el art. 468.2, Cód. Penal, prevé exclusivamente la conducta de naturaleza dolosa, la absolución devenía en obligatoria. En definitiva, solventó la cuestión como si se tratara de error de tipo.

(10) TSJ Asturias, sala Social, sentencia 324/2019, recurso 2855/2018.

(11) Citando sentencias como la 75/2011, de 19 de mayo, del Tribunal Constitucional y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16/07/2015 en el asunto C-222/2.014.

(12) Citan la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), caso "*Roca Álvarez*", en la que se planteaba si la regulación del permiso de lactancia establecida por la legislación española, en la que se preveía el permiso de lactancia como un derecho únicamente de las trabajadoras por cuenta ajena, estaba amparada por la directiva 76/207/CEE del Consejo del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. En esta sentencia interpreta que el permiso de lactancia se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y se considera como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral. Y por ello denegar el disfrute del permiso porque la madre no sea trabajadora por cuenta ajena, sino trabajadora por cuenta propia, supone una limitación de su actividad profesional, además de implicar que la madre ha de soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir ayuda del padre. Por todo ello el TJUE resolvió que la legislación española no es acorde a la mencionada directiva y entiende que procede reconocer el permiso de lactancia a favor del padre incluso en los supuestos en los que la madre sea trabajadora por cuenta propia y no trabajadora por cuenta ajena, ya que lo contrario supondría una discriminación no amparada por el ordenamiento europeo.

(13) El art. 17 f) del convenio colectivo de la empresa publicado en el BO (06/11/2014) se limita a establecer que "*las trabajadoras por lactancia de un hijo menor de nueve meses tendrán derecho a una hora de ausencia del*

trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho, por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen".

(14) Donde se dijo: "... debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14, CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; y 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4). De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; y 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3, entre otras muchas), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2, CE (SSTC 128/1987, FFJJ 7 y ss.; 19/1989, FJ 4; 28/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 3/1993, de 14 de enero, FJ 3; y 109/19 93, de 25 de marzo, FJ 5, por todas)".

(15) Constitución Española, capítulo segundo, "Derechos y libertades. Art. 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

(16) Constitución Española, capítulo tercero, "De los principios rectores de la política social y económica. Art. 39... 1... 2... 3. Los padres deben prestar

asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda".

(17) Mencionan que la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2017 (recurso 2497/2015) contiene pautas de plena aplicación al caso, por cuanto "...Concretada en este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cumplir con el deber de cuantificar el daño, puede determinarse prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. Tanto los propios hechos probados, expuestos más arriba, cuando la explicación que da la sentencia de instancia ponen de relieve que estamos ante una conducta empresarial grave (...) En esas condiciones, que se acuda a las sanciones previstas para infracciones empresariales muy graves parece lógico", atendiendo al importe de las sanciones para infracciones graves que se contempla en el art. 40.1 b) del real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Laboral, "ponderando para su cuantificación la gravedad de los hechos que se han declarado probados y su incidencia en el derecho fundamental que se reputa vulnerado".

Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 92, 267

Cita Online: LALEY AR/DOC/3126/2019

[Consultado el: 04/06/2021]

(*)

Autoras: Cecilia P. Grosman (dir.) y Carolina A. Videtta (coord.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, dos tomos.

Elaborar la reseña de una obra jurídica dirigida por una de las maestras que ha formado ya a varias generaciones con su impronta progresista, que continúa su incesante labor docente mostrando capacidad de reflexión y acompañamiento a los cambios de la modernidad, los que, además, traccionó desde los espacios académicos en que se desarrolló, es una responsabilidad y una alegría asumidas con idéntico fervor. Mucho más cuando se trata de una labor colectiva que se formula con base en conflictos difíciles de abordar, pero imposibles de soslayar. Cecilia Grosman, adalid de este libro, bien puede compararse con la directora de una orquesta donde los intérpretes ejecutan los instrumentos escogidos para producir una sinfonía deliciosa.

Si a ello agregamos que a lo largo de los dos tomos que reúnen fructíferos aportes, además del grupo de excelentes docentes, encontramos a admirados y admiradas colegas, el entusiasmo se incrementa y se asemeja a cuando los acordes del "*Adagio*" de

Albinoni suenan en el aire del sur que habito. ¿Hay algo mejor que una bella música y un buen libro?

La obra discurre sobre asuntos derivados de la complejidad de la posmodernidad, la proyección cuantitativa y cualitativa de los derechos humanos, las pautas legales vigentes que se caracterizan por la flexibilidad y permeabilidad y obligan a una interpretación sistémica, la revalorización de la condición de sujetos de derechos de quienes componen la infancia y la juventud y la promoción de un cambio en los adultos para construir las nuevas ciudadanías. La Convención de los Derechos del Niño, en tanto principal instrumento jurídico de protección de los sujetos menores de edad, los principios clave de no discriminación, participación, desarrollo y supervivencia e interés superior del niño se deslizan en los textos, armonizados con los principios generales de derechos humanos: universalidad, universalidad e interdependencia, leídos en clave de género. Estas son notas que se desarrollan en varios de los trabajos que componen la obra. Ese nexo, invisible y a la vez explicitado en el desarrollo argumental de cada producción, ha sido, sin dudas, producto de la labor entusiasta y apasionada de Carolina Videtta, la coordinadora de este ejemplar que se puede adjetivar de infaltable.

Por otro lado, a modo de rescate de algún presunto caos derivado de la dificultad que importa la decisión de casos dilemáticos —como suelen serlo los vinculados a los derechos personalísimos—, existe un hilo de Ariadna que es ofrecido al lector ya desde el delicioso prólogo que elabora Aída Kemelmajer de Carlucci, y que no es otro que la aplicación del compendio de derechos humanos, sin dejarlo reducido únicamente a los tratados constitucionalizados, sino ampliado con las recomendaciones, observaciones y jurisprudencia derivada de esos instrumentos. Quienes escriben este libro jurídico profundizan cada uno de sus aportes con el análisis de supuestos de conflicto de normas, tensión de principios, casos surgidos a nivel nacional como de otras latitudes, legislación comparada y reglas administrativas muchas veces desconocidas.

La obra comienza con la producción de la directora, que encara la necesidad de profundizar y efectivizar la participación infanto-juvenil en el ámbito social como modo de construir ciudadanía, brindando elementos de reflexión en cuanto a que el derecho consagrado en diversos instrumentos internacionales es una formidable herramienta para la legitimación y el fortalecimiento de toda democracia. Desarrolla el concepto de *participación*, su aplicación concreta y las sugerencias de los ámbitos académicos para producir formas de efectivizarlo en la esfera individual y colectiva de los niños, niñas y adolescentes, al igual que sistematiza información sobre distintos foros, congresos y encuentros. Lo rico de su espacio estriba en que nos ilustra y nos impulsa a fomentar las prácticas discursivas de las personas menores de edad. En esa tarea despeja miedos del mundo adulto, y fundamenta su alegato en que la participación favorece la argumentación, el razonamiento, el proceso de conocimiento, y —en especial— la consolidación progresiva de la autonomía. Brinda sugerencias acerca de acciones estatales que configuran deudas sociales en relación con el maltrato infantil — documentar, sistematizar, difundir prácticas de participación protagónica de los y las afectados/as— y no rehúye la mención de las voces opositoras a la participación como consecuencia de las posiciones jerárquicas instaladas. A ellas les responde con sugerencias como el reemplazo por relaciones más horizontales y ejemplos de experiencias concretas y satisfactorias de participación de niños, niñas y adolescentes.

Los temas bioéticos vinculados con el derecho a salud, y puntualmente el lazo ineludible entre dignidad, autonomía progresiva y cuidado del propio cuerpo de niños, niñas y adolescentes, son abordados por Gustavo Moreno, Silvia Fernández y Luz Pagano en áreas en las que se mueven con soltura: los dilemas jurídicos derivados de la negativa a recibir transfusiones de sangre, planificaciones vitales para el final de la vida, opciones y decisiones sanitarias, padecimientos mentales y trasplante de órganos, respectivamente. Inevitable recordar, al repasar los sólidos aportes que vuelcan a lo largo de cuatro capítulos, el libro *La ley del menor*, de Ian McEwan, pues tanto

en la literatura como en el derecho lo que subyace como evidente es el sentido último —o inaugural— de la vida: las tensiones constantes entre libertad individual y esfera de actuación estatal.

También hace su aporte en materia sanitaria — particularmente en lo relativo a preservación de células reproductivas de pacientes pediátricos que deben ser sometidos a tratamientos potencialmente esterilizantes— María Susana Ciruzzi, con propuestas formuladas desde una vasta experiencia, sobre consentimiento informado, gestión de bancos de gametos, utilización, descarte o donación de la muestra almacenada, etc. Complementa esta porción temática la tríada interdisciplinaria conformada por Diego Freeman, María Ishida y Sandra Wierza con lo relativo a la investigación clínica en infancia y juventud. Ilustran sobre los beneficios de los conceptos jurídicos indeterminados en estas cuestiones, refuerzan la posición mayoritaria que indica evitar la judicialización de los conflictos bioéticos y articulan una conclusión relevante respecto de su tema: la necesidad de balancear el reconocimiento como sujeto de derecho y la posible desprotección de la persona menor de edad dada su condición de vulnerabilidad estructural, sugiriendo no admitir experimentaciones negadas en los países patrocinantes.

La identidad como derecho de niños, niñas y adolescentes es encarada por Martín Culaciatti y David Hacker. El primero desarrolla el concepto explicando su carácter multifacético, focalizando en uno de sus peldaños iniciales: la identificación personal, y —con datos interesantes que releva— postula que sus corolarios o ramificaciones como inscripción, nombre, obtención de documentación posibilitan la exigibilidad de otros derechos conexos o, a la inversa, profundizan la vulnerabilidad. En ese trájín desmenuza lo concerniente al nombre y apellido en las diferentes variables que dan origen al emplazamiento filial. El otro autor se ocupa de la correlación entre derecho a la identidad y adecuada comunicación con los abuelos y abuelas, ponderando la terminología actual que reemplaza el término "*visitas*", realizando una cronología histórica de la regulación legal, a la que acompaña con información sobre el derecho extranjero. Insiste sobre

el desarrollo de una identidad al amparo de una familia, la importancia de la genealogía y desde allí asienta la idea de que la comunicación de estos parientes tiene fundamento también en el derecho humano a la vida familiar, además del principio general e ineludible de interés superior del niño. Recupera, como herramienta posible, la utilización de los puntos de encuentro familiar.

Este mismo autor desarrolla un tema de gran interés y actualidad: el derecho a la intimidad de niños, niñas y adolescentes en las redes sociales, analizando el concepto alojado en el art. 52 del Cód. Civ. y Com., en coordinación con lo dispuesto en los arts. 16 de la Convención de los Derechos del Niño y 10 de la ley 26.061. Brinda información acerca de algunas particularidades contractuales vinculadas con la red social, normas que rigen la temática y hace una revisión crítica de los proyectos presentados para regular el *grooming*. Su enfoque con relación al abordaje de la intimidad como derecho personalísimo expuesto al amplísimo mundo de las redes sociales se desarrolla desde la prevención y la función de cuidado responsable de los adultos respecto de las personas menores de edad, respeto sus derechos, progresión hasta la autonomía y el ejercicio de una función pedagógica y dialógica.

El segundo volumen despunta con un tema siempre candente: la adopción. Es Javier Muñiz quien se ocupa de reseñar el instituto y sus bemoles, desde las reglas y principios que lo rigen, la incidencia del transcurso del tiempo, en particular con el derecho a obtener una sentencia en plazo razonable, la protección de la identidad y el complejo asunto de las entregas en guardas con y sin intervención judicial, desmenuzando la sinergia de la legislación vigente y anotando que es producto de la adaptación al sistema de derechos humanos convencional y constitucional. Sobre esa base, postula la comprensión y aplicación práctica sin apearse a los absolutos como respuesta a la tan especial dinámica de la vida familiar, y sostiene muy gráficamente que *"la tarea del operador debe ser más parecida a la del artesano que a la del agente que fabrica un producto en masa, pues solo así se puede llegar a aprehender todas las vicisitudes y aristas que el caso exhibe"*.

No podía faltar dentro de un texto que se dedica a los derechos personalísimos un trabajo consagrado a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes. Se ocupa del tema Luciano Varela, tomando como punto de partida las obligaciones del Estado que nacen a partir de la adhesión a los tratados sobre derechos humanos, dando cuenta de cómo la ley argentina constituye una política pública que respeta la diversidad de estos grupos vulnerables y doblemente fragilizados cuando se trata de infantes. Advierte acerca de la importancia de acompañar el proceso de autopercepción como forma de disminuir las consecuencias que produce la hegemonía binaria en niños, niñas y adolescentes que no se sienten incluidos en las categorías tradicionales asignadas tempranamente. La consideración como sujetos de derechos, según este autor, importa la posibilidad de acceso a ser identificados conforme el género autopercebido y a las cirugías de reasignación sexual conforme el principio de autonomía progresiva.

El que sigue es Leonardo Vítola, con un excelente capítulo sobre intersexualidad que comienza tomando posición sobre el uso del lenguaje con una explicación sobre el punto: ni la x, ni la e, ni la arroba, ni el asterisco, porque encasillan o no son letras... solo se referirá a personas. Conceptualiza y distingue categorías como sexo y género, orientación y diversidad sexual, transexualidad e intersexualidad, y a esta la explica como posible tercer sexo. Con sólidos argumentos cuestiona las intervenciones realizadas en personas intersex durante su primera infancia por resultar mutilantes y vulnerar la autonomía personal, a la par que desarrolla un repaso por legislaciones y casos internacionales, marcando sus pro y contras. Nos ilustra sobre el estado del arte en nuestro país y considera necesaria una ley que disponga la flexibilización del binarismo sobre el género, admitiendo la anotación de nacimiento de las personas intersexuales consignando una x, la lisa y llana desaparición del binarismo, con la posibilidad de dejar en blanco *masculino* o *femenino*, o bien un tercer ítem más incluyente, el *diverso*.

María Victoria Pellegrini analiza la autonomía progresiva en relación con la protección en razón de la vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes exclusivamente en lo relativo al ámbito patrimonial. En esa senda, nos va mostrando qué ocurría en el sistema derogado, cuáles fueron las reformas y su impacto, para llegar a poner en el tapete que las nuevas reglas dejaron de lado el sistema rígido — capacidad/incapacidad de ejercicio— y su reemplazo por otras que configuran un sistema mixto en el que conviven dos grandes posibilidades: i) ejercicio de derechos conforme criterio etario y madurativo y ii) ejercicio según el acto de que se trate, conforme las ideas clásicas de capacidad y discernimiento. Sistematiza la normativa vigente, en la que coexisten: i) el binomio edad y grado de madurez suficiente, ii) la edad como nota relevante, iii) que no se disponga límite etario —como cuando la norma establece el derecho a ser oído—, iv) presunciones legales con aplicación del sistema dual o etario, v) diferenciación en función del acto de que se trate, vi) el principio interés superior del niño como factor relevante de interpretación del caso. Aborda con destreza la relación derechos patrimoniales de NNA-responsabilidad parental-nulidad de los actos jurídicos, brindando respuestas a diversas situaciones que presenta la práctica. Se introduce en las formas contractuales contemporáneas, llevándolas al campo de las personas menores de edad, sus posibilidades, alcances, resguardos con el ejemplo de los "youtubers", e interpela acerca de los contratos celebrados por representantes que afectan los derechos personalísimos de las personas menores de edad, con interesantes casos de jurisprudencia anterior y posterior a la vigencia del Cód. Civ. y Com.

La obra también se ocupa de un tema complejo y que supone una deuda histórica y que no logra saldarse: los derechos de los adolescentes y jóvenes sin cuidados parentales y su tránsito desde el sistema de protección a la autonomía, a través del inestimable aporte de Carolina Videtta, quien es acreedora de gran experiencia en la materia. Realiza su contribución partiendo de preguntas concretas, interpelando al lector y a las instituciones, repasando la legislación internacional y local de aplicación a la materia. Bucea en el derecho a

la vida familiar, pero también observa y explica por qué no siempre la adopción es el camino, y se pregunta sobre las respuestas necesarias para acompañar a esta población vulnerable hacia una autonomía, encontrando en la Ley de Acompañamiento para el Egreso (27.364) una especie de Jano, aquel dios de la mitología romana que representaba las puertas, los comienzos, los portales, las transiciones y los finales. Marca las coincidencias de las investigaciones y experiencias europeas respecto de lo que acontece con los jóvenes de nuestro país, validando así su propuesta de aplicación de programas desarrollados del otro lado del océano, perfectamente trasladables a nuestra realidad.

No podía eludirse contemplar la cuestión del ejercicio de los derechos en el ámbito jurisdiccional, y de eso se ocupa Sebastián Fortuna, que —si se quiere, retomando el tema inaugural de la obra que desarrolló la querida Cecilia Grosman— encara la participación de niños, niñas y adolescentes, pero ya en los procesos de familia, el acceso a la justicia en calidad de parte, su derecho a ser oído y el rol del abogado del niño. Este autor también parte del concepto de autonomía progresiva y desarrolla su trabajo con enjundiosa cita del soporte normativo con el que pretende demostrar la exigibilidad del reconocimiento de la subjetividad jurídica de las personas menores de edad. También repasa distintas respuestas jurisprudenciales y doctrinarias sobre los tópicos que sistematiza en i) derecho a ser oído: cómo, cuando, en qué condiciones se ejerce y su peso específico en las decisiones judiciales y ii) intervención directa de los niños, niñas y adolescentes, a la par que efectúa señalamientos útiles con relación a las cualidades o calidades que debería caracterizar a quienes se desempeñen como sus letrados en los procesos.

Hay un capítulo destinado al rol del Ministerio Público, en el que Ida Scherman enfatiza acerca de la función del control de convencionalidad y en particular señala el rol de los y las asesores de menores, anoticiando sobre experiencias de Estados Unidos, a partir de las cuales los derechos de la ciudadanía se reconocieron más por los logros ocurridos en los casos concretos donde la presión provenía

de las bases, que por lineamientos o liderazgos de los de arriba. Es interesante cómo desmenuza el concepto de *vulnerabilidad*, nos lleva a recorrer ejemplos de avances en el derecho extranjero y luego vuelca su versada experiencia. Finalmente, exhibe un caso de acción colectiva de amparo por derechos económicos, sociales y culturales y otro de la esfera penal, con actuaciones preponderantes de esos funcionarios.

Esta obra cubre un gran espectro de la realidad, y no se olvida de las complejidades que implica el ejercicio de la responsabilidad parental en condiciones de encierro o, dicho de otro modo, los problemas de la niñez y la adolescencia que derivan de la privación de la libertad de los progenitores. Este tema lo desarrolla Agustina Bladilo y, a partir de datos duros sobre la realidad latinoamericana de las mujeres en contextos de encierro, evidencia un problema grave y dilemático. En especial, porque se ponen en tensión el derecho a no ser separados de sus padres y a la libertad y dignidad del hijo o hija, dado que la permanencia junto a las reclusas está habilitada legalmente. A partir de allí evidencia la diferencia respecto del progenitor varón privado de libertad, formula atinados reparos acerca de las posibilidades futuras luego de superada la edad tope establecida para la permanencia del niño o niña dentro del establecimiento penal, narra sobre las escasas experiencias de alternativas superadoras —viviendas tuteladas incluso dentro de predios de reclusión—. Además, desarrolla el asunto de los efectos de la condena de más de tres años respecto de la responsabilidad parental y la inconstitucionalidad del art. 12 del Cód. Penal, postulando que el encierro suspende el ejercicio, pero no priva automáticamente de la función ni del derecho. Muestra las inconsistencias del sistema legal en el caso de la vida intramuros de las mujeres y sus hijos e hijas, propiciando una ley especial que regule esa temática.

Los dos últimos trabajos se refieren a derechos económicos, sociales y culturales: Marta Polakiewicz atrapa analizando que, pese a la fuerte retórica que se advierte en las políticas públicas, existe una significativa brecha entre los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos como exigibles y la operativización concreta.

Analiza con absoluto rigor los avances, dificultades y tensiones registrados en la aplicación del enfoque de derechos humanos en las políticas públicas destinadas a garantizar los más básicos DESC de niños, niñas y adolescentes, como la alimentación y el cuidado. Anuda el resultado de diversas producciones de organismos vinculados con los derechos, su respeto y protección, y recuerda que los Objetivos del Desarrollo del Milenio, que instalaron en las agendas estatales los problemas a superar, señalaron la relación directa entre los planes de desarrollo y los derechos humanos, el rol de la igualdad, la equidad de género, el fortalecimiento de la capacidad de ejercicio y reclamo de los derechos. Describe las características de los DESC, su exigibilidad e identifica como el principal déficit la dificultad para determinar las obligaciones mínimas. Sistematiza con casos paradigmáticos las diversas modalidades de efectivización judicial tanto individual como colectiva, y, con cita de Gargarella, reafirma la concepción de que es la economía la que debe ajustarse a los derechos y no a la inversa, y recuerda que donde antes había necesidades a asistir, ahora hay sujetos con derecho a demandar prestaciones y conductas, obligaciones estatales y exigibilidad ciudadana. Se trata de un aporte muy recomendable por la perspectiva con la que se desarrollan los temas: la vulnerabilidad como dato transversal y la necesidad de hacer valer y poner en acto el principio de participación en la formulación de las políticas públicas entre los políticos y expertos y los ciudadanos

El siguiente y último opúsculo estuvo a cargo de Martina Salituri Amezcua, y discurre sobre la exigibilidad del derecho personalísimo a un nivel de vida adecuado, que desarrolla a partir de varias preguntas disparadoras. Es a partir de allí que desarrolla las consecuencias jurídicas (prevención o reparación), deteniéndose en institutos tales como alimentos, vivienda y medidas de protección y —haciendo honor al título— triangula el derecho que titularizan las personas menores de edad con los deberes de su familia y del Estado. Ello para arribar a la postulación de que, así como se produjo una influencia de los derechos humanos en el derecho de las familias merced a la convencionalización y constitucionalización, es posible el influjo inverso mediante el control adecuado de los límites de la

administración, en particular reduciendo su discrecionalidad cuando se trata de derechos que impactan en el nivel de vida adecuado para el desarrollo de NNA.

Como cierre, y a modo de augurio, valga señalar que estamos ante una obra imprescindible para la comprensión y efectivización en la mayor y mejor dimensión posible de los derechos personalísimos de quienes, en el porvenir, serán los efectores y garantes de los nuestros. Construyamos el puente que une las generaciones, construyamos ciudadanía...

Jurisprudencia española

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 92, 218

Cita Online: LALEY AR/DOC/3339/2019

[Consultado el: 04/06/2021]

(*)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes del "*caso de la manada*".— III. Ponderación de los hechos como daño y valoración de los producidos.— IV. La condena.— V. Algunos aportes jurisprudenciales con relación a la libertad sexual desde el enfoque de género.

I. Introducción

En esta ocasión nos referiremos a la violencia de género y el tratamiento dado en el conocido "*fallo de la manada*", el cual tuvo una repercusión mediática de dimensiones formidables, trascendiendo las fronteras españolas.

La violencia de género debe ser abordada transversalmente y en todas sus manifestaciones y no únicamente cuando se manifiesta a través de la violencia física. La perspectiva de género implica que el análisis de los casos debe situarse antes de la problemática y resolverse proyectivamente sobre sus consecuencias inmediatas y mediatas; esto importa sostener que el desafío no es punitivo, o no únicamente sancionatorio, sino de prevención.

Los fallos que hoy nos ocuparán, en especial el referido al ataque sexual a una joven por un grupo numeroso de varones, valoran diferentes aspectos que influyen en la víctima, sumado al delito

principal y la acción de los perpetradores, que fueron ponderados o desechados a la hora de dictar las sentencias en las diferentes instancias. La consideración del testimonio de la víctima como factor determinante para ciertos agravantes y la influencia mediática en lo referente a que el hecho pueda o no ser considerado como una violación del principio de inocencia, el actuar "*en manada*" por parte de los agresores, los daños morales ocasionados a la víctima, el estado de embriaguez en el cual se sucedieron los hechos, así como el sostenimiento de determinados actos en el tiempo fueron elementos que se ponderaron en la sentencia del Tribunal Supremo español el 04/07/2019, y a ellos nos referiremos.

II. Antecedentes del "*caso de la manada*" (1)

Una joven de 18 años de edad se encontraba sola y en estado de ebriedad a la salida de un concierto celebrado en el contexto de la Fiesta de San Fermín en Pamplona, España, intentando localizar a una amiga. Cinco jóvenes —A., A., A., J. P. y A., de 24 a 27 años de edad— se acercaron a ella a consultarle qué sucedía, y ella les manifestó que se iba a ir al coche para descansar. Los sujetos se ofrecieron para acompañarla, y en el camino dos de los condenados se detuvieron en un hotel quedándose retrasada la joven.

Los integrantes del grupo pidieron una habitación por hora "*para follar*", indicándole el encargado que ello no era posible y sin que la denunciante hubiera escuchado esta parte de la conversación. A. reparó en que una mujer accedía al portal de un inmueble y después de mantener una breve conversación con ella, simulando que estaba alojado, subió por el ascensor al segundo piso, bajando al portal por las escaleras, hasta que encontró el lugar idóneo para los actos que iban a llevar a cabo, apremiando al resto a que entraran, introduciendo a la víctima de forma súbita y repentina tirando de ella, dirigiéndola a un cubículo de unos 3 m², donde los acusados la rodearon, y donde llevaron adelante varios actos de índole sexual (2), sin protección alguna, en contra de la voluntad de la víctima, que fueron grabados y fotografiados por "*la manada*" mientras que la denunciante se

encontraba en una posición sumisa. Terminado el cometido, uno de los acusados tomó el celular de la víctima extrayendo el chip y la tarjeta de memoria que tiró en el lugar de los hechos y se retiraron del lugar.

Una vez sola, la víctima abandonó el lugar y una pareja que pasaba cerca del banco donde ella se había sentado a llorar desconsoladamente llamó a la policía y fue trasladada hasta el hospital más cercano, donde le dieron atención inmediata.

El Tribunal Superior procedió a juzgar sobre los fundamentos de las apelaciones de los condenados, que fueron desestimados en su totalidad.

II.1. Los agravios con relación al testimonio principal y la influencia mediática

Los condenados indicaron que el tribunal que los condenó no actuó con imparcialidad objetiva porque sus miembros estuvieron sometidos a una incuestionable presión mediática que influyó de manera inequívoca en la resolución recurrida ante el TS español, a pesar de que, expresamente, se niega en la sentencia esa presión.

La sala Penal del TS resaltó, al respecto, que la Constitución Española establece en su art. 120 el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales, característica que queda ligada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 24 de la Carta Fundamental. Señala, entonces, que en virtud de ellos podrán establecerse eventuales limitaciones al derecho a la información, siendo dos las situaciones en que los "*juicios paralelos*" pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia: i) antes de la sentencia judicial, cuando la opinión pública se convence de la culpabilidad o inocencia del acusado, y ii) durante el proceso judicial, en cuanto al riesgo de que el juez o jurado se vea influido por la transmisión mediática. En el primer caso, dijo el Tribunal Supremo, hablaríamos de la dimensión extraprocesal del debate y, en el segundo, nos

referiríamos a su dimensión procesal: la independencia del Poder Judicial.

El objeto del control casacional se limitó a verificar si los miembros del tribunal de juicio se vieron sobrepasados por la presión mediática. La sala sostuvo que la causa se desarrolló tras un proceso con todas las garantías, siendo decisiva la declaración de la denunciante como prueba de cargo (3), corroborada por testimonios coherentes y vídeos pericialmente valorados, con una prueba médica y psicológica rigurosamente debatida y una ponderación de los hechos antecedentes y consecuentes a la acción criminal, sin relación de causalidad alguna con una supuesta manipulación mediática o conspiración política.

Sostuvieron que el tribunal llegó a su convicción condenatoria atendiendo a la insuficiente prueba de cargo testifical, considerando que la declaración de la denunciante superó los criterios de validez establecidos tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por la doctrina del Tribunal Supremo. En ese sentido, en la sentencia se sostiene que, cuando se denuncia en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, debe verificarse si la prueba de cargo con base en la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido. Tras examinar y valorar en detalle la declaración de la joven, su testimonio fue considerado seguro y convincente, corroboradas sus afirmaciones con evidencias recogidas en una prueba externa profusa y suficiente, y consecuente con el desarrollo incriminatorio que se confirmó. Fue destacado en este punto que el Tribunal Superior no está llamado a valorar de nuevo el testimonio acusatorio, sino a ponderar si las conclusiones de instancia se revelasen absurdas, ilógicas o arbitrarias, o contradichas por elementos fehacientes que evidencien la mendacidad del testimonio de la víctima o fundamenten una duda racional y razonable de su veracidad, lo que no estuvo configurado en el caso.

De esta forma, sostuvieron que el reproche de deficiencia en la motivación de la sentencia se mostró como gratuito, dada la abundancia de argumentos sobre el particular, de la participación en los hechos de los acusados y de la total ausencia de consentimiento de la víctima en los actos sexuales llevados a cabo por los procesados.

II.2. Los hechos como sustento de la calificación legal y su cambio

A modo pedagógico, y en respuesta al tercer motivo casacional, la sala expresó que el principio acusatorio parte de una estricta correlación entre la acusación y la declaración judicial de condena realizada por el tribunal, de manera que este no puede condenar por un delito que no haya sido objeto de acusación y del que, en consecuencia, no se haya podido defender el acusado. Esa conformación del proceso penal, con una parte que acusa, otra que se defiende y un tribunal que decide, supone la realización de la justicia de acuerdo con las exigencias derivadas de la observancia del derecho de defensa.

Así las cosas, analizó que los elementos esenciales del delito fueron objeto de debate contradictorio y los acusados se defendieron de los hechos que conformaron la imputación del abuso; señaló que los ilícitos que motivaron la condena solo se diferenciaron en no apreciar la concurrencia de una violencia o intimidación de los acusados, señalando que la pena correspondiente al abuso es inferior a la de la agresión sexual que se les imputaba en las calificaciones acusatorias y no se introduce novedad sustancial alguna que justifique la alegada indefensión.

En efecto, el ST sostuvo que no se produjo vulneración del principio acusatorio ni de ningún modo indefensión, ya que los acusados estuvieron perfectamente informados de lo que se les imputaba y pudieron ejercer su defensa contradictoria sin restricción alguna.

Finalmente, respecto del cuarto motivo casacional, se intentó discutir la aplicación del delito de abuso sexual con prevalimiento, ya que los recurrentes lo entendieron inaplicable de acuerdo con lo establecido tanto en la norma penal como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ser que en los delitos de agresión sexual la concurrencia de dolo debe proyectarse y abarcar sobre todos y cada uno de los elementos que integran el tipo, debiendo precisarse, frente a lo afirmado en la sentencia que se recurrió, que ni la diferencia de edad ni de complejión física entre los acusados y la denunciante, ni su diferente experiencia sexual, ni que ellos fuesen cinco y ella una sola pueden tomarse, por sí solos y porque sí, como elementos decisivos para afirmar que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, so pena de presumir contra reo que el caso de haber percibido la menor señal de oposición por parte de la denunciante no hubiesen desistido de su propósito de mantener relaciones sexuales, volviendo en el motivo a valorar la declaración de la víctima.

Los autores, necesariamente, debían conocer no solo el peligro concreto de su acción, sino que aquellos actos sexuales "*iniciuos y vejatorios*" no eran expresamente consentidos por la joven, resultándoles indiferente el estado en que ella se encontraba, totalmente desprotegida y vulnerable.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal expresó sus fundamentos, que fueron estimados en su totalidad. Sostuvo que para poder afirmar que se está ante la figura del prevalimiento, tal y como mantiene la sentencia mayoritaria recurrida, los hechos probados habrían de recoger que, *debido a esa superioridad numérica y física de los acusados*, la víctima accedió a mantener las relaciones sexuales, conducta que también se ve reflejada en los hechos probados.

Ahora bien, y acá uno de los sellos con perspectiva de género en la sentencia del TS que podemos rescatar de este mediático fallo: acceder significa consentir en lo que alguien solicita o quiere. *No consta*

en los hechos probados que la víctima consintiera o accediera a mantener tales relaciones, ni tan siquiera de manera subliminal. No consta que los agresores solicitaran de la víctima mantener tales relaciones. Solo se acreditó que ellos inhibieron a la víctima con su sola presencia y actitud, frente a lo que ella no pudo ofrecer reacción alguna.

El Ministerio Fiscal se realizó la siguiente pregunta: ¿es exigible algo más para doblegar a la víctima que estar rodeada por cinco individuos de fuerte complexión y en un espacio mínimo, apartado y con nulas posibilidades de escapar? A lo que afirmó que no. Entendió —y lo compartió la sala— que no es admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores. Intimidar no es otra cosa que causar o infundir miedo, miedo o pánico que, en casos como el analizado, se infunde con la sola presencia de cinco individuos de fuerte complexión rodeando a una víctima en un habitáculo cerrado y sin posibilidad alguna de escapar.

Vale preguntarnos si en la mayoría de los juicios que llegan a término con una mínima o máxima revictimización de la mujer no se espera este actuar heroico que señala el Ministerio Fiscal. ¿No estamos acaso frente a un sistema que falla la mayoría de las veces? ¿No es evidente la ausencia de prevención eficaz? ¿Es necesario que las mujeres sean heroínas para poder tener acceso a la justicia?

El acusador público del caso reitera que de los hechos probados se deduce la consideración de que no estamos ante una intimidación menor que permita aplicar la figura del prevalimiento, sino ante una intimidación grave que debe determinar la calificación jurídica de tales hechos como agresión sexual. La diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación. Mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del

autor se impone por la fuerza, bien esta sea violenta, bien lo sea de carácter intimidatorio.

La sala estimó los fundamentos del acusador diciendo que será cooperador necesario no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que, respondiendo a un plan conjunto, ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima, porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio, mucho más frente a una única joven y desarrollándose los hechos en un lugar solitario. En términos del fallo: *"Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita, o incluso anula, la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria"*.

Al fijar el concepto de intimidación, se hizo referencia a que la Unión Europea, en el año 2012, adopta la directiva 2012/29/UE (4), según la cual *"La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de género (...) se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados 'delitos relacionados con el honor'. Las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia"*.

Por otro lado, citaron el Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, denominado *Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011* (5), como instrumento necesario para poder definir el delito de violación, y que recuerda, en su aplicación, las normas internacionales y regionales de derechos humanos, así como el Estatuto Jurídico de la Corte Penal Internacional. Y con base en ello, su ámbito de aplicación es frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada. De ese modo, se sostiene que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra ellas, y designa todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. El género entenderá los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres. La violencia contra las mujeres por razones de género comprende todo maltrato contra una mujer por el hecho de serlo — incluyendo el percibirse como tal— o que la afecte de manera desproporcionada y en razón de esa condición.

En consecuencia, y volviendo al caso en concreto, se sostiene que *la intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, no de consentimiento*, lo que, según el relato de hechos probados, fue conocido por los procesados, que además aprovecharon la situación de la denunciante inmersa en el citado cubículo al que ellos la habían conducido para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso y actuando de común acuerdo, y sin que el relato de hechos describa situación alguna previa de prevalimiento, por lo que en definitiva es reputado inexistente. Acreditada la intimidación, su eficacia en la ocasión concreta para paralizar la voluntad de resistencia de la víctima y anular su libertad, así como la

adecuada relación causal, conduce a la calificación de los hechos como delito de violación.

La sala recordó que la función esencial que le compete es actuar como custodio del orden jurisdiccional penal, la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

Con apoyo en el relato de hechos probados, reconduce la calificación de estos como un delito de agresión sexual, sin modificarlos y sin llevar a cabo una nueva valoración de la prueba practicada, y con pleno respeto a los escritos de calificación de las acusaciones, sin incurrir en indefensión alguna para los acusados, quienes a través de su propio recurso de casación alegaron la infracción del principio acusatorio —motivo desestimado— porque en todo momento fueron imputados de un delito de agresión sexual y no de abuso sexual.

En definitiva, la sala entendió que concurre la agravante cuando se aprecie, al lado de una agresión, la existencia de una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos, o bien una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes, no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual, lo cual entendieron plenamente acreditado.

II.3. El agravamiento de la pena impuesta

La segunda petición del Ministerio Fiscal fue la aplicación del art. 180.1.2^a del Cód. Penal, que prevé una pena superior para los

casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, alegando que no fue un hecho discutido que fueron cinco los individuos que participaron en los múltiples actos sexuales de los que la denunciante fue víctima, apuntando que si la actuación conjunta de dos personas ya permite la aplicación de dicha agravación, la concertada por cinco varones contra una mujer es más que suficiente para apreciar, no solo que su presencia determine la situación intimidatoria, sino que también permita la aplicación de dicha agravación específica. Sostuvo que la conducta desplegada por los acusados actuando en grupo, de común acuerdo y aprovechando la situación creada tiene un mayor disvalor, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva de este, que este caso tuvo lugar, según la sentencia de instancia, por los cinco procesados, que la condujeron al cubículo donde le rodearon, aprovecharon la situación para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, objeto de al menos diez agresiones sexuales con acceso vaginal, anal y bucal, siendo solo sancionados como responsables de su propia agresión, y no como cooperadores necesarios en las de los demás.

El Ministerio Fiscal sostuvo también que el acusado J. P. utilizó el ámbito intimidatorio creado por todos los intervinientes para perpetrar un delito contra la propiedad; se valió de la intimidación como medio para apoderarse del teléfono móvil de la víctima, por lo que la correcta calificación de ese accionar es el delito de robo con intimidación, previsto y penado en el art. 242.1, Cód. Penal, en relación con el 237 del mismo texto legal.

III. Ponderación de los hechos como daño y valoración de los producidos

En concreto, se citan como daños morales ocasionados a la víctima la trascendencia social y mediática del caso, que a su vez ha puesto de manifiesto la relevancia y repulsa social de actuaciones como la enjuiciada, provocadora de una situación de malestar que merece una compensación independiente. La víctima expresó en la

audiencia oral llevada a cabo en primera instancia las razones por las que después de los hechos trató de mantener una apariencia de vida normal en todos sus ámbitos, incluida la actividad en las redes sociales, a pesar de los sentimientos que le abrumaban y el desasosiego que le embargó al conocer que existían vídeos y pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar. La sala valoró que resulta incuestionable que una persona que entiende haber sufrido un suceso traumático con la dimensión conferida a nivel institucional y mediático trate de hacer todo lo posible para normalizar su vida en todos los aspectos, siendo comprensible su actuación de recuperación, en la que afortunadamente dispuso de un importante apoyo familiar y de su entorno social más próximo.

Se alegó falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, respecto de lo que se señaló que no es preciso que los daños morales tengan que concretarse en alteraciones patológicas o psicológicas, basta que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las víctimas, pues normalmente no cuentan los juzgadores con pruebas que faciliten la cuantificación económica. Se juzgó que en casos muy mediáticos como el analizado se produce una victimización secundaria, por aparecer repetidamente la noticia en los medios de comunicación de masas.

IV. La condena

La sala resolvió incrementar la pena (6) a 15 años de prisión a cada uno, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento a la denunciante durante 20 años, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros, así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, y a 8 años de libertad, más la pena pecuniaria y a J. P. (quien tomó el móvil de la víctima) a la pena de 2 años de prisión, con las accesorias legales.

El TS tuvo como eje de los fundamentos la violencia de género, valorando todos los factores del caso, desde la cantidad de los agresores, los actos vejatorios de índole sexual, para los cuales abusaron del estado de ebriedad y de shock de la víctima, el hecho de no haber utilizado preservativo, la filmación y fotografía de los hechos realizados y compartidos con varios grupos de WhatsApp, la diferencia de edad y la sustracción del celular de ella. La sala desestimó todos los motivos casacionales presentados por los condenados y sostuvo en los fundamentos de derecho que los hechos fueron muy graves, y la actitud de los acusados posterior a ellos aumentó la culpabilidad del injusto o la antijuridicidad de su conducta, lo que justificó la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto.

V. Algunos aportes jurisprudenciales con relación a la libertad sexual desde el enfoque de género

En otra sentencia (7), el Tribunal Supremo se expidió sobre la agresión sexual dentro del vínculo matrimonial, afirmando que *en modo alguno puede admitirse que la relación de pareja otorgue a una persona el derecho a tener con la otra relaciones sexuales, si esta se niega y se emplea violencia*. Sostuvo de esta forma que la violación en pareja deviene ante situaciones en las que concurren los elementos típicos del delito de agresión sexual, porque *el vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga ningún derecho sobre la sexualidad del otro miembro de la pareja*, de tal manera que, si el acto sexual se consigue con la clara negativa de la víctima y se emplea violencia o intimidación, el hecho es incardinable en el delito de violación.

La sentencia fue dictada en consideración a los siguientes antecedentes. El acusado estuvo casado con la víctima por 25 años, de los hechos se desprende que la relación no era buena, con frecuentes discusiones. El 06/07/2014, la perjudicada se vio forzada por su marido a mantener relaciones sexuales, quien le manifestó que era "*su obligación*". El agresor, a los fines de concretar el acto sexual, le profirió un número indeterminado de cabezazos y bofetones. Una vez

finalizado el acto y encontrándose liberada, la víctima se dirigió a la comisaría de policía para interponer la denuncia, siendo trasladada de forma inmediata al hospital materno infantil, que dio cuenta de las diferentes lesiones que tenía (8). Ante el recurso interpuesto por el acusado, motivado en la vulneración del principio de inocencia, la sala reiteró el fundamento sostenido anteriormente (STS 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011, de 11/02/2011) que establece que el sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas, sino que puede interponerse, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación al derecho a la presunción de inocencia es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC 60/2008 de 26.5).

En este caso, el tribunal desarrolló el examen de la prueba practicada respecto a qué es hecho probado en cuanto a lo relevante al objeto del recurso y el testimonio de la víctima. Como en la mayoría de los casos de violencia de género donde debe valorarse el testimonio de la víctima, se hizo hincapié en la importancia que tiene la declaración de esta, lo que fue acompañado en esta ocasión de datos objetivos. Citó el antecedente de la propia sala del Tribunal Supremo 119/2019, de 6 de marzo, donde concluyeron que *"Es posible que el tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del tribunal"*, citando varios elementos a tener en cuenta. Concluyeron en que existió un acto de maltrato por una violencia desplegada para someter a la víctima a realizar el acto sexual, en un contexto de golpes que fueron acreditados en el plenario de forma objetiva, por lo que existió prueba suficiente para el dictado de la sentencia condenatoria.

De manera terminante, respecto de la admisión del delito sexual en las relaciones de pareja, el Tribunal Supremo expresó: "... Y

con respecto a la admisión del delito de violación en el seno de la pareja debe admitirse, ya que, como apunta la doctrina, negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes. Y no es así en modo alguno, pese a pretéritas construcciones doctrinales desfasadas y ahora rechazadas categóricamente que negaban esta opción de admitir la violación por entender que en el matrimonio no existían actos deshonrosos, ni ataques a la libertad sexual. Nada más lejos de la realidad, por cuanto la libertad sexual de la mujer casada, o en pareja, emerge con la misma libertad que cualquier otra mujer, no pudiendo admitirse en modo alguno una construcción de la relación sexual en pareja bajo la subyugación de las expresiones que constan en el relato de hechos probados, que describen el sometimiento que consiguió el recurrente a su pareja bajo la coerción de la fuerza, y no admitiéndose, tampoco, que pudiera existir, incluso, un error de prohibición en estos casos".

En esta misma línea, rechazó como fundamento que *"el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre, por lo que, si se ejercen actos de violencia para vencer esa voluntad con la clara negativa de la mujer"*. Esto, a su vez, con el agravante de la relación de pareja y convivencia, y pudiendo añadirse la agravante de género en circunstancias que la sala ya reconoció en las sentencias del Tribunal Supremo 420/2018 de 25/09/2018, Rec. 10235/2018, 565/2018 de 19/11/2018, Rec. 10279/2018 y 99/2019 de 26/02/2019, Rec. 10497/2018.

La conducta fue evaluada por la sala como un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, y que no se anula por la relación conyugal. Destacó que la inexistencia del débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja es resaltado por la doctrina, y que el matrimonio no supone, al menos hoy, sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades, ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantee un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales. Citó la sentencia 1564/2005, de 27/12, donde se había consignado que, en general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y de

suficiente entidad objetiva, y este dato debe matizarse en relación con las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, acaso dando preferencia a este último. Máxime si se tiene en cuenta que ya no se exige esa "*cuota de sangre*" para acreditar la oposición de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor, lo que supone valorar la vía física con criterios más relativos y circunstanciales y alejados de la nota de la irresistibilidad, criterio ya superado. Con esos argumentos se mantuvo lo resuelto por la Audiencia Provincial de Málaga (9) que condenó al acusado por el delito de agresión sexual con el agravante de parentesco.

En otro supuesto que llegó a la máxima instancia invocándose la vulneración del principio de inocencia, el tribunal desestimó el recurso presentado, al considerar que las manifestaciones de la víctima fueron coherentes y persistentes en el tiempo, descartándose móviles espurios. Asimismo, sostuvo que la impugnación de la sentencia de la primera instancia recibió por parte del órgano de apelación una respuesta lógica, motivada y razonable y que respetó la reiterada jurisprudencia sobre el particular. Los hechos fueron los siguientes: en un contexto de ruptura de la víctima con el agresor, el segundo perdió el control, llevando a la víctima primero a un paraje alejado, impidiéndole salir del auto, y luego a su casa, valiéndose para esto de violencia física y amenazas de muerte —con utilización de armas de fuego y armas blancas—. En el hogar de él, ella logró liberarse gracias a la llegada inesperada de los progenitores del agresor, quienes la llevaron a la casa de otro familiar y la convencieron de que no denunciara los hechos bajo la promesa de que ellos lo arreglarían, controlarían al acusado, llevándoselo a Italia, su país de origen, para ingresar en un centro de cura y sin acceso a redes sociales o teléfonos para evitar que se pusiera en contacto con la víctima. En ello confió, hasta que días después descubrió que el acusado andaba por la red con dispositivo, por lo que interpuso inmediatamente denuncia.

Destacamos la valoración del Tribunal Supremo, en tanto se ponderó como fiable el relato vinculado a la creencia de protección que le formularon los parientes del acusado, y que —en conjunto con las pruebas recibidas [\(10\)](#)— avalaron la diferencia temporal que aparecía entre el momento en que ocurrió el hecho y la denuncia, ponderando así el contexto de seguridad ficticio en el cual se sintió la víctima ante la promesa de su familia y por lo cual no acudió a hacer la denuncia inmediatamente posterior a los hechos descriptos. La sala, destacando una vez más la valoración del testimonio de la víctima, además de otras pruebas que fueron bastas, y la promesa de la familia del agresor, acordó no hacer lugar a la admisión del recurso de casación contra la sentencia dictada por la sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de origen del 2 de julio del año 2018 [\(11\)](#).

También se aporta en relación con la credibilidad del testimonio único en cuanto a la interpretación del "*maltrato habitual*" y el consumo problemático de alcohol como atenuante —o no— para los hechos de violencia. Ponemos de resalto la doctrina de la sala en lo que hace al análisis de los relatos de las víctimas de violencia de género intrafamiliar, en particular por la incidencia que tiene la cuestión no solo en el ámbito penal, sino al momento de valorar los relatos de las usuarias del servicio de justicia para la obtención inmediata de medidas de corte provisional ante los tribunales locales, en que no siempre se responde con credibilidad inmediata al pedido de auxilio jurisdiccional.

En la sentencia 678/2019 [\(12\)](#) el Tribunal Supremo entendió que los hechos del caso fueron constitutivos de un delito de maltrato habitual, analizado de la siguiente forma: "*el hecho de la agresión por la que el recurrente le golpea a la víctima, que es su pareja, se produce en el seno de una convivencia de maltrato habitual, es decir, una situación de dominación psicológica del agresor, al que no le constan actos previos de maltrato físico, sino de humillación, lo que determina que en ese contexto de maltrato la agresión del recurrente, totalmente objetivable, cual es el golpeo a la víctima sin causarle lesión*

es, evidentemente un acto de maltrato, con independencia de las consideraciones realizadas en la antes citada sentencia 677/2018 de 20 de diciembre".

En el caso, el agresor mantuvo una relación sentimental con la víctima desde inicios de 2011 y hasta abril de 2015. En varias ocasiones, en el domicilio que compartían y en el que también residían otras personas, tras la ingesta de bebidas alcohólicas que alteraban parcialmente el comportamiento del condenado, sin eliminar ni alterar sustancialmente sus facultades intelectivas y volitivas, la insultaba, llegándole a decir que la mataría y que después se suicidaría, propinándole incluso un par de puñetazos en la cara, sin que conste le causara lesión alguna. Ante estos hechos probados, la sala refirió que frente al consumo problemático del alcohol y el estado de ebriedad en el que se encontraba el denunciado al realizar las conductas descriptas, ello no puede rebajar la pena a la categoría de delito leve, ya que existe un hecho objetivable como es la agresión y una incardinación en el tipo penal por la relación sentimental entre las partes —convivencia—, signada por reiteradas conductas que consistían en actos de maltrato psicológico. Se juzgó que la ingesta problemática de alcohol no puede incidir en entender que las agresiones en las relaciones de pareja degradan el hecho delictivo para no entender que se trata de un delito de violencia de género y trasladarlo a otra categoría de la tipicidad más benévola al considerarla como un delito leve, que es lo que se propone el recurrente. La sala determinó que se trataba de una permanente conducta delictiva de maltrato habitual de humillación y dominación psicológica, por la prevalente conducta de dirigirse a su pareja con términos humillantes que el tribunal ubicó en el delito de maltrato habitual dentro del tipo psicológico.

Finalmente, reiteró (13) la importancia del testimonio de la víctima como determinante en todos los casos de violencia de género y las condiciones de análisis de los hechos, que en ocasiones admiten que sea ponderada como única prueba de cargo, descartándose ánimos espurios o de venganza o resentimiento —credibilidad subjetiva— que dé cuenta de una exposición clara, que pueda discriminar las conductas y los actos del acusado —credibilidad

objetiva—, a lo que se suma la consideración de que la declaración persista en las sucesivas fases del procedimiento.

Referencias Bibliográficas:

(*) La sección se realiza con la colaboración de la abog. Ayelén Polzonetti de Darás.

(1) Tribunal Supremo, sala de lo Penal, 04/07/2019, recurso 396/2019, res. 344/2019. En las instancias anteriores se había dictado sentencia el 30 de noviembre de 2018 por la sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, confirmatoria del fallo emitido por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra el 20 de marzo de 2018.

(2) La denunciante fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por A. y A., este último en dos ocasiones, al igual que A., quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo. Durante el desarrollo de los hechos, J. P. grabó con su teléfono móvil seis vídeos con una duración total de 59 segundos y tomó dos fotos. A. grabó del mismo modo un vídeo, con una duración de 39 segundos, conforme los hechos acreditados a lo largo del proceso.

(3) Puede verse la doctrina sostenida en ese sentido en esta misma sección, en particular en RDF 90-275, AR/DOC/1719/2019.

(4) Diario Oficial de la Unión Europea, "Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo" de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, párr. 17.

(5) Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, Estambul, 11V.2011 (www.coe.int/conventionviolence).

(6) En primera instancia se los condenó a nueve años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales y la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por

ella a una distancia inferior a los 500 m, así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años. Impusieron 5 años de libertad vigilada, a ejecutarse con posterioridad a la pena privativa de libertad. J. P. fue condenado únicamente por el delito de hurto.

(7) Tribunal Supremo, sala de lo Penal, 21/05/2019, recurso 2611/2018, res. 254/2019.

(8) *"Fue reconocida a las dos y seis minutos de la madrugada del día 7 de julio. El facultativo que la atendió apreció lesiones en eritema en zona malar izquierda, frontoparietal izquierdo, eritemas en ambos antebrazos, erosión en antebrazo izquierdo y pequeño eritema de 2 milímetros a nivel de cara interna de labio menor derecho, que precisaron una única asistencia facultativa y tardaron en sanar 2 días no impositivos para su actividad habitual. De estas, con seguridad, fueron causadas por los golpes recibidos: eritema en zona malar izquierda, frontoparietal izquierdo, eritemas en ambos antebrazos y pequeño eritema de 2 milímetros a nivel de cara interna de labio menor derecho, que habían desaparecido cuando Ana fue reconocida por el médico forense".*

(9) Responsable criminal en concepto de autor de un delito de agresión sexual en concurso ideal con un delito de maltrato, concurriendo en el primero la agravante de parentesco a la pena de nueve [9] años de prisión, y a la medida de libertad vigilada durante cinco [5] años, por el primero, y nueve [9] meses de prisión por el segundo, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad y abono de las dos terceras partes de las costas procesales. Prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 500 m a la víctima y a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar en que se encuentre o sea frecuentado por ella, y de comunicarse por cualquier medio con ella por tiempo de diez [10] años por el primer delito, y misma prohibición por el segundo delito por tiempo de tres años y a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 3 años por el segundo delito. Indemnización a la perjudicada en 60 euros por las lesiones causadas y en la cantidad de 30.000 euros por daño oral.

(10) Los médicos informaron que la víctima tenía dolor cervical y moratones en las piernas, y el acusado presentaba marcas de uña.

(11) Tribunal Supremo, sala de lo Penal, 20/06/2019, recurso 156/2019, res. 651/2019.

(12) Tribunal Supremo, sala de lo Penal, 06/03/2019, recurso 779/2019, res. 119/2019.

(13) Sentencia de esta sala del Tribunal Supremo 282/2018 de 13/06/2018, rec. 10776/2017 sobre valor declaración de la víctima de violencia de género.

Violencia de género: acceso a justicia de las mujeres

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://www.rubinzaonline.com.ar/>

Publicado en: versión electrónica

Cita Online: RC D 1126/2019

[Consultado el: 27/08/2021]

Sumario: 1. Introducción. 2. Acceso a "*la justicia*" como forma de acceso "*a justicia*". 3. Algunas realidades a atender al momento de intervenir en los casos judiciales. 4. La roca de Sísifo o la absurda esperanza.

1. Introducción.

Existe consenso generalizado en sostener que la ruptura de un orden establecido que nace como consecuencia de procesos históricos y de construcciones colectivas se denomina revolución. Desde ese punto de vista, el enorme movimiento gestado más o menos soterradamente y poco a poco visibilizado hasta tomar las calles y las conciencias, con soporte en las teorías feministas y la profunda incidencia de la doctrina de los derechos humanos en la sociedad argentina, han puesto al revés el sistema patriarcal. Con manifestaciones masivas y medidas adoptadas por organismos del Estado, el desequilibrio de poder se hizo visible y hay una tendencia que permite sostener que la sensibilización de los primeros tiempos dará lugar a más acciones positivas. Nace entonces una certeza: la revolución está en marcha. Y estamos en ella.

Numerosos instrumentos jurídicos internacionales y locales describen conductas, postulan valores, determinan obligaciones y demarcan la esfera de actuación permitida a la ciudadanía y a los Estados, incluso disponiendo las sanciones en supuestos de incumplimiento; se trata de tratados multilaterales, constituciones nacionales y provinciales, leyes federales o de cada estado, e incluso reglamentaciones de jerarquía inferior con las que se pretendió y pretende regular los conflictos derivados de la convivencia humana.

Aún con el bagaje normativo enunciado, el sistema de protección de los derechos humanos observa dificultades, tales como la exclusión y/o sub-representación de las mujeres en el universo de su implementación, que se incrementa respecto de otras personas no pertenecientes a categorías binarias[1]; invisibilidad o minimización de ciertas problemáticas que impactan de manera diferencial y desproporcionada según el género, como la condición de migrante, discapacitada o aborígen, o su pertenencia a determinadas categorías en las que se autoincluyen[2]. Otros factores como los límites de miradas frente a la heterogeneidad de modalidades de dominación de género existentes, que si bien no afectan a todos[3] por igual, ni a las mujeres únicamente -aunque las azotan más intensamente- como la raza o la condición social, se presentan evidenciando la multicausalidad de la posición discriminatoria de las mujeres en todos los ámbitos en que se desarrollan[4]. De similar tenor son la resistencia y permanencia de la dicotomía público/privado en el reconocimiento de los derechos y en la determinación de los alcances de las obligaciones estatales[5]; o los procesos de trabajo que pese a declamar lo contrario, incurren en re-victimización o derechamente en violencia institucional[6].

2. Acceso a "*la justicia*" como forma de acceso "*a justicia*"

Las dificultades enunciadas -que no pretenden agotar el listado- deben superarse. ¿Cómo? Una forma posible la constituye la relectura y resignificación de los instrumentos internacionales de

DDHH en clave de "*diversidad*", ampliando así el restrictivo ideal de "*persona*" referenciada a quienes tienen asignado el sexo masculino que subyace en las interpretaciones tradicionales, e instituyendo la protección hacia colectivos sociales excluidos[7]; o también con el dictado de normas específicas para la protección de grupos determinados en función de particulares situaciones de vulnerabilidad (así surgieron CEDAW, CDN, CDPCD[8]). Esas convenciones tienen su refuerzo americano en instrumentos como la Convención de Belem do Pará, vigente en nuestro país a partir de la Ley 26432 del 01/04/94, y la Ley interna 26485 de Prevención Integral contra la Violencia de Género, auxiliadas por las leyes provinciales dictadas en la materia.

En un estadio más avanzado, encontramos la necesidad de una reforma más compleja: la de las prácticas institucionales que se llevan a cabo nada más y nada menos que por individuos formados en las estructuras tradicionales, donde el poder patriarcal goza de buena salud, y donde la violencia, en sus más evidentes, pero también sus más sutiles manifestaciones constituyen el pan de cada día. Incluso, a veces, el único "*alimento*", siendo imperioso remarcar que los crecientes índices de pobreza, el incremento de la indigencia, la desocupación, el retraimiento de los servicios públicos[9] son factores estresores y cepas propicias para el desarrollo y afincamiento del ejercicio de las distintas manifestaciones de la violencia y el maltrato hacia los más vulnerables[10].

El camino emprendido por organizaciones de la sociedad civil[11] acompañando los reclamos del colectivo femenino en sus variopintas modalidades de agrupamiento[12], parece destinado a compeler la inoperancia de las instancias tradicionales, activando debates sociales que friccionan hacia el cambio. Como señala Abramovich[13], aún bajo las normas procesales tradicionales, "*si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de derechos o intereses individuales homogéneos, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento*

generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública[14]. Esta línea argumental se explicita y hace visible en algunos ejemplos de la reciente producción legislativa, como lo son la "*Ley Brisa*"[15], la "*Ley Justina*"[16], o la "*Ley Micaela*"[17], cuya génesis fueron casos puntuales de impacto mediático motorizado por actores sociales inquietos y hastiados.

Como modo de reforzar el esfuerzo dirigido a la lucha por la verdadera igualdad de trato para el acceso a las oportunidades, el respeto por la dignidad, la no discriminación, como medidas de acción positiva para la población en general, pero reconociendo aquel desequilibrio estructural que afecta a determinados grupos, aparecen nuevas herramientas. De este modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad o la Recomendación N° 35 del Comité de seguimiento de la CEDAW, de julio de 2017 re significan las modalidades de intervención judicial frente a la violencia contra las mujeres, y aportan estándares de que deben ser divulgados y puestos en marcha al momento de la actuación jurisdiccional[18].

Sin embargo, pese a las leyes que procuran la reducción de la violencia de género con fines sensibilizadores, punitivos, o incluso educadores, aún estamos bastante lejos de una modificación sustancial. Como dijo el admirado literato uruguayo: "*Ante la ley terrena, la igualdad se desiguala todo el tiempo y en todas partes, porque el poder tiene la costumbre de sentarse encima de uno de los platillos de la balanza de la justicia*"[19].

En ese marco, el sub sistema de normas procesales viene a funcionar como vínculo imprescindible entre la regulación de las conductas contenida en el régimen general que normativiza los derechos civiles, y la persona humana a la que el derecho sirve, apareciendo el acceso a la jurisdicción como una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de las conductas descriptas en los estatutos, y el acceso a la justicia como el valor a alcanzar.

Con el modesto objetivo de mostrar cómo el acceso a la justicia puede estar garantizado, sin que esa afirmación permita sostener que también se garantiza el acceso a justicia, podemos comparar dos casos de interrupción voluntaria de embarazos. Uno de trascendencia mediática, vinculado a una niña de 11 años, ocurrido en la provincia de Tucumán en que se demoró la realización del aborto casi hasta constituir trato inhumano y degradante[20]; el restante con la solicitud de prohibición de realización de la interrupción del embarazo de una mujer adulta, efectuada por un varón que decía tener sospechas de ser el progenitor de la persona gestada, dictado en la provincia de Río Negro. La jueza rechazó la pretensión de amparo a las puertas del proceso[21].

La Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, consagra, entre otros, el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia (art. 2, inc. f) y su derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva (art. 16, inc. b). Adultas y niñas son beneficiarias de la norma, porque a ambas alcanza el derecho a obtener justicia en un tiempo razonable, y en el caso de la niña, los organismos de salud se la negaron, debiendo el Poder Judicial -adecuadamente capacitado - enmendar la crueldad.

Eludiendo las consideraciones legales particulares de ambos supuestos, lo que interesa remarcar aquí es cómo la ley puede ser aplicada con injusticia cuando los efectores no la interpretan despojada de connotaciones personales y como acceso a la justicia pueden coincidir a partir de incardinar a ambas con perspectiva de género.

Es imperioso que los operadores estatales, y en especial los del servicio de justicia se capaciten de forma sostenida y permanente, y que esta sea una política que se lleve a cabo desde los más encumbrados cargos, auto incluyéndose quienes los detentan para cumplir los deberes a los que se comprometió nuestro país[22].

3. Algunas realidades a atender al momento de intervenir en los casos judiciales

Si bien en términos históricos puede verse un avance legislativo de envergadura desde la época transcurrida entre la sanción del Código Civil y hasta la gran reforma de 2015 que dio lugar Código Civil y Comercial, la innegable autonomía de las mujeres aún no ha mejorado lo suficiente.

La causa principal del mantenimiento del desequilibrio estructural es la persistencia de una desigual distribución de responsabilidades en la vida privada y la insuficiencia de políticas estatales para ayudar a una mejor articulación entre el trabajo[23] y la responsabilidad familiar. El incremento de las mujeres en la participación laboral no está acompasado ni a la simetría del ingreso por la misma tarea[24], ni al reparto igualitario en las responsabilidades domésticas, las que en gran medida se despliegan por mujeres, o se delegan en mujeres[25]. En lo que hace a las responsabilidades parentales, las madres continúan siendo las principales encargadas del cuidado de los hijos, aun en aquellos casos en que cuenten con cierta ayuda para las tareas domésticas, de un familiar o un tercero[26].

Estos temas adquieren fundamental importancia a la hora de los conflictos relacionados a la distribución del cuidado de los niños, niñas y adolescentes -como elemento intrínseco al ejercicio de la responsabilidad parental-; la contribución de los progenitores en relación con los alimentos -en sentido amplio y su intrínseca relación con la vivienda-; la posibilidad de reclamar y obtener una compensación económica -instituto novedoso en el derecho nacional- todas circunstancias que probablemente se hallaban en desequilibrio oculto durante la vida en común, y que se ponen en evidencia luego del cese de la convivencia o el matrimonio.

Cuando pensamos la problemática de género, se la suele asociar a la violencia doméstica, y en particular a la agresión física. Sin

embargo, las estadísticas exponen la prevalencia del maltrato emocional en los casos judicializados[27], sin datos certeros sobre la violencia económica y financiera o simbólica, enmascaradas o soterradas en estereotipos naturalizados en hombres y mujeres. ¿Acaso la morosidad constante en la contribución alimentaria no importa una sobrecarga emocional para quien la padece? ¿No se cercena la autonomía[28] y las posibilidades de desarrollo individual si se perpetua la exigencia cultural del cuidado casi exclusivo de la prole en la integrante femenina?

4. La roca de Sísifo o la absurda esperanza

Obtener justicia implica, además de acceder a los tribunales, que los y las operadores de cualquier fuero conozcan su deber de juzgar con un fin: reequilibrar durante el proceso o con el dictado de una sentencia, la tensión preexistente en las relaciones de poder que se juegan entre quienes habitamos un mundo, por ahora todavía muy desigual.

Referencia Bibliográfica:

(1) Conforme el mapa de género elaborado por la Oficina de la Mujer de la CSJN, que analiza las tendencias en cuanto a la presencia de mujeres en la magistratura y en los cargos superiores a nivel nacional y en cada jurisdicción, si bien el 57 % de la composición global es de género femenino, la mayor proporción se ubica en los cargos de menor jerarquía -administrativos y funcionarios- persistiendo la pirámide decreciente a medida que nos acercamos a cargos superiores, donde sólo un 27 % de magistrados/as que ocupa los espacios donde se organizan las políticas judiciales son mujeres. Ese esquema suele repetirse en el ámbito de los poderes ejecutivos, donde -por caso- de los 24 distritos provinciales, solo 4 actualmente son gobernados por mujeres, y varía en el caso del legislativo por virtud de la ley de cupo, verdadera medida de acción positiva. La información se encuentra disponible en el link

<https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/pages/view/public/informes/informemapa2018.pdf> (Consultado el 29/07/2019).

(2) Una de las notas disonantes del feminismo contemporáneo reposa en la apropiación de la lucha feminista por parte de las mujeres blancas, dejando fuera a la inmensa mayoría de mujeres atravesadas por desigualdades de raza y clase, como con sencillez y firmeza lo explica en su *El feminismo es para todo el mundo* bell hooks (quien se nombra en letras minúsculas); o las nuevas experiencias acerca de algunas femineidades que desarrolla Virginie Despentes en *Teoría King Kong*

(3) La intención del uso del neologismo es atraer la atención de quien lee e incluir en el término a las personas que no pertenezcan a las categorías masculino/femenino.

(4) En este aspecto en particular es donde la feminización de la pobreza se evidencia de manera más descarnada y elocuente.

(5) Se recomienda la lectura esclarecedora del fallo de la SCBA del 28/11/2018, "G., M. A. c. Poder Ejecutivo s/ Pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", en RDF-2019-III-junio, pág. 36 y sgts.

(6) Por ejemplo, los organismos públicos parecen no notar que, tras la denuncia de violencia doméstica de la mujer, se la cita en múltiples ocasiones (a los equipos técnicos, con su abogado/a, ante el o la jueza, de familia o penal o ambos, etc.) para satisfacer protocolos, pero no siempre para recomponer derechos agraviados.

(7) En el sentido indicado, es particularmente ponderable la sanción en la provincia de Chubut de la Ley XV N° 26 que se ocupa de establecer mecanismos de protección integral contra la violencia de género para las mujeres y el colectivo LGBTQ+.

(8) Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por Naciones Unidas en 1979 y ratificada por 189 países, el 97.9 % de los existentes, entre ellos Argentina, el 15 de julio de 1985, y con jerarquía constitucional desde 1994; Convención de los Derechos del Niño (CDN), ratificada por todos los países del orbe, excepto dos, incluida en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional como parte integrante de la misma; Convención sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad, firmada por nuestro país el 30/3/2007, junto con el Protocolo Facultativo y ratificada el 2/9/2008 por Ley 26378.

(9) Conforme los datos del Observatorio de la Deuda Social, UCA, en 2018 tuvo lugar un importante incremento de la pobreza en un contexto fuertemente inflacionario y de estancamiento económico, que asume el valor más alto, afectando la pobreza al 23 % de los hogares y al 31 % de la población. El estudio destaca que tuvo lugar un deterioro sostenido desde el año 2014 para los estratos marginales, pero también se observa una tendencia similar para los hogares del estrato obrero integrado, e incluso aunque menor, un deterioro de la situación para sectores medios no profesionales. La información disponible en

<http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-OBSERVATORIO-POBREZA-MULTIDIMENSIONAL-DOCUMENTO-TRABAJO.pdf> (Consultado el 29/07/2019).

(10) Según datos brindados por la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, en los primeros tres meses de este año hubo un incremento en la atención de casos *"del 19 % en relación con el mismo periodo del año anterior"*, lo que implicó a 2.518 mujeres mayores de 14 años afectadas por hechos de violencia.

(11) Organizaciones como Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Asociación de Derechos Civiles (ADC), La Casa del Encuentro, Colectivo de Derechos de Infancia, solo por nombrar algunas.

(12) Movimientos como el *"Ni una Menos"*, *"Colectivo de actrices"*, como ejemplos más sonados, y sin perjuicio de las incontables formas de agrupamiento locales y sectoriales que proliferan en el país.

(13) Abramovich, Víctor, Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política, cita Online: 0003/012631.

(14) Así, por ejemplo, en el caso *"Sterla, Silvia s/ Interrupción de la prisión preventiva"* se argumentó que la detención de personas enfermas terminales de HIV/sida podía constituir trato inhumano o degradante y se requirió la concesión de un beneficio de arresto domiciliario para una portadora. Esa acción y otras decisiones adoptadas por jueces de

ejecución actuaron como una señal de alerta que motivó la posterior reglamentación de la Ley de Ejecución Penal, estableciéndose supuestos en los cuales portadores de HIV podían acceder al beneficio del arresto domiciliario (Decreto 1058/1997 [LA 1997-D-3864], reglamentario del art. 33 Ley 24660 [LA 1996-B-1744]). Conf. amicus curiae Sterla, Silvia, presentada por el CELS en septiembre de 1996, en www.cels.org.ar (Consultado el 29/07/2019).

(15) Ley 27452 de Régimen de Reparación Económica para víctimas de violencia de género fue aprobada por el Congreso el 4 de julio de 2018, promulgada por Decreto 871/2018, y con ella se dispone la percepción del equivalente a un haber jubilatorio mínimo, siendo los beneficiarios *"las niñas, niños y adolescentes, cuyo progenitor y/o progenitor aún haya sido procesado y/o condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de su progenitora"*, extensible hasta los 21 años. Surgió a partir de la muerte de Daiana Barrionuevo a manos del padre de sus tres hijos en diciembre de 2014, y como propuesta de la asociación civil La casa del Encuentro.

(16) Ley 27447 de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, sancionada el 04/07/2018 promulgada el 25/07/2018 y publicada el 26/07/2018 reglamentada por Decreto 16/2019 del 04/01/2019, instrumento que declara al INCUCAI como órgano de aplicación de la ley, que fue dictada a partir del fallecimiento sin posibilidad de acceso a trasplante de la adolescente Justina Lo Cane y la labor realizada por familiares y parientes de personas con necesidad de acceso a trasplante de órganos.

(17) Ley 27499, promulgada el 9/1/2019 por Decreto 38/2019, que establece la obligatoriedad de la capacitación en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública, en todos sus niveles y jerarquías, de los tres poderes del Estado, a partir del caso de la adolescente Micaela García, activa militante del movimiento *"Ni una menos"* asesinada en abril de 2017 en Gualeguay, Entre Ríos.

(18) El Comité CEDAW ha señalado que *"el origen étnico o la raza de la mujer, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil, la maternidad, la edad, la procedencia urbana o rural, el*

estado de salud, la discapacidad, los derechos de propiedad, la condición de lesbiana, bisexual, transgénero o intersexual, el analfabetismo, la solicitud de asilo, la condición de refugiada, desplazada interna o apátrida, la viudez, el estatus migratorio, la condición de cabeza de familia, la convivencia con el VIH/sida, la privación de libertad y la prostitución, así como la trata de mujeres, las situaciones de conflicto armado, la lejanía geográfica y la estigmatización de las mujeres que luchan por sus derechos", son factores de discriminación de carácter relacional. Es imprescindible que estas apreciaciones sean divulgadas e internalizadas para que los derechos que las normas cobijan se realicen.

(19) Galeano, Eduardo, *Patas arriba, la escuela del mundo al revés*, 1998.

(20) Ver la nota de Mariana Carbaja en el link <https://www.pagina12.com.ar/177619-la-trama-urdida-para-dilatar-la-violacion-de-la-nina-tucuman> (Consultado el 29/07/2019).

(21) Juzg. de Familia N° 7 de Bariloche, "P. Z., G. c/ S., L. B. s/ Amparo (f) (reservado), Expte. N° 25.718/19, 27/03/2019, firme, inédito.

(22) El STJ de la provincia de Chubut consideró como actividad obligatoria la capacitación en materia de género y derechos humanos como parte de sus objetivos estratégicos por Acuerdo Plenario 4710/2019, disponible en https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/Acuerdo_POG_4719.pdf. Conforme el Acuerdo Plenario 4501/17, esa calificación es constituye un deber funcional, y habilita a imponer quienes no asistan -empleado, funcionario o magistrado- del descuento de los haberes correspondientes al día o días de ausencia.-; también dispone que será anotada en el legajo personal del agente y deberá ser tenida en cuenta al momento de considerar promociones y ascensos. La suscripción de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Belén do Pará), en su art. 8 inc. c), nuestro país ha convenido la adopción de medidas específicas tendientes a fomentar la capacitación, entre otros del personal en la administración de justicia. En el Informe de Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, del año 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "... destaca la necesidad de

reformular la cultura judicial de una manera sostenible como una precondition para que las mujeres puedan obtener un acceso de jure y de facto a la justicia. Para ello, la Comisión enfatiza la importancia de fortalecer y promover la creación de programas de capacitación para funcionario/as públicos, judiciales...".

(23) Excedería las posibilidades de este trabajo ampliar sobre la brecha salarial de género. Parece suficiente mencionar que los hombres ganan hoy 30% más que las mujeres, según el último informe del Indec sobre los ingresos (Evolución de la distribución del ingreso (EPH) Cuarto trimestre de 2018).

(24) Si se tiene en cuenta el promedio de ingresos totales (laborales y no laborales) se observa que los varones ganan un 26 % más respecto de las mujeres, según el Boletín del Observatorio de Violencia contra las Mujeres, en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2-boletin-estadisticas-de-genero.pdf> (Consultado el 29/07/2019).

(25) Un 25,3 % de las mujeres que se dedican al trabajo no remunerado y a tareas de cuidado, siendo que solamente el 3,9 % de los varones refieren ocuparse a dichos trabajos, conf. Boletín, op.cit.

(26) La población que se dedica al trabajo de cuidados no remunerado se encuentra altamente feminizada, representando el 92 % en mujeres con respecto al 8 % para varones. Ver datos en línea en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2-boletin-estadisticas-de-genero.pdf> (Consultado el 29/07/2019).

(27) CSJN, Oficina de violencia doméstica, informe primer trimestre de 2019 señala: los cinco tipos de violencia establecidos en la Ley 26485 se registraron en todos los vínculos entre personas afectadas y denunciadas, como también las de tipo ambiental y social. La de tipo psicológica estuvo presente en el 96 % de las evaluaciones de riesgo de las personas afectadas; la física y simbólica en el 53%; la ambiental en el 39 %; la económica y patrimonial en el 29 %; la social en el 13 %; y la sexual se registró en el 10 %. Datos disponibles en <http://www.ovd.gov.ar/ovd/verMultimedia?data=3131> (Consultado el 29/07/2019).

(28) Según el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, la autonomía se define, como la posibilidad que tienen las mujeres de contar con la capacidad y las condiciones concretas para tomar libremente las decisiones que afectan sus vidas en diferentes

ámbitos. Véase en <https://oig.cepal.org/es/autonomias> (Consultado el 29/07/2019).

Compensación económica en las uniones convivenciales: caducidad y violencia de género

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://www.rubinzalonline.com.ar/>

Publicado en: Revista Derecho Privado y Comercial 2020-1

Cita Online: RC D 3179/2020

[Consultado el: 20/08/2021]

Sumario: I. Introducción. II. Textos y contextos de las normas jurídicas. El sistema en su conjunto. III. Los derechos y el tiempo: caducidad y posibilidad de ejercer el derecho a reclamar compensación económica. a) Diferencias entre la caducidad y la prescripción. b) La improcedencia de la declaración de oficio de la caducidad de la compensación económica. c) El inicio del plazo de caducidad en la compensación económica. Distinción entre el matrimonio y la unión convivencial. d) Suspensión o interrupción del plazo de caducidad, ¿sí o no? IV. La tutela judicial efectiva. V. Inicio del plazo de caducidad en el divorcio. VI. Inicio del plazo de caducidad en las uniones convivenciales. VII. El plazo de caducidad ante la violencia de género: vulnerabilidad económica. VIII. A modo de cierre.

I. Introducción

En esta oportunidad abordaremos un tema que, en términos de tiempo jurídico, resulta aún novedoso y, al igual que lo ocurrido en la doctrina y jurisprudencia foráneas[1] de donde es tomado por quienes encararon la unificación y reforma de 2015 que culminó en el Código Civil y Comercial -compendio que dio cabida a la figura en nuestro Derecho positivo- se encuentra en etapa de consolidación[2].

Nos referimos a la compensación económica.

Regulada como uno de los efectos legales derivados de la ruptura o quiebre del proyecto de vida familiar común que enlazó a una pareja matrimonial o convivencial, la legislación reconoce su posibilidad de reclamo en caso de divorcio (arts. 441 y 442, CCyC), nulidad matrimonial (art. 429, inc. a, CCyC) o cese de la unión convivencial (arts. 524 y 525, CCyC) y su procedencia, con el cumplimiento de determinadas condiciones.

La compensación económica no se equipara con otras secuelas derivadas de los hechos que motivaron el divorcio[3], como el daño moral que, aun de forma excepcional, podría reclamarse si se afectó la dignidad personal; o los alimentos, aunque ambos se emparenten[4], pues la admisión de éstos anula la procedencia de aquélla -salvo el supuesto de extrema necesidad[5]-, y ello en tanto su razón de existir es la recomposición de un equilibrio roto a partir del cese de la vida en común, que de no corregirse, irrogaría un perjuicio insuperable. Su función es correctora[6] y busca favorecer la autovalidación y autonomía en la ejecución del plan de vida individual que sigue a la ruptura de un proyecto común.

Es, pues, una derivación de la justicia y la equidad, y porta en su ADN una dosis muy alta de perspectiva de género, puesto que en los casos en que se admite, justamente lo que se considera es el impacto que el modelo patriarcal arraigado socialmente arroja como consecuencia fatal al momento del quiebre del vínculo, especialmente -pero no exclusivamente- en aquellas mujeres que no pudieron insertarse satisfactoriamente en el mercado laboral. Además, hace pie en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio o la unión convivencial no sean causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge o conviviente a costa del otro/a[7].

En función de las distintas sentencias que se dictaron a partir de la inclusión de la compensación económica en el Derecho

argentino, surgieron los problemas interpretativos de la actualidad, y a casi cinco años de ese hecho[8] la procedencia, cuantificación, posibilidad de renuncia y tempestividad del reclamo de la compensación económica son asuntos en los que ni la Academia ni los tribunales locales han logrado respuestas uniformes[9].

Aquí se pretende ensayar algunas soluciones en un asunto puntual: la caducidad del derecho a obtener una compensación económica y su relación con el inicio del cómputo del plazo legal ante el cese de las uniones convivenciales. Y se lo hace desde una perspectiva obligada -en términos constitucionales- pero también obligatoria -en términos legales[10]- como resulta ser el abordaje desde la problemática de género.

Cuestión de tanta relevancia que, de no apelarse a los recursos disponibles en el sistema jurídico, podrían irrogarse verdaderas vulneraciones de derechos, o profundización de las ya existentes.

En otras palabras, la tarea que se emprende tiene un punto de partida ineludible: la transversalidad del enfoque desde los derechos fundamentales que motivaron la gran reforma de 2015.

Con esa idea-marco es que sostenemos el contenido de lo que pretende ser un enfático llamado a que la categoría género no esté ajena cuando se propongan soluciones jurídicas, no sólo por la responsabilidad internacional en que se incurriría al omitir aplicar en concreto los tratados constitucionalizados, sino porque de no hacerlo, contando con herramientas para la transformación social, se perpetuaría la atribución de roles, identidades y valores asignados e internalizados por un orden social que ya no tolera -al menos en silencio- irracionales asimetrías y hegemonías.

II. Textos y contextos de las normas jurídicas. El sistema en su conjunto.

A) La regulación de la compensación económica como uno de los efectos derivados del quiebre o ruptura del proyecto de vida familiar conjunto, se trate de matrimonios o de uniones convivenciales, asoma a la vida jurídica al mismo tiempo que se dispone la derogación del sistema de divorcio causado y la introducción de una alternativa al régimen patrimonial matrimonial de comunidad de ganancias (el de separación de bienes).

Este esquema legal pone en evidencia que los motivos del cese dejan de ser relevantes, y cobran protagonismo las consecuencias y efectos del quiebre respecto de quienes fueron parte de aquel proyecto de vida en común. Su procedencia está sujeta a que se configuren los requisitos legales, pero el derecho a obtenerla se enlaza con un acontecimiento determinado: la finalización del proyecto familiar conjunto, punto neurálgico para analizar tanto la posibilidad de renunciar anticipadamente a ejercerlo como la existencia misma del derecho en lo relativo al transcurso del tiempo, debido al plazo de caducidad establecido en la ley (arts. 428, 442 y 525, última parte, CCyC).

Se dispone ya en los primeros artículos del Código que los casos alcanzados por las normas en él condensadas deben ser resueltos conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en que la República es parte (art. 1º) y la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta el texto, la finalidad, las leyes análogas, lo dispuesto por los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (art. 2º), debiendo dictarse una decisión razonablemente fundada (art. 3º). Con ese claro contorno que opera como delimitante de la actividad jurisdiccional es que resulta posible sustraerse a la aplicación automática, literal y muchas veces inequitativa de la letra de la ley, para dar paso a una respuesta satisfactoria en términos de justicia, ese valor que se nos retacea tantas veces.

Acerca de la compensación económica se explicó que *"...Es un derecho-deber derivado de las relaciones familiares que faculta a un excónyuge o exconviviente a ejercer una acción personal con el objeto de exigir al otro el cumplimiento de una determinada prestación, destinada a corregir el desequilibrio económico manifiesto que existe entre ellos, y a remediar sus injustas consecuencias. Todo ello en razón de una doble 'causa' o 'fuente' de la que nació dicha obligación: la vida en común y su ruptura"*[11].

Esa definición, plasmada como punto de partida, se enlaza con un recaudo: que se presenten los requisitos estructurales de legitimación (excónyuges o exconvivientes), objeto (desequilibrio manifiesto), causa (la ruptura del vínculo convivencial o matrimonial) y tiempo (reclamada dentro de los seis meses estipulados por la legislación); sin embargo, y sobre esto versará este trabajo, es imprescindible que la pretensión y su respuesta jurídica se analicen y resuelvan conforme a las pautas derivadas de los valores superiores que informan a la sociedad argentina y que emanan del Derecho Civil constitucionalizado.

La figura es eficiente para recomponer un tipo de desequilibrio de poder -el que se evidencia en el aspecto patrimonial-gestado en las parejas durante la vida en común.

En preciso recordar que junto con el reconocimiento económico del trabajo que importa el cuidado de los hijos establecido en el artículo 660 del CCyC, que dispone: *"Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención"*, la posibilidad de reclamar la compensación por la limitación o la imposibilidad de desarrollo individual en función de una renuncia a crecimientos personales en pos de los del grupo familiar aparece como efecto ulterior a la discontinuidad de la vida familiar conjunta. Realidad oculta o solapada durante la convivencia, muestra su descarnada verdad al momento del cese del proyecto en común, en que uno de los miembros de la pareja, a consecuencia del divorcio o del cese de la

unión, sufre un desequilibrio económico que requiere ser corregido[12].

B) La expresión "género" comenzó a utilizarse en el ámbito del Derecho Internacional durante la década de los 80 pero fue en el año 2004 que el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) definió el género como *"los significados sociales asignados a las diferencias biológicas entre los sexos"* y explicó que *"se trata de una construcción ideológica y cultural, aunque también se reproduce dentro del ámbito de las prácticas físicas y, a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, el poder político y la adopción de decisiones, el goce de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. A pesar de las variantes en las diferentes culturas y épocas, las relaciones de género en todo el mundo suponen una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como características profundas. De esta manera, el género es un estratificado social y, en este sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnia, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad sexual y la estructura desigual de poder vinculada a la relación entre los sexos"*[13].

En función de esas ideas y su desarrollo, la actividad internacional en materia de derechos humanos fue cada vez más prolífica, y así surgieron instrumentos relevantes para algunas categorías vulneradas, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como *"Convención de Belém do Pará"*, aprobada por la ley 24.632, promulgada el 1° de abril de 1996. Particularmente su artículo 2° establece lo siguiente: *"Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer"*. Asimismo, dispone en el artículo 5°: *"Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos"*.

A su vez, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)[14] expresamente dispone en su artículo 16 lo siguiente: *"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres [...] h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso"*.

En la sociedad actual conviven diversos modelos familiares, aunque es una verdad evidente que la conformación de los roles que desempeñan los miembros de las familias *"hacia adentro"* sigue siendo atravesada por estereotipos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que ellos constituyen *"una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades [...] La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer"*[15].

Es innegable que subsiste en la organización social la estructura que se heteronormativizó asignando principalmente las funciones productivas a los miembros masculinos y las tareas de cuidado al género femenino, colocando a las mujeres en situación de desventaja con relación al acceso equitativo a los medios de producción. Al relegarles el cuidado y así imponerles la llamada *"doble función"* al momento en que acceden al mercado laboral, o bien no reconociendo económicamente o haciéndolo insuficientemente cuando sólo se ven limitadas a las tareas de cuidado familiar o doméstico, se perpetúa una asimetría ya muchas veces denunciada

como violatoria de derechos fundamentales como la libertad, dignidad, salud e integridad.

C) La figura de la compensación económica viene, en un punto, a reconstituir ese desequilibrio estructural. Se la nombra como *"una herramienta nueva, dinámica y aggiornada a los distintos baremos más modernos, relacionados con la aplicación de la perspectiva de género y obedece además a la transversalidad que debe empapar la actividad de las políticas públicas de Estado"*[16] y así se reconoce en la casuística. Por ejemplo, lo sostenido en un extenso fallo del año 2018, donde además de señalar que la figura integraría una medida de acción positiva en los términos previstos por el artículo 3° de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer la jueza fijó una suma considerablemente importante razonando que *"El dinero no se agota en su definición económica, no es sólo una moneda de cambio. Más bien es un gran delator que encubre las maneras de ejercer poder y de expresar amor. Pero, por sobre todo, encubre ideologías jerarquizantes que en nuestra cultura rigen la relación entre géneros. Es también un transmisor activo de condicionamientos y un perpetuador de prejuicios. El dinero no es neutro, tiene sexo. Y esa asignación es una presencia invisible que condiciona el comportamiento de hombres y mujeres. Influye en la manera de concebir lo masculino y lo femenino, legítima actitudes protagónicas de hombres y condiciona a la marginación y la dependencia a las mujeres. Esta asignación es uno de los pilares que consolida un modelo de relación entre los sexos que restringe la solidaridad. Un modelo caracterizado por el imperio de jerarquías, la imposición mutua de poderes"*.

Estas afirmaciones, por cierto, aunque formuladas en contexto de familias heterosexuales pueden alcanzar a matrimonios y uniones convivenciales conformadas por parejas del mismo sexo. ¿Por qué sostenemos esto? Justamente porque apelamos más arriba a la conceptualización pertinente en pos de la visibilización de roles estereotipados a partir de la consideración del género como categoría, lo que permite afirmar que el patriarcado es una disfunción social que afecta al individuo como ser social, con independencia del sexo biológico o autopercebido, y por lo tanto sostiene esos desequilibrios de poder aun en parejas igualitarias. Además, el principio de no

discriminación plasmado en el artículo 402 del CCyC[17] indica que nada obstaría a que un matrimonio o una unión convivencial de mujeres, mujeres trans o mujer y varón trans pueda reclamarse compensación económica, siendo plausible que, de acreditarse que los roles desempeñados en la pareja fueron estereotipados, se apliquen estándares y directrices protectivos del género femenino[18].

III. Los derechos y el tiempo: caducidad y posibilidad de ejercer el derecho a reclamar compensación económica.

La figura de la compensación económica se reguló considerando -por un lado- el proceso de reflexión para las decisiones relacionadas con la ruptura, casi siempre teñida de connotaciones emocionales que pueden afectar el ejercicio de los derechos y -por otro- manteniendo el principio de concentración de los efectos, a fin de que se peticione en un plazo cercano a la sentencia que disuelve el vínculo[19]. Esas mismas razones deben ser tenidas en cuenta cuando la pretensión se deriva de la ruptura de una unión convivencial, y, en ambos casos, la aplicación práctica no es unánime.

Esto da lugar a la pregunta sobre la que versa este trabajo: ¿cuándo comienza el plazo de caducidad?

Para poder responderla, es necesario señalar que la caducidad de los derechos, en los términos en que ha sido recibida por el artículo 2566 del Código Civil y Comercial de la Nación, es un modo de extinción de ellos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares[20]. De allí que existen ciertos derechos que no acuerdan a su titular la facultad de ejercitarlos cuando lo crean conveniente, sino que, por el contrario, le demandan dicho reclamo dentro del término señalado para ello por la ley o por la voluntad. De lo contrario se extinguen[21].

El principio general en materia de caducidad de los derechos es que su término no se interrumpe ni suspende, pero ello es así siempre que no exista una disposición en contrario (art. 2567).

También se prevé que las partes no pueden renunciar ni alterar las disposiciones legales sobre caducidad establecida en materia sustraída a su disponibilidad, pero sí puede admitirse la renuncia a la caducidad de derechos disponibles (art. 2571).

Volveremos sobre estas afirmaciones más adelante.

Conforme a nuestra ley, el derecho para reclamar la compensación económica se pierde a los seis meses para todos los casos en que se reconoce la posibilidad de exigirla; en tanto se encuadra como efecto derivado de la interrupción del vínculo, se vehiculiza con posterioridad a la ruptura aunque dentro del plazo legal establecido. Con relación al matrimonio, ese período se computa desde la oportunidad "*de haberse dictado la sentencia de divorcio*" (art. 442[22], in fine, del Código); mientras que en las uniones convivenciales tal plazo comienza a correr desde el momento "*de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523*" (art. 525, última parte)[23].

Si bien las dos normas hacen referencia a la caducidad de la acción, la interpretación adecuada es que el transcurso del plazo legal produce la pérdida del derecho, lo que implica que la acción puede interponerse, aunque es posible que la pretensión no prospere por haber caducado el tiempo legal fijado para obtener el reconocimiento del derecho. Es de hacer notar que, asimismo, para el supuesto de nulidad de matrimonio rige idéntico plazo a computar desde el dictado de la sentencia (art. 428, in fine)[24].

Varias son las cuestiones que ha generado el tema de la caducidad de la compensación económica. Muchas fueron tratadas por Mizrahi, en un trabajo que sirvió de base a éste, y cuya lectura recomendamos[25]. Veamos las sobresalientes.

a) Diferencias entre la caducidad y la prescripción, pág. 125

La caducidad es una institución disímil de la prescripción aunque las consecuencias de ambas recaen sobre el ejercicio de un derecho; la primera lo obstruye de manera directa, la otra a partir de que el transcurso del tiempo impide la procedencia de la acción (herramienta que operativiza el derecho). El artículo 2570 del Código Civil y Comercial expresa que los actos que impiden la caducidad no obstan a la aplicación de las disposiciones que rigen la prescripción, certificando la afirmación en relación con la mentada diferenciación.

Dijimos que la caducidad extingue el derecho (art. 2566 del Código), mientras que la prescripción impide el ejercicio de la acción. Por eso -dice Mizrahi-, cuando se paga una obligación prescripta, no puede repetirse (art. 2538) y dicho compromiso subsiste como deber moral (art. 728). Lo contrario sucede con la caducidad, pues quien paga una obligación caduca tiene derecho a repetición ya que el derecho caduco ni siquiera subsiste como deber moral; salvo pacto en contrario sobre una materia disponible, y tal posibilidad aparece en la compensación económica (arts. 2568 y 2571).

Por otra parte, resta señalar que en la caducidad es irrelevante la imposibilidad de ejercer los derechos, a diferencia de lo que acontece con la prescripción. En la primera, al no importar la causa de la inactividad, no se tienen en cuenta las vicisitudes personales que pudieron acontecer al peticionario (art. 2567).

b) La improcedencia de la declaración de oficio de la caducidad de la compensación económica, pág. 125

Otra diferencia fundamental, en orden al tema que nos convoca, es que la prescripción no es de orden público, y por eso no puede aplicarse de oficio por el juez. La caducidad, en cambio, tiene una naturaleza bifronte pues: es de orden público respecto de asuntos indisponibles; como los casos en que están en juego los derechos de los niños (art. 2° de la ley 26.061) o atinentes a la impugnación de la filiación presumida por la ley (art. 590 del Código); pero no es de orden público cuando se refiere a asuntos regidos por la autonomía de

la voluntad, como ocurre con la compensación económica (arts. 2571 y 2569, inc. b).

Debe advertirse que no existirá la posibilidad de que comience a correr plazo alguno de caducidad en tanto no se verifique, respecto de quien demandará, que se esté en presencia de un derecho exigible. Además, en el supuesto de las compensaciones económicas, cabe destacar que el derecho a reclamar la recomposición del desequilibrio es disponible (arts. 2568, 2569, inc. b, y 2571). Por tanto, debiendo verificarse la exigibilidad -a partir de la acreditación del hecho del quiebre de la vida en común por las causales legales- y que no se haya dispuesto por convenio válido un plazo diferente, es improcedente que la magistratura, de oficio, declare operada la caducidad cuando bien pudieron los exconvivientes o los excónyuges pactar una extensión del plazo para decidir sobre los efectos de la ruptura[26].

En definitiva, y específicamente en lo relativo al plazo legal para ejercer el derecho a requerir la fijación de compensación económica, las normas se apoyan en distintos puntos de partida, pero el tiempo concedido es idéntico. El motivo de esta decisión de política legislativa se vincula con la finalidad del instituto: si se pretende recomponer el desequilibrio que provocó el quiebre y posibilitar la autonomía, es lógico que todo ello se reclame en fecha cercana a la que se produjo el hecho que motivó el cese de la vida familiar en común[27]. Esto se relaciona, además, con que se trata de un efecto disponible, pues no integra el orden público familiar y es renunciable una vez que nace como posible de ser ejercido, es decir, finalizada la unión convivencial o matrimonial.

c) El inicio del plazo de caducidad en la compensación económica. Distinción entre el matrimonio y la unión convivencial, pág. 127

El Código concede un plazo de seis meses en que mantiene vivo el derecho a demandar por compensación económica (arts. 442 y

525) para que el fundamento de la compensación económica -en particular- no se vea diluido.

La realidad arroja una evidencia nada despreciable a los fines de lo que aquí se analiza: en los casos de divorcio puede existir una separación de hecho prolongada, no obstante que el hito para computar el plazo de caducidad de la compensación es la sentencia firme que disuelve el vínculo (art. 441)[28], mientras que en los supuestos legales de cese de la unión convivencial (art. 523) esa posibilidad fáctica es inviable dado el diseño legal que estableció siete formas en que puede finalizar el vínculo convivencial. Y en el especial supuesto del artículo 523, inciso g, esto es, el cese de la convivencia propiamente dicha, el plazo de caducidad opera a partir de un hecho a ser acreditado, lo que evidencia que los cónyuges separados de hecho contarían con más tiempo para informarse acerca de sus derechos y obrar en consecuencia que las personas que conformaron una unión convivencial. Con esa salvedad, el objetivo legal de que la comprobación del desequilibrio se realice en un momento lo más cercano posible al quiebre de la convivencia se cumpliría por igual en ambas formas familiares.

Éstos y otros argumentos fueron sostenidos por Mizrahi para aseverar que *"...no resultan convenientes términos largos de caducidad; pero tal premisa no lleva a avalar uno tan exiguo como el de seis meses. Creemos que tan breve plazo constituye una verdadera exageración y puede provocar severas injusticias. Es verdad que, sobre todo en las uniones convivenciales, traerá como consecuencia que muchos convivientes perderán su derecho, contrariando el principio de equidad, dado que es sabido las confusiones y malentendidos que son emergentes de la ruptura de la unión; ya que para uno podrá ser definitiva y sin vuelta atrás y, para el otro, comportar y albergar una esperanza de reconciliación"*[29].

A partir de esos escrúpulos razonables, que se propuso la extensión del término a un año, en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013) y en la edición N° XXVII (Santa Fe, 2019) la Comisión N° 7, Despacho D, de lege ferenda, concluyó: *"Se propone modificar el artículo 525 del CCC del siguiente modo: «La acción*

para reclamar la compensación económica caduca al año de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523 del Código Civil y Comercial de la Nación»"[30].

d) Suspensión o interrupción del plazo de caducidad, ¿sí o no?, pág. 128

El artículo 2567 del Código Civil y Comercial establece que *"Los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumpen, excepto disposición legal en contrario"*.

¿Cuál entendemos que es la interpretación correcta de este precepto? Se trata de un principio general que admite excepciones que pueden ser encontradas en el resto del ordenamiento jurídico, merced a la integración de las reglas vinculadas con la protección de las personas vulnerables o las formas alternativas de resolución de conflictos. Nos explicamos.

Nada impediría que los excónyuges o convivientes pacten suspensiones o interrupciones de la caducidad si se refieren a asuntos disponibles, como es la compensación económica. Dada la obligada interpretación sistémica (coherente, conforme la redacción del art. 2º del CCyC) ese precepto debe leerse en conjunto con el artículo 2571 y de ello se sigue que cuando se trata de cuestiones que caen bajo el ámbito de la autonomía de la voluntad, estamos ante una disposición *"en contrario"* que admite la suspensión o interrupción del plazo. Incluso se desprende del artículo 2568 la posibilidad de que las partes modifiquen lo que estimen prudente respecto del ejercicio del derecho y el plazo legal, con excepción de que la cláusula *"haga excesivamente difícil a una de las partes el cumplimiento del acto requerido para el mantenimiento del derecho"*.

En otras palabras: siendo la compensación económica un derecho disponible los interesados podrán convenir suspensiones o interrupciones al plazo de caducidad, aunque cabrá siempre la posibilidad de revisión judicial en función de lo que disponen los artículos 1º, 2º, 10, 12, 13, 515 y 2568 del CCyC.

El ordenamiento jurídico contiene excepciones específicas relativas a la caducidad, como por ejemplo, el artículo 18 de la Ley de Mediación 26.589 que rige en el ámbito de la Capital Federal, y contempla la suspensión de la caducidad en los diferentes tipos de mediación que se interpongan. Existe en otras jurisdicciones la realización de una etapa previa al juicio de carácter obligatorio por la que debe transitar el reclamo de compensación económica, y el sistema, si se precia de coherente, no puede ignorarlo, por lo que el inicio del plazo operará recién cuando esa etapa se tenga por concluida[31].

En ese sentido, se consideró que el término de caducidad no debe seguir corriendo cuando se realiza el trámite de mediación[32], siguiendo similar postura un fallo correntino donde se señaló que el plazo debe extenderse hasta que concluya el proceso extrajudicial de mediación previa, que en el caso fue ulterior a la sentencia de divorcio, por lo que se determinó que no había operado la caducidad[33].

Si el sistema jurídico admite excepciones, ¿la caducidad se puede suspender por la existencia de causas de violencia doméstica que condicionan la libertad del ejercicio del derecho? ¿O el cese de la unión convivencial sólo puede considerarse operado una vez resueltos esos procesos y a partir de allí el derecho es exigible?

Estimamos que esa incógnita es la que subyace en la cuestión de la caducidad del derecho a reclamar compensación económica en las uniones convivenciales cuando las personas recurren al auxilio estatal denunciando ser víctimas de violencia -generalmente física o emocional- en las que pueden o no disponerse medidas de protección, y esa circunstancia condiciona la respuesta, que no será otra que casuística. Habrá situaciones como la resuelta por la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén[34] que revocó la sentencia de primera instancia que había declarado la caducidad de la acción para que la mujer reclamara la compensación económica prevista en el artículo 524 del CCyC,

recogiendo los agravios de la actora, y estimando su condición de vulnerabilidad. Allí se juzgó que el plazo legal es tan exiguo que viola - en el caso- en forma palmaria derechos constitucionales como el de propiedad, el derecho a la intimidad, el de petionar cuando la persona se encuentra en condiciones de hacerlo, especialmente en un contexto familiar de violencia que doblega psicológicamente a la víctima para decidir y actuar en un corto término.

Se consideró que la norma debía reinterpretarse pues *"no puede desprenderse de las directivas dadas en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en tanto establece en su Sección 2ª, 1, que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico"*. En suma, *"haciendo una interpretación armónica de la normativa protectoria referida y el régimen aplicable a las compensaciones económicas por finalización de la convivencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora, en tanto, en el caso y frente a las circunstancias que rodearon la separación, la interpretación efectuada en la instancia de origen conduce a un resultado que se desentiende de la protección a una mujer en situación de violencia, con separación de los postulados protectorios supralegales"*.

Habrán otros supuestos en los que no resulte posible acreditar la situación de violencia denunciada o no se detecte la condición de vulnerabilidad -situaciones no poco usuales en los tribunales especializados- en los que la caducidad del derecho se cristaliza una vez ocurrida la causal establecida en el inciso g, artículo 523, acaecida -obviamente- antes de que finalice el proceso por el que se rechaza la denuncia.

Por esos argumentos es que creemos que el alejamiento de uno de los convivientes dispuesto judicialmente no es el hecho que inicializa el término legal; en rigor, éste debería comenzar a consumirse cuando opere el vencimiento de la medida protectoria

dispuesta o a la fecha de quedar firme la resolución que rechaza la denuncia.

En similar sentido, el Despacho A, de lege lata, de las ya mencionadas Jornadas Nacionales en mayoría expresó: *"Con posterioridad al plazo de caducidad, procede la compensación económica en circunstancias excepcionales y fundadas, cuando, de aplicarse dogmáticamente dicho principio lleve a una situación notoriamente injusta, que pueda significar dejar de lado la legislación tuitiva comprometida por el Estado en normas específicas a favor de personas en situación de vulnerabilidad. Para ello debe el intérprete aplicar las mismas y el principio de tutela judicial efectiva (Preámbulo de la CN: y arts. 1º, 2º, 3º y 706 del CCCN)"*[35] y el Despacho C, de lege ferenda: *"El cómputo del plazo de caducidad de los seis meses inicia a partir del cese de las medidas protectorias cuando quien la solicita, haya sido víctima de violencia familiar aplicando el criterio de razonabilidad"*[36].

IV. La tutela judicial efectiva.

Brevemente recordaremos que el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estableció: *"Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente"*.

El artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos amplió esa prerrogativa disponiendo: *"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley"*.

Por su lado, el artículo 2º, inciso 3.a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que *"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo..."*, y el apartado b, agrega: *"La autoridad competente [...]"*

decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial".

El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos instituye que *"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención..."*

Este esquema supranacional procura asegurar la protección de los derechos de un modo rápido y eficaz, con independencia de la clase de juicio del que se trate, lo que llevó a que se enfatice que *"el conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales de nada vale, si no se garantizara la tutela judicial efectiva, adecuada y continua, a cargo de un Poder Judicial independiente"*[37], y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a calificar a la garantía de un recurso judicial efectivo como uno de los pilares del Estado de Derecho[38].

No debe perderse de vista que es la mujer quien habitualmente cuenta con menores ingresos, y el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en la Recomendación N° 19 hizo hincapié en que *"23. La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones, violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad"*[39].

Corresponde al Estado la remoción de los obstáculos que impidan el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, y el acceso a los bienes necesarios -y a no dudar que el acceso a la justicia lo es-

conduce a la afirmación de que deberá siempre procurarse la posibilidad de que se contemple la situación particular y temporaria de impedimento de promoción de acciones cuando se está afectado por un ejercicio de poder injusto, como lo es el resultar víctima de violencia de género.

V. Inicio del plazo de caducidad en el divorcio.

Disuelto el vínculo conyugal por sentencia judicial, se observaron distintas posturas respecto de la fecha en que debía interpretarse que iniciaban los seis meses dispuestos en la norma: si aquella en que la sentencia fue dictada, o cuando quedó firme. Existen tres posiciones -derivadas de interpretaciones judiciales- que se condensan en: 1) el plazo se computa desde la fecha de la sentencia[40]; 2) el término comienza a correr desde la notificación de la sentencia al interesado[41], y 3) el plazo se inicia cuando la sentencia queda firme[42].

Incluso, como se mencionó antes, se resolvió el rechazo de la caducidad alegada tomando como punto de partida del cómputo del plazo "*...el momento en el que la sentencia de divorcio quedó firme -y no desde el dictado de la sentencia o desde su notificación, como lo determinan otras posturas doctrinales- debiéndose agregar los veinte días de suspensión que cabe computar por la aplicación de las normas de la mediación previa obligatoria*", es decir, con la ampliación operada por el tránsito obligatorio de etapa previa a la interposición de la demanda autónoma de compensación económica, aunque la misma había sido parte de la propuesta reguladora durante el proceso de divorcio[43]. Esta última postura es la seguida por la mayoría en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad del Litoral el 28 y 29 de septiembre de 2019. Allí, la Comisión N° 7 se ocupó del tema uniones convivenciales; y en el Despacho B de lege lata concluyó: "*La mediación prejudicial obligatoria en aquellas jurisdicciones que la requieren por ley 'suspende' el plazo de caducidad (la terminología se toma del art. 2567, CCC). De lo contrario se afectaría el acceso a la justicia (art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica)*"[44].

VI. Inicio del plazo de caducidad en las uniones convivenciales.

Mayor complejidad arrastra la determinación de la fecha del cese de las uniones convivenciales, pues algunos de los supuestos legales del artículo 523 del CCyC como las causales de los incisos c, d, f, y g, resultan más imprecisos pero identificables[45] que las de los incisos a, b, o e.

Y es que, si lo relevante es el mantenimiento o subsistencia de la voluntad de sostener el proyecto de vida en común, debe ponderarse que no resulta sencillo a quien reclama poder conocer un hecho ajeno como lo sería la nueva unión convivencial del restante conviviente (inc. c), ni se suele contar con prueba de peso sobre el cese de mutuo acuerdo si fue verbal (inc. e); o la voluntad unilateral de finalización fue notificada fehacientemente (inc. f) y mucho menos suele ser coincidente la apreciación acerca de cuándo fue el momento en que el proyecto de vida en común se terminó (inc. g). Por esas circunstancias -de tinte probatorio- es frecuente que, interpuesta la demanda por compensación económica sea cuestionada la fecha del cese de la unión, y en forma concomitante la vigencia del derecho. En tales supuestos la cuestión podría resolverse procesalmente como si se tratara de una excepción de prescripción, y diferirse la resolución de la caducidad para el momento del dictado de la sentencia definitiva, aunque considerándola en primer término -de previo y especial pronunciamiento- en los argumentos sentenciales, pues verificada la caducidad, es obvio que no puede analizarse la procedencia de la compensación.

Lo cierto es que las únicas causales medianamente indiscutibles en cuanto a la fecha en que ocurrió el cese de la unión convivencial son las de los incisos: a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; d) por el matrimonio de los convivientes.

Es dable recordar que el análisis de la ocurrencia o no de la caducidad se debe analizar siempre y cuando se esté ante una unión convivencial y no una realidad compartida sin las características de los artículos 509 (unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo) y 510, CCyC (los dos integrantes sean mayores de edad, sin vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, colateral hasta el segundo grado ni afinidad en línea recta, no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea y mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años).

El finiquito de este modelo familiar se produce, en la generalidad de los casos, de manera informal, y también generalmente sin asesoramiento jurídico[46], pues recién con el CCyC se reguló de forma orgánica la unión convivencial como tipo familiar, sin perjuicio de algunos reconocimientos de efectos establecidos en leyes dispersas. Y aun así, al momento actual, la sociedad carece de información suficiente acerca de los derechos reconocidos y los negados por el ordenamiento jurídico a las y los convivientes. Eso no ocurre con la misma intensidad en el caso del divorcio y sus efectos, que requieren patrocinio jurídico y por ende asesoramiento, a la par de haberse establecido el momento exacto -sin perjuicio de los matices apuntados- en que comienza a computarse el término legal durante el cual se mantiene vivo el derecho a reclamar compensación económica. Esta diferencia de trato entre ambos modelos familiares es cuestionable por no razonable, pues bien pudo preverse legalmente una fecha cierta para las situaciones apuntadas como indeterminadas, como podría ser la exigencia de una notificación fehaciente como agregado al apartado final del artículo 525, a los fines del inicio del cómputo del plazo allí consignado.

También se ocuparon de este asunto quienes participaron de las Jornadas de Derecho Civil ya referidas, que en el Despacho E de lege ferenda consignaron: *"El plazo de seis meses de caducidad para iniciar*

un reclamo de compensación económica debe referirse solamente a los casos previstos en los incisos a, b, y f, excluyendo las causas detalladas en los incisos c, e, y g, del artículo 523, de forma tal que pueda determinarse una fecha cierta de un modo claro y preciso a partir de la cual empieza a regir dicho plazo"[47]. Sin embargo, esta apreciación es meramente diagnóstica, pues nada se dice acerca de cómo debería procederse cuando las partes indican fechas distintas y paralelamente se acusa caducidad, siendo cuestionable la redacción del despacho de la Comisión 7 en tanto parecen excluir lisa y llanamente que las causas de cese más inciertas o indeterminadas no deberían considerarse a los fines expresados por el artículo 525, última parte, contradiciendo el texto legal.

VII. El plazo de caducidad ante la violencia de género: vulnerabilidad económica.

Si bien más arriba hicimos referencia a la caducidad en supuestos de violencia familiar, aquí abordaremos la cuestión de manera más amplia, en el entendimiento de que, conforme a la tipología de la ley 26.485, la familiar es una de las múltiples formas de violencia que sufren las mujeres.

Además de la diferencia no menor en cuanto al momento en que se inicia el cómputo del plazo en casos en que quien reclama compensación económica resulta víctima de violencia y pudo acreditarlo, es necesario ponderar que existen normas de peso superior a las leyes que obligan al intérprete a aplicar las reglas jurídicas con un "*desbalanceo equilibrante*", de modo tal de colocar a las partes en un verdadero pie de igualdad de armas para la discusión de sus derechos en las causas donde aparezcan personas vulnerabilizadas.

En ese sentido, "juzgar con perspectiva de género impone decidir los casos recordando y aplicando que en nuestro sistema jurídico se consagra el reconocimiento del derecho de las mujeres a vivir libres de discriminación y violencia, de modo tal que es deber jurídico considerar las especiales situaciones en que viven muchas mujeres de este país, incluso para computar los plazos legales.

Estas circunstancias llevan a otra incógnita a responder: ¿es constitucional en todos los casos el plazo de seis meses establecido por el CCyC?"[48].

En primer lugar, es oportuno recordar lo sostenido por una de las integrantes de la Comisión Redactora del CCyC: *"el sistema jurídico privado queda impregnado de toda la metodología utilizada por la Constitución, de modo que ciertas decisiones han de tener siempre como finalidad la plenitud de esos derechos constitucionales y, si no se respetan, la decisión no tendrá reconocimiento jurídico"[49].*

En segundo término, que la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales describe a la violencia económica y patrimonial como: *"La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:*

- a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;*
- b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;*
- c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna".*

Se trata de una de las formas más soterradas de ejercicio de poder patriarcal que impacta gravemente en el universo femenino, porque somos nosotras mismas -como producto de la cultura en la que crecimos y nos desarrollamos- quienes invisibilizamos o *"normalizamos"* que el producto económico de la actividad humana por el cual se conforma el patrimonio de la pareja no deviene únicamente de la actividad de quien está inserto en el mercado laboral, comercial, financiero o profesional. Leemos en las denuncias de violencia doméstica, en las demandas de alimentos, regímenes comunicacionales, atribuciones del hogar, etcétera, o escuchamos en las audiencias frases como: *"me dijo que me echaría de la casa porque la pagó con su sueldo"; "el auto es de su propiedad"; "se quedaría con la casa y los hijos";*

"el alquiler está a su nombre y por eso me iba a echar a la calle" y así podríamos seguir ejemplificando.

Lo que interesa destacar es que por violencia económica o financiera puede definirse a toda acción ejecutada directa o indirectamente, que conduce a la persona afectada a un alejamiento o pérdida de los recursos económicos, sea que se provoque a partir de limitaciones con la intención de controlarle el uso del dinero o de privarla de los medios económicos para vivir de forma libre y autónoma.

Importa el despliegue de diferentes mecanismos tendientes a obstaculizar el ejercicio de sus derechos sobre los bienes o afectación del uso, la administración, disposición o desbaratamiento de posibilidad de acceder a su propiedad o gestión autónoma mediante maniobras, artilugios o acciones positivas directas. Se ha incluido en el concepto incluso el incumplimiento de los deberes alimentarios a cargo del agresor, aseverando que esas conductas colocan en riesgo el bienestar de las personas de su núcleo más cercano, de modo tal que al infringir y proyectar la agresión sobre los hijos menores de edad, adultos mayores o personas con discapacidad bajo el cuidado de la víctima, retaceándoles lo que les corresponde, se sobreexige o daña derechamente la integridad psíquica de la damnificada[50].

El solo hecho de que una o varias mujeres hayan sido víctimas de hechos atentatorios de derechos humanos no significa que tales conductas, en sí mismas, sean discriminatorias en perjuicio de las mujeres. Dicho en otras palabras, no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará. Es menester que la condición de especial vulnerabilidad por el hecho de ser mujer haya sido el presupuesto de esa transgresión[51].

El desequilibrio estructural presumido en una mujer que denuncia situaciones de violencia de género, por tal condición catalogada constitucionalmente como desaventajada (art. 75, inc. 23,

de la CN) necesariamente habrá de contar con herramientas que coloquen a la víctima en un plano de igualdad de armas para, recién después, analizar si el derecho está o no perimido[52].

El principio de igualdad que surge del artículo 16 de la Constitución Nacional, interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias, exige una renovada mirada convencional/constitucional en base a las diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional[53] que, al incorporar mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y delinear categorías sospechosas de discriminación[54], buscan garantizar la igualdad real de los habitantes. Al respecto, la Corte Suprema puso de resalto que la igualdad debe ser entendida no sólo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo.

El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen[55].

El "*diálogo de fuentes*" que indican los artículos 1º, 2º y 3º del CCyC obliga a aplicar el artículo 7º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia de Género, en cuanto determina el instrumento que *"los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente [...] f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces,*

y b) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención..."

Así fue entendido en un caso en que la pareja conformaba una unión convivencial de 30 años, con tres hijos en común, en el que la conviviente se retira del hogar y sufre episodios de amenazas directas e indirectas que la llevan a realizar denuncias penales, obteniendo medidas protectivas (prohibición de contacto y acercamiento por 30 días). Frente al reclamo de compensación económica, el conviviente opone caducidad. La pretensión del varón es rechazada, puesto que se acreditó que el retiro del hogar se produce en la fecha por él denunciada, pero conforme a las pruebas, se determinó que la causal de cese de la unión convivencial fue la consignada en el inciso g, del artículo 523 del CCyC (fin de la convivencia) y no el inicio de la nueva relación de la pareja alegada por el demandado (que no constituía unión convivencial por no reunir los recaudos del art. 510 del CCyC). Con cita de estas reglas internacionales, se determinó que es recién operado el vencimiento de la medida protectora dispuesta para la víctima en que debe comenzar a correr el término de seis meses establecido en el artículo 525 del CCyC.

Los principales argumentos consistieron en que se acreditó: a) en sede penal (donde se investigaron las amenazas) el estado emocional previo que detonó en la determinación final del retiro de la vivienda provocado por acumulación de frustraciones, tensión, malestar emocional, propiciadas por una modalidad vincular signada por patrones estereotipados de supremacía masculina; b) las motivaciones para esa determinación fueron señaladas por la interdisciplina que detectó indicadores de violencia crónica en la reclamante (conductas celotípicas, controladoras, que derivaban en maltrato verbal y descalificaciones privadas o públicas); c) que la cuestión de los bienes materiales resultó una de las variables de ejercicio de poder hacia el interior de la pareja, que se incrementó luego de producido el cese.

Se dijo específicamente que *"La modalidad vincular signada por los roles estereotipados fue la característica de esta pareja (ver dictamen de ps. 200/202). Sumado al despliegue cotidiano en ese sentido, en el que la mujer desempeña tareas domésticas y de crianza, mientras que el varón es el proveedor económico, la retención absoluta de todos los bienes por parte de L. una vez finalizada la unión convivencial"*[56].

El andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional de los derechos humanos descansa sobre algunos estándares, como son: a) el principio imperativo de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación; b) no toda diferencia de trato es discriminatoria, sino sólo aquella que se basa en criterios que no pueden ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables; c) los criterios específicos según los cuales está prohibido discriminar (art. 1.1 de la Convención Americana) no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo[57]. Esos estándares señalados por la Corte IDH permiten afirmar que *"el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarlas en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien condiciones de igualdad y abuyenten la discriminación, en la mayor medida posible"*[58].

Ingresó a la Cámara de Diputados un proyecto de ley para la modificación de los artículos 442 y 525 del CCyC[59], entre cuyos fundamentos están muchas de las razones analizadas a lo largo de estas líneas y por el cual, además de extenderse a un año el plazo de caducidad del derecho a reclamar la compensación económica para el divorcio o la unión convivencial, se establece que si el cese de la unión se produce en un contexto de violencia de género, la acción caduca al año del vencimiento de las medidas preventivas urgentes dispuestas por el juez de conformidad con la ley 26.485, la ley 24.417 y las normas provinciales aplicables. Para el supuesto de no haberse

adoptado medidas, se computará el mismo plazo a partir de la fecha en que se formuló la denuncia. Sobre esto último, ya se argumentó anteriormente sobre la inconveniencia de que sea a la fecha de la denuncia y no de la resolución que se dicte. Resolución que si bien podría desechar la denuncia, también -y probablemente ésa sea la generalidad de los casos- pueda determinar la victimización por violencia de género.

La Corte IDH sostuvo en "*V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua*", del 8 de marzo de 2018, N° 152 en casos de violencia contra la mujer, que "*las obligaciones generales establecidas en los artículos 8° y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b, dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De este modo, ante un acto de violencia contra una mujer, sea cometida por un agente estatal o por un particular, resulta especialmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección*".

VIII. A modo de cierre.

Aquellos pactos tácitos mediante los cuales las parejas acordaban la dinámica convivencial conforme a la distribución de roles tradicional de proveedor/cuidador, y en las que además el patrimonio colectado por el esfuerzo mancomunado se nominaba sólo en cabeza del varón, negando en todo momento y aun después de la ruptura un reconocimiento económico a la pareja conviviente, caen en la esfera del artículo 515 del CCyC.

La dedicación a las tareas de cuidado implican el aporte al mantenimiento y educación de los hijos, la gestión doméstica, el cuidado y contención moral, siendo generalmente desarrollado por la

mujer, quien, de producirse el cese del proyecto en común, profundiza la situación desaventajada derivada de la condición femenina y los estereotipos culturales.

El límite a la autonomía de la voluntad de los convivientes está dado por: a) la subsunción al sistema de derechos humanos; b) la responsabilidad familiar, y c) la solidaridad.

El cómputo automático del plazo de caducidad para ejercer el derecho a obtener compensación económica derivada de una unión convivencial sin valorar la situación particular cuando la convivencia estuvo afectada por violencia de género, no sólo puede afectar derechos patrimoniales sino principios fundamentales como la igualdad, la no discriminación y la tutela judicial efectiva.

Los tiempos que recorreremos resultan impregnados por una multiplicidad de fenómenos sociales y culturales que demuestran un quiebre profundo en las estructuras tradicionales. Con optimismo, y bajo lemas tales como "*se va a caer*", "*vivas nos queremos*", "*ni una menos*", resuenan las voces de las mujeres y otras sexualidades para producir un nuevo orden social.

Las prácticas van mutando y, lento pero llegando, el Derecho y quienes lo aplican ya están impregnados del combustible de la Constitución; jueces y juezas semejan antorchas encendidas por los fuegos rutilantes de quienes reclaman en las calles más libertad, más igualdad, más fraternidad.

Referencias Bibliográficas:

[1] Ver MOLINA DE JUAN, Mariel, *Compensación económica. Teoría y práctica*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, ps. 24 y ss.; PERACCA, Ana y GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, *De perspectivas y opciones. Otra mirada para analizar las prestaciones compensatorias*, comentario a fallo del TS de España, sala 1ª, del 15-6-2011, en R. D. F. 2012-I-266 y ss.; en particular algunas sentencias

españolas en este tema por GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, Jurisprudencia española, en R. D. F. 88-2019-247 y ss., entre otras.

[2] Sobre antecedentes, fundamentos y regulación legal del instituto recomendamos DE LA TORRE, Natalia, La unión convivencial en el nuevo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia, en L. L. Supl. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), del 4-12-2014, p. 88; cita online: AR/DOC/4372/2014.

[3] Sobre las diferencias con las indemnizaciones por daños y perjuicios, pensiones por alimentos, o el enriquecimiento sin causa, puede verse el comentario al art. 524 a cargo de LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabian, en Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, dir. por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. II, ps. 169 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., La compensación económica en el divorcio y las uniones convivenciales, en DFyP 2018 (agosto), del 3-8-2018, p. 3; RCCyC 2019 (mayo), del 15-5-2019, p. 68.

[4] PELLEGRINI, María Victoria, Dos preguntas inquietantes sobre la compensación económica, en RCCyC 2017 (marzo), p. 28; cita online: AR/DOC/356/2017, enseña: "*No se trata de una prestación alimentaria, ni tampoco requiere que quien resulte acreedor se encuentre en alguna situación de necesidad, ni busca mantener a los excónyuges o convivientes en el mismo nivel de vida que llevaban: ni el matrimonio ni la unión son garantías de sostenimiento económico vitalicio ni fuentes de ingresos permanente. Desde la elección de la denominación 'compensación económica' se marca la diferencia de este efecto con una prestación alimentaria o alimentos posteriores al divorcio (art. 434, CCyC), pues aquellas voces utilizadas por otras legislaciones que regulan esta institución generaron cierta superposición conceptual entre ambos efectos. Así, el uso de 'pensión compensatoria' (España; El Salvador); 'prestación compensatoria' (Código de Familia de Cataluña; Francia), 'asignación por divorcio' (Italia) provocó en su aplicación alguna asimilación a las prestaciones alimentarias. La naturaleza jurídica de ambos efectos difiere, aunque resulte improcedente su acumulación en uno de los supuestos de posible fijación de pensión alimentaria (art. 434, inc. b, CCyC)".*

[5] Artículo 434 - Alimentos posteriores al divorcio. Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos; b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441. En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas.

[6] MIZRAHI, Mauricio Luis, Divorcio, alimentos y compensación económica, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 138: "*En definitiva, la compensación económica tiene lugar porque, en verdad, acontece un «enriquecimiento puntual sin causa legítima»*".

[7] LLOVERAS, ORLANDI y FARAONI, comentario al art. 524, en ob. cit.

[8] En adelante CCyC o Código, cuyo texto final fue aprobado por el Congreso de la Nación el 1° de octubre de 2014, mediante la ley 26.994, promulgado el 7 de octubre de 2014 y publicado en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014. El Código Civil y Comercial entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, aunque inicialmente se había dispuesto que lo haría el 1° de enero de 2016, lo que fue modificado por la ley 27.077.

[9] A la fecha de este trabajo, por ejemplo, existen quienes exponen argumentos para la admisión de la renuncia anticipada a reclamar compensación económica y quienes rechazan esa posibilidad. Entre los primeros BEDROSSIAN, Gabriel, El instituto de la compensación económica en el Código Civil y Comercial, MJ-DOC-10639-AR, MJD10639; GIOVANNETTI, Patricia S., Compensaciones económicas derivadas del matrimonio y la unión convivencial, en DFyP 2017 (julio), ps. 26 y ss.; MEDINA, Graciela,

Pactos en previsión de la ruptura y compensación, en DFyP 2017 (diciembre), ps. 3 y ss. Entre los segundos: MIZRAHI, Divorcio, alimentos y compensación económica cit., ps. 148 y ss.; La compensación económica en el divorcio y las uniones convivenciales, en L. L. del 21-5-2018, p. 1; AR/DOC/956/2018; SANTISO, Javier, Compensaciones económicas, en DFyP 2017 (julio), p. 17; SOLARI, Néstor E., Sobre el carácter renunciante de la prestación compensatoria, en DFyP 2014 (julio), del 14-7-2014, p. 8; AR/DOC/1884/2014; VIDO, Martina, Efectos patrimoniales ante el cese de la unión convivencial en el Código Civil y Comercial, en R. D. F. 71-243; cita online: AP/DOC/644/2015. Recordemos que la posibilidad de contratar entre cónyuges que se encuentran sometidos al régimen de comunidad está vedada por el art. 1002, inc. d, del CCyC, no siendo alcanzados los matrimonios con régimen de separación de bienes ni las uniones convivenciales, por lo que el argumento de la prohibición legal de contratar, y su derivado: renunciar anticipadamente a la compensación económica producido el cese del proyecto familiar, sólo vale para los primeros. No obstante, existen otros sólidos argumentos para sostener su inviabilidad, y a ellos remitimos.

[10] La ley 27.499, conocida como "*Ley Micaela*", establece que todas las personas que se desempeñan en la esfera de los tres poderes del Estado nacional deben recibir capacitaciones en temas de género y violencia contra las mujeres, e invita a las provincias a adherir.

[11]MOLINA DE JUAN, Mariel F., Cuestiones prácticas: el reclamo judicial de la compensación económica, en eDial - DC23F4, del 26-9-2017.

[12]MOLINA DE JUAN, Mariel F., Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género, en R. D. F. 57-2012-187 y ss.; KABUSACKI, Leticia y HARARI, Sofía, La mirada del género en la interpretación del Código Civil y Comercial, en L. L. Online: AR/DOC/4223/2016.

[13]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las mujeres, en R. D. F. 90, del 15-7-2019, p. 19; cita online: AR/DOC/1694/2019, con cita de ANZIT GUERRERO, Ramiro,

Violencia de género y responsabilidad del Estado: la tutela de los derechos de las mujeres víctimas en la sociedad democrática y protectora de los derechos humanos, en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 11, Año V, diciembre de 2015, p. 51.

[14]Aprobada por la ley 23.179 y promulgada el 27-5-85, que cuenta con rango constitucional (art. 75, inc. 22, de la CN).

[15]Corte IDH, 16-11-2009, "*Caso González y otras ('Campo Algodonero')* vs. *México*",

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

[16]BURGOS, Juan Pablo, La compensación económica en el divorcio y en el cese de las uniones convivenciales, en elDial - DC26F2, del 20-3-2019.

[17]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.

[18]La lectura de la Opinión Consultiva OC-24/17, del 24-11-2017, solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, es ineludible para la comprensión de este tema.

[19]MEDINA, Graciela, coment. al art. 442, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs.), Tratado de Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 480.

[20]LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Parte general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, t. II, p. 616.

[21]MÁRQUEZ, José F. y CALDERÓN, Maximiliano R., Prescripción y caducidad en el Código Civil y Comercial, en L. L. 2015-C-743.

[22]Art. 442 - Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que

cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

[23]Dispone en su última parte: La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

[24]Art. 428 [...] Si la nulidad produce un desequilibrio económico de uno ellos en relación con la posición del otro, se aplican los artículos 441 y 442; el plazo se computa a partir de la sentencia que declara la nulidad.

[25]MIZRAHI, Mauricio L., Compensación económica. Pautas, cálculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad, en DFyP 2018 (noviembre), p. 30; cita online: AR/DOC/ 1592/2018.

[26]CCCom. de Junín, 7-6-2018, "*C., F. A. c/T., A. S. s/Materia a categorizar*", L. L. Online, AR/JUR/26605/2018, donde se afirmó: "*La caducidad del pedido de compensación económica derivada de la ruptura de una unión convivencial no puede ser declarada de oficio, pues tratándose de una petición de naturaleza exclusivamente patrimonial no existe razón de orden público que justifique considerarla como una materia indisponible que autorice su declaración oficiosa*".

[27]PELLEGRINI, María Victoria, Las uniones convivenciales. Regulación en el Código Civil y Comercial y su impacto en el ordenamiento jurídico, 1ª ed., Erreius, CABA, 2017, p. 206.

[28]MIZRAHI, Mauricio L., La compensación económica en el divorcio y las uniones convivenciales, en DFyP 2018 (agosto), del 3-8-2018, p. 3; RCCyC 2019 (mayo), del 15-5-2019, p. 68; cita online: AR/DOC/1344/2018, se ocupa del tema de la complejidad que traen

las separaciones de hecho prolongadas para reclamar la compensación económica y a ese trabajo remitimos.

[29]MIZRAHI, ob. cit.

[30]Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad del Litoral, 28 y 29 de septiembre de 2019. A favor: Córdoba, Basset, Galli Fiant, Pitrau, Sambrizzi, Mazzinghi, Callegari, Flores Levalle, Mainard, Berbere Delgado, Carriquiri, Roveda, Maggio, Jáuregui, Lozano, Rolando, Galletti, Gómez, González, Zabalza, Schiro (21). En contra: Castro (1).

[31]KIELMANOVICH, ob. cit.; GIOVANNETTI, ob. cit., p. 26; BECCAR VARELA, Andrés y BUSTAMANTE, Eduardo, La caducidad del derecho a la compensación económica, en L. L. Online, AR/DOC/1137/2018.

[32]CNCiv., sala I, 8-6-2017, L. L. Online, AR/JUR/35553/2017.

[33]CCCom. de Gualeguaychú, sala I, 9-5-2018, "*S. P. V. N. c/K. R. H. s/Divorcio. Compensación económica*", Rubinzal Online, RC J 4968/18.

[34]CCCLMin. de Neuquén, sala I, 6-7-2018, "*M., F. C. c/C., J. L. s/Compensación económica*", RCCyC 2018 (octubre), p. 91; RC J 5312/18.

[35]A favor: Basset, Carriquiri, Jáuregui, Gómez, Galletti, González, Schiro, Zabalza, Lozano, Pitrau (10). En contra: Mazzinghi, Lafferriere, Sambrizzi, Galli Fiant, Flores Levalle, Roveda (6). Abstención: Castro, Maggio, Rolando, Córdoba, Mainard (5).

[36]A favor: Maggio, Carriquiri, Mainard, Flores Levalle, Callegari, Jáuregui, Lozano, Rolando, Gómez, Córdoba, Basset, Pitrau (12). En contra: Mazzinghi, Sambrizzi, Roveda (3). Abstención: Galli Fiant, Lafferriere, Castro, González, Galletti (5).

[37]GRILLO IRIDE, I. M., El derecho a la tutela judicial efectiva, disponible en www.saij.jus.gov.ar, Id. SAIJ: DACF040088.

[38]Corte IDH, 28-11-2002, caso "*Cantos vs. Argentina*", párr. 52, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf.

[39]Recomendación General N° 19 (11° Período de Sesiones, 1992) del Comité CEDAW, disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

[40]CNCiv., sala I, 17-4-2018, "V. L., M. F. c/B., G. M. s/Acción compensación económica", RC J 4930/20, enrolándose en una interpretación literal no finalista de la norma, confirma la caducidad decretada en primera instancia: "El artículo 442 del Código Civil y Comercial de la Nación es claro en cuanto a que el plazo en cuestión debe computarse desde el dictado de la sentencia de divorcio, y no así desde su notificación a los eventuales interesados y tampoco desde que aquélla adquiriera firmeza, siendo aplicable el principio general en materia de interpretación jurídica de que, donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir y en el caso la disposición en estudio es contundente en cuanto al momento en que debe comenzar a computarse el término en cuestión: desde el dictado de la sentencia de divorcio". Agregando: "*De manera que si la intención de alguno de los esposos es la de iniciar un reclamo de compensación económica y la ley señala que el plazo de caducidad es breve y que comenzará a correr desde el dictado de la sentencia que decreta el divorcio vincular por aplicación del artículo 442 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, el interesado deberá estar atento al trámite y ejercer su derecho en la oportunidad procesal que establece el artículo 442 del Código Civil y Comercial de la Nación. Para tal afirmación considero, asimismo, que el artículo 2º del Título Preliminar del mismo cuerpo legal nos da la pauta para interpretar la ley y dice que debo tener en cuenta sus palabras y sus finalidades, la que en este caso es la de resolver todos los conflictos que genera el divorcio en un tiempo cercano al dictado de la sentencia y, además, otro principio rector dice que los derechos deben ser ejercidos de buena fe*".

[41]JNCiv. N° 4, en fecha 26-2-2018, "B., D. M. c/O., C. P. s/Fijación de compensación económica. Arts. 441 y 442, CCCN", L. L. Online, AR/JUR/37171/2018, rechazó el planteo del demandado tendiente a que se declare la caducidad de la acción por compensación económica, por entender que ya habían transcurrido más de seis meses desde el dictado de la sentencia de divorcio. Para así resolver, sostuvo: "*En primer lugar, debo destacar que al señalar la norma que la acción 'caduca' a los seis meses, no caben dudas de que se trata de un plazo de caducidad regido en principio por lo que disponen los artículos 2566 a 2572 del Código Civil y Comercial de la Nación. En segundo lugar, también corresponde señalar que, si bien de una interpretación literal de la norma se desprendería que el comienzo del cómputo del plazo de caducidad coincide con la fecha de la sentencia de divorcio,*

entiendo que una interpretación sistemática y armónica de dicho precepto, tal como manda realizar el artículo 2° del Código Civil y Comercial de la Nación, en concordancia con principios elementales del Derecho Procesal, impone una solución diversa, pues todo acto procesal (tal la sentencia) se integra necesariamente con su notificación (conf. Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal-Culzoni, 1989, t. 4, p. 191) por lo que, a mi modo de ver, dicha norma sustancial, debe necesariamente integrarse con los principios y efectos propios de los actos procesales, entendiéndose que el comienzo del cómputo del plazo opera desde su notificación al interesado".

[42]JNCiv. N° 56, del 12-7-2018, que fuera confirmado por la CNCiv., sala C, el 20-9-2018, "V. M. M. c/M., G. E. s/Fijación de compensación económica. Arts. 441 y 442, CCCN", inédito; íd., 20-9-2018, "V. M. M. c/M., G. E. s/Fijación de compensación económica. Arts. 441 y 442, CCCN", inédito. La jueza de primera instancia rechaza el planteo de caducidad sosteniendo que *"Más allá de la literalidad de la norma que remite al dictado de la sentencia, desde un primer momento parte de la doctrina entendió que el plazo debe computarse desde la fecha en que la sentencia queda firme (conf. Veloso, Sandra F., en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, La Ley, t. II, p. 89; Solari, Néstor E., Sobre el carácter renunciabile de la prestación compensatoria, en DFyP, julio de 2014, La Ley, p. 10; Morano, Estela; Eisen, Lucía S. y Rato, María Clara, La compensación económica: presupuestos de procedencia, en L. L. Online: AP/DOC/245/ 2017)". Agregando: "Es así que se concluye, que, si no hay una sentencia firme, no puede haber divorcio; y si no se ha decretado el divorcio, ningún derecho a compensación puede exigirse. De allí, que el plazo para reclamar la compensación económica no podría haber comenzado a correr con anterioridad a que la decisión judicial adquiriera firmeza".*

[43]CCCom. de Gualeguaychú, sala I, 9-5-2018, "S. P. V. N. c/K. R. H. s/Divorcio. Compensación económica", Rubinzal Online, RC J 4968/18, siguiendo la postura de SOLARI, Néstor E., El plazo de caducidad en la compensación económica, en L. L. 2017-E-1037; DFyP 2017 (noviembre), del 14-11-2017, p. 8; cita online: AR/DOC/ 2523/2017; VELOSO, Sandra F., El proyecto de divorcio según el proyecto del Código Civil y Comercial, en DFyP 2012 (julio); C1^aCCCom. de San Isidro, sala III, 12-5-2016, "O., L. F. c/Y., M. E.", DFyP 2016 (septiembre).

[44]A favor: Mazzinghi, Lafferriere, Sambrizzi, Berbere Delgado, Callegari, Flores Levalle, Mainard, Castro, Carriquiri, Jáuregui, Lozano, Rolando, Galletti, Gómez, González, Galli Fiant, Córdoba, Basset, Pitrau (19). En contra: Roveda (1).

[45]ROLLERI, Gabriel, *Compensación económica entre convivientes*, cita online: AR/DOC/19536/2017.

[46]MOLINA DE JUAN, Mariel, *Compensación económica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 100.

[47]A favor: Mazzinghi, Berbere, Callegari, Pitrau, Mainard, Flores Levalle, Carriquiri, Roveda, Maggio, Lozano, Rolando, Gómez, Jáuregui, Basset (14). En contra: Galli Fiant, Zabalza, Schiro (3). Abstención: Córdoba, Lafferriere, Castro, González, Sambrizzi (5).

[48]JFam. N° 1 de Esquel, "*S., E. Y. c/L., J. D. s/Determinación de compensación económica*", expte. 191/2019, sent. del 21-10-2019, inédita, no firme.

[49]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*, en L. L. del 8-10-2014, p. 5, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmajer-de-Carlucci.pdf>.

[50]MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A. y SILVA, Cristina I., *Acerca del plazo de caducidad para reclamar la compensación económica. Su implicancia y valoración en torno a situaciones de violencia y otras causas de vulnerabilidad*, en L. L. Supl. Esp. *Cuestiones patrimoniales en el Derecho de Familia 2019* (noviembre), p. 183; DFyP 2020 (febrero), p. 159; AR/DOC/3882/2019.

[51]KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...* cit.

[52]Recordemos que las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establecen en su Sección 2ª, 1, que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con

plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, y si bien no tienen el mismo rango que los tratados multiestatales, se trata de un instrumento de orientación y acatamiento por parte de los tribunales, en tanto se adhirió a las directivas por acto administrativo en varias provincias, además de la CSJN.

[53]Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 11; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7°; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2.2 y 3°; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 2° a 7°; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 2°, 3° y 5° a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2°.

[54]El art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En idéntico sentido lo hace el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[55]CSJN, Fallos: 340:1795. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias (Corte IDH, caso "*Atala Rijffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*", sentencia de 24-2-2012, párr. 86).

[56]Fam. de Esquel, cit.

[57]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Estándares de la Corte Interamericana... cit., p. 19; cita online: AR/DOC/1694/2019.

[58]KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit.

[59]Proyecto ingresado ante la Cámara de Diputados con N° 1493-D-2019, publicado en Trámite Parlamentario, N° 30, fecha: 4-4-2019

Jurisprudencia española: uniones convivenciales

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 93, 222

Cita Online: LALEY AR/DOC/280/2020

[Consultado el: 04/06/2021]

(*)

Sumario: I. La (no) equiparación de los modelos familiares en la seguridad social.— II. Uniones convivenciales y homoparentalidad.— III. El cese de la unión convivencial: pactos. ¿Escritura pública?— IV. Disolución de la UC: Hijos, vivienda, compensación.— V. Convenios entre miembros de la unión convivencial.

I. La (no) equiparación de los modelos familiares en la seguridad social

I.1. Uniones convivenciales y matrimonios frente a los convenios colectivos

La sala en lo Social del Tribunal Supremo dicta en fecha 22 de octubre de 2019 (1) una sentencia por la que rechaza el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la Confederación General del Trabajo (CGT) contra la sentencia dictada por la sala de la Audiencia Nacional, en fecha 20 de diciembre de 2017, en actuaciones seguidas por la misma parte frente a Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA, la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras-Sector Postal, la Federación de Servicios Públicos-Sector Postal de la Unión General de los Trabajadores, el Sindicato Libre de Correos y Telecomunicaciones y la Confederación Sindical Independiente de Funcionarios-Sector Postal.

El planteo originario versó sobre un conflicto colectivo, requiriéndose a la magistratura interprete el art. 58.a) del III Convenio Colectivo de Correos, consistente en la equiparación de derechos para disfrutar del permiso retribuido establecido en ese artículo entre las trabajadoras y los trabajadores que constituyan parejas de hecho o los nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género, distintos de las uniones matrimoniales. Dicho convenio colectivo fue publicado el Boletín Oficial del Estado el 28 de junio de 2011, entrando en vigor el 1/07/2011. Con fecha 20 de diciembre de 2017, se dictó sentencia por la sala de lo Social de la Audiencia Nacional, desestimando la demanda.

Trabajo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA, de fecha 9 de junio de 2017, se dispuso a hacer extensivos para las parejas de hecho del personal funcionario y laboral los permisos retribuidos recogidos en el art. 58.b) del III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA y en el Anexo IV-I del Acuerdo General 2009-2013, de regulación de condiciones de trabajo del personal de correos. En lo que aquí interesa, en ese instrumento, en su apartado b), se estableció: *"Los miembros de la pareja de hecho que cumplan las condiciones que legalmente se establecen al efecto, o se establezcan a futuro, en el ámbito estatal y/o autonómico, tendrán la misma consideración que los cónyuges que forman parte del matrimonio, a efectos del disfrute del apartado b) del art. 58. Permisos retribuidos, recogido en el III convenio colectivo de Correos para el personal laboral, y del apartado b) de permisos retribuidos, ubicado en él. Vacaciones, permisos y licencias, dispuesto en el anexo IV-I tiempo de trabajo del Acuerdo General 2009-2013 de regulación de las condiciones de trabajo del personal de Correos, para el personal funcionario. (...). Requisitos de los solicitantes... Se entenderá por pareja de hecho, la unión estable de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su opción sexual y cuya acreditación, como tal, sea presentada ante las Unidades de Recursos Humanos de la Compañía mediante la aportación de los siguientes documentos: certificación de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma correspondiente o del municipio de residencia del empleado en el supuesto de no haber registro autonómico. En ausencia de ambos y, previa comprobación de la*

inexistencia de los anteriores registros, mediante la presentación de la escritura pública otorgada por ambos miembros de la pareja declarativa de su constitución como pareja de hecho. Asimismo, las partes hacen constar expresamente que este Acuerdo será de aplicación desde la fecha de su firma hasta que pierda su vigencia el III Convenio Colectivo de Correos y/o el Acuerdo General 2009-2013 de regulación de las condiciones de trabajo del personal de Correos, en sus respectivos ámbitos laboral y funcionarial, o hasta que se apruebe una legislación de aplicación general en todo el Estado, situación está en la que ambas partes se comprometen a reunirse para revisar en lo que resulte necesario el presente Acuerdo".

El 28/07/2017 el sindicato actor presentó a la Comisión Paritaria del III Convenio Colectivo de Correos comunicación de solicitud previa a la vía judicial de la interposición de conflicto colectivo, por la reclamación de la equiparación de derechos del permiso retribuido por matrimonio establecido en ese Convenio entre trabajadoras y trabajadoras que constituyan parejas de hecho, así como los nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género, respecto de los que constituye uniones matrimoniales. La Comisión Paritaria no contestó la comunicación, habiendo transcurrido más de quince días sin que se haya emitido dictamen alguno.

La sentencia de la sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 8 de enero de 2018 desestimó la demanda, reseñando la claridad de los términos literales y la expresa voluntad de los negociadores que, pudiendo establecer cualquier otra regulación que estimaran conveniente, expresamente circunscribieron el aludido permiso retribuido a los supuestos derivados de la celebración de matrimonio y no a aquellos derivados de la constitución de parejas de hecho u otros modelos diferentes de convivencia continuada.

El Tribunal Supremo, encarando la resolución del motivo casatorio, fija la siguiente premisa: "... hay que partir de que el principio de igualdad ante la ley obliga, también a los convenios colectivos de eficacia general por su carácter normativo tal como se desprende del art. 37.1 CE (SSTC 171/1989; 119/2002 y 27/2004,

entre otras). Por ello lo decisivo es determinar si la redacción convencional —al no incluir en su seno a las parejas de hecho u otras formas de unión— está tratando desigualmente supuestos que exigen un tratamiento normativo común. La respuesta debe ser necesariamente negativa, no solo porque ello obligaría a plantearse la posible inconstitucionalidad del art. 37.3 a) ET, algo que la sala no contempla porque no alberga ninguna duda sobre su constitucionalidad; sino, especialmente, porque de la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende, directamente y sin dificultades interpretativas, que la diferencia de tratamiento normativo entre las personas unidas en matrimonio y quienes conviven maritalmente de hecho, en tanto que resultan realidades diferentes y no equivalentes (STC 184/1990), es perfectamente compatible con el principio de igualdad del art. 14 CE (SSTC 68/1994 y 140/2005; entre otras) (2).

En definitiva, señalan que *"admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador, en este caso, el convenio colectivo, haga derivar de aquel determinados efectos —como el de conceder los permisos previstos en la ley (art. 37.3 a) ET y art. 58 a) del III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.)— así como la constitucionalidad de 'aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1, CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y mujer que desean convivir more uxorio' (SSTC 184/1990 y 66/1994), no cabe admitir que vulnere la Constitución, ni específicamente el principio de igualdad, el hecho de que no se reconozcan los permisos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo"*.

Abordando la pretensión de hacer extensivos los beneficios a las formas familiares distintas a la matrimonial, señalan que *"[n]o toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14, CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello, pues,*

como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, por lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios, carentes de una justificación razonable o que produzcan resultados excesivamente gravosos o desmedidos (por todas, STC 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 3). El presupuesto para la aplicación del mandato contenido en el art. 14 CE, no obstante, no concurre en el presente supuesto: los matrimonios y las parejas de hecho no son situaciones iguales. No lo son en el plano constitucional (art. 32, CE), ni tampoco en el plano legal".

De ello infieren que no resulta factible la interpretación análoga, puesto que, interpretan, "*La dicción del precepto acordado en sede de negociación colectiva es clara al respecto, y su articulación actual no permite la creación judicial ex novo de dicho permiso para otros supuestos diferentes de los perfilados convencionalmente; creación que, como resulta obvio, solo a las partes negociadoras del convenio compete".*

I.2. Unificación conceptual de "*unidad familiar*" en caso de subsidios estatales: exclusión de la pareja de hecho

La sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia en fecha 23 de enero de 2017 revocando la decisión originaria que había dejado sin efecto la resolución administrativa del Servicio Público de Empleo Estatal que dispuso la baja del actor y ordenó el reintegro de sumas percibidas por él con motivo de una renta activa de inserción, que le fueran reclamadas por el gobierno español. El abogado estatal recurre al Tribunal Supremo, señalando que esa decisión controvierte la sentencia dictada por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 10 de septiembre de 2013, y pide la casación para unificación de doctrina (3). Su principal argumento es que las rentas a las que se refiere la normativa aplicable deben computarse tomando las que perciban los dos progenitores, cualquiera que sea su relación, ya que una unidad familiar se configura con los que tiene esa obligación de prestarse recíprocamente alimentos entre sí.

El Tribunal Supremo dicta sentencia (4), fijando como pretensión casatoria la siguiente cuestión: si para acceder a la prestación por actividad de inserción deben incluirse en el cómputo de rentas de la unidad familiar las de la pareja del solicitante que percibía retribución salarial y pensión de viudez, en ese caso el reclamante tiene un hijo en común con su pareja y conviven los tres individuos. Es el actor quien invoca que su conviviente no tiene la condición de esposa y no puede ser considerada como miembro de la unidad familiar, a los fines de computar montos que impliquen superación del ingreso que, en concepto de renta, exige la legislación. Sostiene que habiendo entendido el Tribunal Superior de Madrid que el concepto de unidad familiar, a efectos de rentas, viene determinado por el deber que existe de prestar alimentos entre parientes, si no hay esta obligación, carece de sentido incluir como miembros a quienes no comparten esta, como es el caso del reclamante.

La sentencia de contraste invocada había confirmado la resolución administrativa denegatoria del derecho prestacional en un caso en que la actora, la hija de ella y el padre —que mantenía el mismo domicilio que la madre y la hija— constituían una unidad familiar, por lo que se entendió que el progenitor tiene, respecto de la hija de ambos, obligaciones que justifican que la integre aquel, en tanto debe atender a la carga que implica la hija. Además, y en lo que aquí interesa, ese fallo concluye diciendo que *la ley no exige matrimonio sino la realidad de una unidad familiar*.

Lo que se advierte es que, en ambos casos, aunque desde prestaciones diferentes pero relativas a la misma protección —el desempleo—, se cuestiona el alcance de dos preceptos que, aunque distintos, mantienen el mismo contenido. Es que, en ambos casos se está valorando la existencia de una unidad familiar, constituida por unos determinados miembros, y sus ingresos, ya para acceder a la renta activa de inserción o para el subsidio por desempleo por existencia de responsabilidades familiares.

En el caso de la sentencia de 2019, es el art. 2.1 d) del real dec. 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que, respecto del requisito "carecer de rentas", dispone que *"A estos efectos, aunque el solicitante carezca de rentas, en los términos anteriormente establecidos, si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias"*, mientras que en la sentencia de contraste de 2013 se analiza el art. 215.2, LGSS, vigente al momento del hecho (actual art. 275.3 de la LGSS 2015), en el que, al recoger el concepto de responsabilidades familiares, se dice que *"se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. No se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias"*.

El TS recuerda que *"... en la sentencia de 17 de octubre de 2018, rcud 3600/2016, esta sala consideró que los ingresos de la pareja de hecho del solicitante de un subsidio por desempleo no podían ser incluidos a efectos de determinar las rentas de la unidad familiar"*. Se concluyó así que la unión convivencial no podía ser incluida como formato hábil para computar ingresos a los fines del subsidio, en base a los siguientes argumentos: a) la literalidad de la norma: *"El tenor literal del precepto, con una claridad meridiana enumera de forma exhaustiva aquellas personas cuyo parentesco con el beneficiario supone que constituyen responsabilidades familiares"*, excluyendo a la pareja convivencial sin vínculo jurídico derivado del matrimonio (5); b) razones de oportunidad, mérito y conveniencia, condensadas en la cita: *"... este Tribunal Constitucional no debe interferir con*

decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable...", y c) la interpretación teleológica de la norma, en tanto sostuvo que *"se orienta a la protección de los desempleados que cumpliendo los requisitos establecidos en el precepto —art. 215, actualmente 274 de la LGSS— carezcan de rentas superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extras, hayan agotado la prestación por desempleo y tengan responsabilidades familiares. La protección se otorga al desempleado, no a la familia, que se tiene en cuenta a efectos de determinar la situación económica del solicitante de la prestación"*. Esos argumentos se consideraron extensivos o aplicables a la renta activa de inserción que, incluso, se ubica, dentro del sistema de protección del desempleo, en un nivel de necesidad más apremiante.

El fallo explica de manera muy didáctica la diferencia de abordaje tratándose de uniones convivenciales o matrimoniales en materia de seguridad social, puntualmente focalizándose en que la apreciación diferencial no importa discriminación respecto de la forma familiar escogida. De este modo señalan: *"Con la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social se procede a equiparar —parcialmente y para una específica prestación— a las parejas de hecho con las matrimoniales, tal y como expresaba su exposición de motivo al indicar que 'La ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la seguridad social, los perfiles identificativos de dicha situación, intentando con ello una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial. No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad'. Esta reforma y la configuración que se dio a la pensión de viudedad cuando existía con el causante una pareja de hecho, no se extendió, en mayor, igual o menor medida, a otras prestaciones en las que la condición de cónyuge estaba presente, como es el caso de las establecidas en la protección por desempleo, en sus diferentes modalidades"*.

Se advierte que los argumentos esbozados, si bien procuran mantener un delicado equilibrio entre la finalidad de los institutos destinados a la protección de la vulnerabilidad económica de las familias ingresadas al sistema de seguridad social por cuestiones de desempleo o ausencia o dificultad de acceso al trabajo, y los excesos que pueden darse en el plano de la realidad, en no pocas ocasiones la judicatura camina por la cornisa argumentativa. Es indiscutible la obligada diversidad de cobertura entre familias matrimoniales y no matrimoniales o convivenciales justificada por la teoría de la igualdad; sin embargo, al referirse la legislación española a la "*unidad familiar*", las interpretaciones de las sentencias analizadas arrojan un sesgo de dudosa igualdad de trato y acceso, pues focalizar o insistir en la literalidad de la norma cristaliza un concepto dinámico como lo es el que involucra a las familias.

II. Uniones convivenciales y homoparentalidad

La sala Civil del Tribunal Supremo rechaza un recurso de casación articulado por la demandante, apelante y finalmente recurrente (6), quien presentó demanda en ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial contra la progenitora de dos niñas, solicitando que se le declare madre de las nenas nacidas en 2009 y 2011 por vía de técnicas de reproducción asistida utilizadas por la que fue su pareja de hecho, apoyándose en la existencia de posesión de estado. Exponía, en esencia, que la demandada y ella constituyeron pareja desde 2008 y hasta 2013, y que debía ser declarada también la madre de ambas niñas, al consentir el empleo de tales técnicas, aunque no conste formalmente dicho consentimiento.

La parte demandada, que se opuso a la pretensión, alegó que no se casaron, ni prestó o se requirió el consentimiento de la demandante, quien en realidad no tuvo interés alguno en las niñas. Agregó que se casó con otra mujer, a la que las hijas consideran su madre, y a la actora la admiten como una amiga de ella, careciendo de vínculo alguno a ser reconocido.

La sentencia de primera instancia rechaza la acción y es confirmada por el tribunal de revisión, argumentando: a) respecto del consentimiento de la recurrente a las técnicas de reproducción, se acreditó que nunca se produjo; b) respecto a la posesión de estado, consideró que es indiscutible que fueron pareja, ya que se inscribieron como tal en 2008 hasta la ruptura definitiva en 2013, pero no consta acreditado de ninguna manera que se fijara un régimen en relación con las hijas y c) respecto del interés de las niñas, se destaca que no hay informe psicosocial sobre vínculo materno filial entre ellas y la actora, y se concluye que lo que más lo respeta es la confirmación del fallo.

Al argumentar, el tribunal señala que la demandante elude o soslaya la razón decisoria de la resolución impugnada, que concluye en que sobre la base del criterio contenido en la sentencia del TS del 15 de enero de 2014, en lo que se refiere a la acción de filiación no matrimonial en caso de pareja de mujeres homosexuales con utilización de TRA, lo que se examina es la existencia de los consentimientos prestados a dicho empleo y la posesión de estado, todo ello bajo el principio del interés superior del menor. Bajo ese amparo, concluye que en el caso no existe consentimiento ni inicial ni posterior, reforzando lo sostenido por las instancias anteriores en cuanto a que bien "*... pudo haber utilizado la actora, alguna de las fórmulas jurídicas que hubiera producido dicho resultado, vía adopción, vía matrimonio. Respecto de la posesión de estado, considera que está acreditado que fueron pareja de hecho, inscritas desde 2008, hasta 2013, pero tras la ruptura no consta acreditado de ninguna manera que se fijara entre ellas un régimen en relación con las menores*".

Este fallo deja asentado, de este modo, los recaudos a ser acreditados en caso de separación de las uniones convivenciales homosexuales donde exista descendencia mediante utilización de técnicas de reproducción humana asistida, relevando la importancia del consentimiento de ambos miembros de la pareja en su utilización para el ulterior reclamo de régimen comunicacional; en subsidio, la

debida acreditación de la posesión de estado manifestada por la efectiva participación en la vida de las personas menores de edad.

III. El cese de la unión convivencial: pactos. ¿Escritura pública?

La Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 04/11/2019, resuelve la apelación interpuesta por el componente masculino de una unión convivencial que fue condenado en primera instancia al pago de la suma de 5.020,62 euros, más los intereses correspondientes. Se trató de una pareja que mantenían una convivencia, en la que la vivienda familiar pertenecía en titularidad al varón; la actora alegó que comenzó a abonar la mitad de la cuota hipotecaria, además de contribuir en los gastos propios de la convivencia. Adujo que en fecha 5 de marzo de 2014 ambos suscribieron entre sí un contrato, que preveía lo que sucedería en caso de que se produjera la ruptura de la pareja, distinguiendo entre lo que sucedería si se producía una vez cancelada la hipoteca y lo que sucedería si se producía cuando restaba saldo pendiente de ella, en función, en este último caso, de si el domicilio familiar se atribuía judicialmente o por mutuo acuerdo a la actora y al hijo o a los hijos comunes, o si era atribuido al demandado y al hijo o a los hijos comunes.

En fecha 1 de octubre de 2015 se produjo la ruptura de la pareja, y acordaron que la actora y su hijo menor establecerían su domicilio fuera del domicilio familiar señalado, acuerdo que fue ratificado por la correspondiente sentencia judicial sobre guardia y custodia y alimentos; en el pacto se hizo constar que era *"sin que ello suponga renuncia por parte de ninguno de los progenitores a los derechos que pudieran corresponderles con motivo de la ruptura"*. Invocando el supuesto contemplado en el contrato primigenio —en tanto se produjo la ruptura de la pareja cuando restaba saldo pendiente y el domicilio familiar había quedado atribuido al demandado—, requirió la devolución de todos los importes que había pagado como mitad de la cuota hipotecaria.

El demandado se opuso a la demanda y alegó que el documento de 5 de marzo de 2014 debía ser declarado nulo, por cuanto que en él se regulaban pactos en previsión de ruptura, sin atenerse a los requisitos establecidos por el art. 231.20, CCC, aplicable también a las uniones estables de pareja (art. 234-5, CCC), es decir, constar en escritura pública, por lo que no era válido. También adujo que la reclamante había utilizado dinero de cuentas conjuntas y que no le correspondía suma alguna.

La sentencia admite la demanda, confiere validez al convenio, pues se señala que el citado documento integra un contrato privado entre las partes, donde no se refieren ni a pareja ni a convivientes, sino que actúan como contratantes, con la finalidad expresa de regular un supuesto concreto originado porque la titularidad de los inmuebles es exclusiva del demandado, comprometiéndose con ese contrato al pago de esas cuotas; no se regulan los efectos patrimoniales de la ruptura de pareja, sino solo el pago de un préstamo hipotecario por dos partes. Se niega la procedencia de la compensación solicitada por el demandado, porque en la cuenta bancaria hay transferencias e ingresos de los dos, siendo insuficientes los extractos bancarios aportados para determinar el origen de los ingresos de la cuenta, al no haber un histórico, fecha inicial de constitución, etc. Y se niega también la existencia de pluspetición.

Ante la apelación del demandado, la Audiencia comparte el criterio aplicado en la decisión recurrida de considerarlo un contrato privado entre ambas partes que trasunta la voluntad de "*regular los derechos y obligaciones dimanantes del pago de la mitad de la cuota hipotecaria de las fincas*" propiedad del demandado, y por tanto no es exigible la forma de escritura pública.

Se asevera que no se trata, entonces, de pactos en previsión de una ruptura. Para eso, ponderan que se anotó que "*Dña. Carmela hará efectivo entre los días 1 y 10 de cada mes en la cuenta corriente abierta en Banco de Santander afecta al pago de la hipoteca, el 50% del importe de la cuota hipotecaria que se esté devengando en cada momento y hasta el total pago del*

préstamo hipotecario en el plazo de su vencimiento", a la par que también se previó que "... el pago de ese 50% dará derecho a Dña. Carmela a exigir, una vez cancelada la hipoteca a su vencimiento, la cesión a su favor de la participación de un 33,5% de cuota de participación indivisa sobre cada uno de los inmuebles descritos (...) atendiendo al importe satisfecho exclusivamente por D. Remigio hasta la fecha, y el importe pendiente de amortización que será sufragado de forma conjunta por ambos". También se contempla que los litigantes pactaron qué ocurriría en caso de ruptura de la pareja, en relación con la vivienda, pero también con la plaza de parking, e incluso considerando la posibilidad del cese antes o después de cancelada la hipoteca, siendo la pretensión de la actora audible por estar expresamente contemplada en el convenio firmado por ambos.

En este supuesto, en que ambos convivientes firmaron varios acuerdos (en número de cuatro), el tribunal interpreta la voluntad contractual, confirmando que lo hicieron para *"regular los derechos y obligaciones dimanantes del pago de la mitad de la cuota hipotecaria de las fincas"*, incluido el propio pago, y que en el contrato de 5 de marzo de 2014 no se regulan en su conjunto los efectos de la extinción de la pareja estable, por ello se consideró abstracto el tratamiento de la cuestión de si los pactos en previsión de ruptura deben constar o no en escritura pública (art. 234-5 CCC: *"En previsión del cese de la convivencia, los convivientes pueden pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable. A estos pactos se les aplica el art. 231-20"*).

En cuanto al retiro de fondos y la alegada renuncia tácita a reclamar el resto de lo abonado por la actora como pago de la mitad de la cuota hipotecaria, invocando el demandado la falta de reclamación en la demanda de guarda y custodia, también confirman la sentencia de grado. Así se decide luego de analizarse el movimiento de las cuentas conjuntas y personales de las partes. En relación con las cuentas de titularidad indistinta, la STS, sala 1ª, de 15 de febrero de 2013, señala lo siguiente: *"Es doctrina reiterada de esta sala que la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el banco que las retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de uno de ellos,*

por el solo hecho de figurar como titular indistinta, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquel, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que la puedan retirar. Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa prima facie, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí solo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta (SSTS 31 de octubre de 1996, 23 de mayo de 1992, 15 de julio y 15 de diciembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 7 de junio de 1996, 29 de mayo 2000, 14 de marzo y 12 de noviembre 2003)".

Concluyen que los fondos no eran de la exclusiva titularidad del apelante. Desestiman como correlato la pluspetición por ser el importe de condena cercano a los abonados por la vencedora.

IV. Disolución de la UC: Hijos, vivienda, compensación

La Audiencia Provincial de Barcelona (APB), el 31/10/2019, dicta la sentencia que lleva el nro. 647/2019, entendiendo en la apelación interpuesta por una mujer contra la sentencia de fecha 28/09/2018, mediante la cual se atribuye la patria potestad de Abelardo, hijo común de las partes, nacido en el año 2005, a ambos progenitores, fijándose alimentos, pero deja sin resolver asuntos vinculados con la atribución de la vivienda, reclamos sobre bienes e incluso una compensación económica.

La sentencia de la primera instancia, en lo que a la atribución de la responsabilidad parental se refiere, aclara que ese ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia

resolverá el juzgado. A título indicativo, se incluyen: a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales. b) Elección inicial o cambio de centro escolar. c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias. d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones). e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológico.

Dispone el ejercicio cotidiano de la guarda y custodia —en nuestro derecho, el cuidado— del hijo de modo compartido a ambos progenitores, con alternancia semanal y un minucioso régimen para los periodos vacacionales, alternando entre padre y madre y año a año. Se distribuyen también en mitades los gastos de manutención cuando el hijo esté con cada progenitor. Sin embargo, y *"dada la diferencia salarial y patrimonial entre ambos, a fin de garantizar que la guarda y custodia se desarrolle en condiciones idóneas, se dispone que "... el Sr José María satisfará a la Sra. Marina una pensión de alimentos para el menor de 300 euros mensuales, la cual se revalorizará cada 1 de enero conforme a IPC nacional y se pagará en la cuenta corriente que designe la demandante en los primeros cinco días del mes"*. En cuanto al resto de los gastos ordinarios del hijo, los mismos serán satisfechos en un 75% por el padre y en un 25% por la madre (gastos escolares, actividades extraescolares que se vengán realizando, excursiones impuestas por el colegio, comedor escolar, mutual médica, etc.), manteniéndose esa proporción para los extraordinarios.

No se atribuye el uso de la vivienda familiar a ninguna de las partes ni la disolución de un condominio.

La progenitora impugna el pronunciamiento del sistema de guarda, lo relativo al uso de la vivienda, la falta de atribución de un vehículo a su favor, la no fijación de una compensación económica por trabajo y la falta de concreción respecto de la disolución del condominio donde se asienta una finca.

Al resolver, la APB señala que la realidad cotidiana daba cuenta de la cohabitación de los adultos, pero no existía acuerdo acerca de quién se encargaba de la logística cotidiana del hijo. Resaltan que el joven manifestó en el proceso su deseo de poder estar por igual con ambos progenitores. Advierten acerca de una escalada conflictiva de sostenerse ese sistema de convivencia. Por esos motivos, se insta a ambos progenitores a que *"flexibilicen al máximo sus posturas sobre el sistema de estancias de Abelardo con una y con otro, ponderando que tanto padre como madre han de poder desempeñarse en todos los ámbitos de la vida (personal, familiar, lúdico, profesional), sin que deba recaer en uno solo las tareas de organización familiar y cuidado del hijo, como forma de igualdad de hombres y las mujeres"*.

En primer lugar, señala el fallo que una guarda por semanas alternas, como fue el sistema establecido en la sentencia, no se considera el más adecuado al caso, dado que ambos progenitores trabajan, la madre con horario partido de mañana y tarde y el padre sin horario especificado. Además, se analiza que alguno de los dos progenitores deberá quedarse en el uso de la vivienda familiar y el otro marchar de dicho predio, lo que necesariamente comportará para el hijo adaptarse a otro espacio vital; en consecuencia, se estima que resultaría más gravoso para el hijo, que ya es un adolescente, pasar semanas enteras en un espacio hasta ahora desconocido. Con ese razonamiento, se dispone: *"que la guarda se desarrolle permaneciendo con el padre los lunes y martes, hasta el miércoles a la entrada del centro escolar, y con la madre los miércoles y los jueves, hasta los viernes a la entrada del centro escolar y los fines de semana, de viernes a lunes a la entrada del centro escolar, se alternen entre el padre y la madre"*. Se mantiene incólume el régimen vacacional fijado.

En cuanto al uso de la vivienda familiar, que no se atribuyó a ninguno de los progenitores, dado que se estableció la guarda compartida del hijo común y no se consideró que la señora tuviera una situación de mayor necesidad, en la revisión del fallo se valoró: que fue adquirida por el señor; que existe un gravamen hipotecario; los ingresos acreditados del varón, que incluso se desprendió de una

franquicia por una suma elevada, y, además, es titular de otros bienes, mientras que la mujer trabajaba en la empresa del Sr. y a raíz de la separación tuvo que cesar, percibiendo un salario sensiblemente menor. Con ese piso de marcha, concluyen que la situación más necesitada es la de la Sra. Marina. Señalan que la liquidez del señor es mucho mayor, no obstante tener que soportar la carga hipotecaria, y concluyen que la necesidad de vivienda para el hijo, mientras esté en compañía de su madre, puede ser compensada mediante un incremento de la contribución alimenticia.

Así, si bien el uso de la vivienda no le es atribuido a la apelante, se incrementa la contribución alimentaria a más del doble para permitir con ello la posibilidad de sufragar un alquiler. Se confiere un plazo para que la progenitora deje la vivienda —de 30 días—, llevándose consigo todos sus bienes personales y los que corresponda del hijo para el ejercicio de la guarda mientras lo tenga consigo.

Con relación al uso del automotor, la sentencia de la AP recuerda que el Código Civil de Catalunya no establece para las parejas no casadas, ni para los matrimonios, que al tiempo de su extinción deba atribuirse el uso de otros bienes distintos de la vivienda familiar y su ajuar y ello para cubrir una necesidad alimenticia de los hijos o de la expareja. Como la norma no lo contempla, pero, además, porque el uso o atribución a la apelante era consecuencia de la prestación de servicios para la empresa del apelado, se rechaza esa pretensión.

En relación con la compensación económica solicitada, se consideró: que la pareja inició su convivencia en 2001, si bien desde 1996 salían juntos; que en esa época ella estudiaba en la universidad y el señor trabajaba para una empresa en la que cesó, capitalizándose con el subsidio de desempleo con el que creó una sociedad en la que al año comenzó ella a trabajar; que ya en ese entonces era propietario, junto con su padre, de una vivienda que vendió y el precio que percibió lo reinvirtió en la vivienda que compró en 1998 y escrituró en

2001. Que él también adquirió un local donde estaba situado su negocio de mensajería, los ingresos por los respectivos trabajos mientras convivían y luego de cesado el proyecto de vida en común, las deudas y la capacitación de la mujer.

Durante la convivencia de ambos, la pareja adquirió en condominio una casa que gravaron con una hipoteca, de la que queda pendiente de amortizar una suma y donde funciona un negocio de turismo rural que explotan a través de una sociedad, cuyas participaciones les pertenecen también al 50%.

El art. 234.9 del Código Civil de Catalunya establece que, si un conviviente ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro o ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación, siempre y cuando en el momento del cese de la convivencia el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior.

Se analiza que, en este caso, el hecho de que la mujer tuviera poderes de la empresa para desarrollar determinadas tareas se debía a una razón de confianza, pero ello no supone que ella asumiera el riesgo empresarial, ni que desempeñara otras tareas más que las propias de gestión por las que se le retribuía. Se pondera que fue el señor quien realizó la inversión con bienes propios y que ella adquirió en condominio la vivienda y el establecimiento rural, concluyéndose que no procede la compensación económica solicitada.

V. Convenios entre miembros de la unión convivencial

La Audiencia Provincial de Girona, el 21/10/2019, con motivo de resolver un recurso de apelación contra la sentencia por la cual se había condenado a la mujer al pago de la suma de 34.453,27 euros e intereses, a la par que se había desestimado la reconvenición de ella, se expide sobre la validez de los convenios realizados entre convivientes.

Los litigantes mantuvieron una relación estable de pareja durante unos diez años; el 15 de abril de 2009 firmaron en sede notarial un convenio regulador de unión de hecho con fundamento en la LLei 10/1998 en el que, entre otros extremos, acordaron un pacto de devolución de las sumas pagadas en concepto de mitad de préstamo hipotecario dirigido a reformar la vivienda familiar propiedad de la mujer; mediante sentencia dictada el 23 noviembre 2017 se confiere validez al pacto.

Al momento de entender en el recurso, la Audiencia de Girona señala que *"... la cuestión nuclear a resolver consiste en determinar si el demandante tiene acción o no frente a la demanda para recuperar la mitad de lo pagado en concepto de amortización de un préstamo con garantía hipotecaria dirigido a reformar la vivienda que constituyó domicilio familiar y que era de propiedad exclusiva de la demandada"*.

En el convenio que habían firmado dejaron constancia, en el aspecto vinculado a las relaciones patrimoniales, que el domicilio familiar era de propiedad exclusiva de la mujer. No obstante, manifestaron que serían titulares solidarios de un préstamo hipotecario sobre la mencionada finca, pactando que, en el supuesto del cese de la convivencia, la señora o sus herederos satisfarían al señor la mitad de lo pagado hasta el momento del cese, otorgando la correspondiente carta de pago. La demandada reconoció que el préstamo estuvo destinado a reformar la vivienda que le habían donado sus padres y que, finalmente, fue cancelado por ella.

Al momento de expedirse, la AP señaló que *"Lo acordado por los litigantes participa de la naturaleza de un pacto prematrimonial en previsión de ruptura"*, y ante la falta de impugnación de la mujer, le confirió plena validez, por haber sido estipulado desde el principio de libertad de pacto y no apreciándose vicios en el consentimiento. En definitiva, se dijo: *"Dicho de otra forma, los litigantes acordaron un pacto de futuro con una finalidad claramente económica para el supuesto de ruptura. El art. 234.3, CCCat., determina que las relaciones de pareja estable se rigen por los pactos de los convivientes por mientras dure la convivencia. Este tipo de pacto, emitido desde la libertad de negociación (art. 1255,*

CCiv.), se halla expresamente regulado en Cataluña en el art. 231-20, CCCat. y el ahora analizado, cumple escrupulosamente con los requisitos exigidos en este último precepto".

La circunstancia invocada por la mujer de haber tenido que acceder a un crédito para solventar el reclamo de su ex pareja no puede ser considerada suficiente para enervar las consecuencias de un pacto suscripto en ejercicio de la plena libertad de los miembros de la unión convivencial para regular sus relaciones patrimoniales cuando, como aquí se puso en evidencia, no aparece ni se invocó vicio de consentimiento ni vulneración de orden público, ni tan siquiera enriquecimiento sin causa, porque, en definitiva, las mejoras introducidas quedaron en propiedad de la condenada. Se desestima, así, el recurso.

En esta ocasión se intentó realizar un muestrario de la jurisprudencia española relacionado con aspectos derivados de la ruptura de las uniones convivenciales, señalando la importancia de la formulación clara de los pactos previos, especialmente en lo que atañe a cuestiones patrimoniales, a la par que nos parece relevante señalar la formulación de los fallos con lenguaje claro, muy especialmente cuanto se trata de aspectos personales vinculados con las relaciones derivadas de la responsabilidad parental.

Referencias Bibliográficas

(1) STS 3604/2019, Tribunal Supremo, sala de lo Social, Madrid, 22/10/2019.

(2) Al respecto el TC ha reiterado en múltiples ocasiones que no son "*incompatibles con el art. 39.1, CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales*" (SSTC 184/1990; 31/1991 y 29/1992, entre otras) y que "*siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica*" (SSTC 184/1990 y 66/1994).

(3) Se invoca como sentencia de contraste la dictada por la sala de lo Social del TSJ de Madrid, el 10 de septiembre de 2013, R. 533/2913, y se citan como normas infringidas los arts. 215.1.1a) y 2º de la LGSS y arts. 142 y 143 del Cód. Civil.

(4) Tribunal Supremo, sala de lo Social, 15/10/2019, sent. nro. 710/2019.

(5) El fallo expresa que *"... la unidad familiar se entiende constituida con determinados miembros, entre los que no figura la pareja de hecho u otra unión o relación de afectividad semejante a la conyugal por lo que no es posible integrarla con estas otras formas de relación afectiva por mucho que puede resultar llamativo que el cónyuge integre la unidad de convivencia y se computen sus ingresos y no así los de quienes son pareja de hecho del solicitante cuando, en uno y otro caso, la unidad no deja de tener la condición de familiar y de convivencia..."*.

(6) Tribunal Supremo, sala de lo Civil, Madrid, 25/09/2019.

Jurisprudencia española. Adultos mayores

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 95, 190

Cita Online: LALEY AR/DOC/1839/2020

[Consultado el: 04/06/2021]

(*)

Sumario: I. El envejecimiento de la población y los derechos fundamentales.— II. Algunas cuestiones sobre el cuidado residencial de adultos mayores.— III. Adultos mayores con deterioros cognitivos. Internamiento en residencias de cuidado. Control de internación. Afectación de derechos.— IV. Indignidad y desheredación por abandono a los adultos mayores.— V. Régimen comunicacional entre abuelos y nietos: procedencia.— VI. A modo de cierre.

I. El envejecimiento de la población y los derechos fundamentales

Según la Exposición de Motivos de la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que regula el conjunto de servicios y prestaciones destinados a la promoción de la autonomía personal, así como a la protección y atención a las personas, a través de servicios públicos y privados concertados, en España, más del 32% de las personas mayores de 65 años presentan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población.

El Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento (Madrid, 2002) subrayó que, en todo el mundo, "*los problemas de salud mental se cuentan entre las causas principales de discapacidad y de reducción de la*

calidad de vida", lo que no equivale a sostener que esas dificultades vayan anudadas indefectiblemente al envejecimiento. A la necesidad de contar con algún tipo de sostén o apoyo por deterioros derivados de la senectud debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas e incluso —aunque tal vez en menor medida— por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.

El problema de los adultos mayores resulta atravesado, entonces, por distintas aristas, y a la realidad que enfrentan en lo que concierne a situaciones individuales signadas por la aparición de patologías físicas, dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades, con frecuencia se suman episodios como las pérdidas o desorientación en el espacio público, abandono o maltrato, ausencia o desaparición de la red de apoyo familiar. Y en el particular momento en que estas líneas son escritas, la población mundial que concita la atención jurídica en esta edición se ve azotada en mayor y peor medida por la pandemia (1) provocada por el COVID-19, colocando a este colectivo social en un sitio de mayor vulnerabilidad, si es que eso fuese posible.

Sean cuales sean los motivos por los que las familias deciden el alojamiento institucional de sus mayores en hogares convivenciales, residencias geriátricas u otra denominación, les limitan su autonomía o no les reconocen sus posibilidades, lo cierto es que quienes transitan el tiempo de la vejez siguen —en espejo al otro extremo de la vida, el de la infancia— titularizando todos y cada uno de los derechos fundamentales. En definitiva, por presencia o ausencia, siempre las relaciones familiares tienen incidencia en el devenir jurídico, que de ellas se nutre, de modo que en esta ocasión nos pareció oportuno escoger fallos relacionados con los efectos de tales relaciones,

tomando como punto de análisis los derechos de los adultos mayores y los deberes de su entorno familiar y del propio Estado.

II. Algunas cuestiones sobre el cuidado residencial de adultos mayores

La recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa —CM/Rec (2014) 2— de 19 de febrero, sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores contiene un apartado concreto sobre el cuidado residencial e institucional de esa población, en el que expresa: "*Las personas mayores, en principio, solo deberían ser internadas para atención residencial, institucional o en establecimiento psiquiátrico con su consentimiento libre e informado. Cualquier excepción a este principio tiene que cumplir los requerimientos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular el derecho a la libertad y seguridad (art. 5º)*".

Ahora bien, el deterioro progresivo de algunas personas de edad avanzada puede importar que, al ingreso o durante la permanencia en la institución, los y las residentes de establecimientos de internación de gerontes presenten serio deterioro en su capacidad de decidir, supuestos que exigen la adopción de medidas en protección de sus derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 182/2015, expresó que "*en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio*", es precisamente "*cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1, LEC (2), para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial*".

La Ley de Enjuiciamiento Civil (equivalente a nuestros Códigos de Procedimiento) dispone en el art. 763 los diferentes recaudos que debe seguir la internación de una persona con padecimientos psíquicos y determina que, salvo urgencia, la falta de

consentimiento de la persona afectada debe ser suplida por autorización judicial de internamiento, previa a que se efective.

A partir de la sentencia 141/2012, de 2 de julio, el Tribunal Constitucional analiza las garantías procesales del internamiento urgente, distinguiendo una fase extrajudicial y otra judicial. Resoluciones posteriores profundizaron en esta materia (así, sentencias 182/2015, de 7 de septiembre; 22/2016, de 15 de febrero; 50/2016, de 14 de marzo y 132/2016 de 18 de julio).

Sin embargo, persisten diferencias de criterio de aplicación de las normas entre las audiencias provinciales, sumado a que algunas comunidades autónomas regularon la necesidad de autorización judicial y que la ley 39/2006, en su art. 4º, definió los derechos de las personas en situación de dependencia y, entre ellos, el nro. 2º afirmó los de "*decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial*" (apart. g) y "*ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio*" (apart. h).

En este marco introductorio, conviene recordar que, entre los supuestos que pueden darse, está la posible permanencia residencial voluntaria, que claramente nos coloca frente a un caso no sometido a comunicación ni a control judicial alguno. "*El hecho de ingresar o de permanecer ingresado en un centro o residencia no requiere ni comunicación del art. 225-2,2, ni la autorización judicial, en tanto en cuanto el interno es consciente y dueño de sus actos. No existirá siquiera una guarda de hecho, aunque el anciano esté acompañado de familiares en ese proceso*" (3).

Tampoco cabría presumir conflicto cuando se trate de personas con capacidades intelectivas, cognitivas y volitivas que, aunque disminuidas, estén suficientemente conservadas como para decidir, aceptar o tolerar tal ingreso o permanencia residencial. En tal sentido, cabe recordar que la manifestación de voluntad no está necesariamente sometida a requisitos ineludibles de tipo formal y que el principio general en la materia indica que la capacidad de ejercicio se presume. Se dijo en el mismo fallo que "*... la permanencia residencial en*

el caso de personas en las que se da una posible causa de modificación judicial de la capacidad de obrar y no hay sentencia de incapacitación, ni nombramiento de tutor o curador, pero sí familiar o guardador de hecho que ejerce correctamente sus funciones. El guardador está autorizado por el Código Civil catalán a actuar en interés del afectado, lo que evita tener que poner en marcha mecanismos de control judicial y exime de la comunicación a que se refiere el art. 225-2.2 CCCat. El juicio de valor sobre el alcance de la afectación psíquica corresponde, inicialmente, a los interesados (familiares, directores de residencias, facultativos y en general a cualquier persona que mantenga relación con el anciano, incluidos los Servicios Sociales y la Administración). En este contexto, no es preciso 'autorizar la continuación del ingreso', al no existir inconveniente legal a la permanencia en la residencia para la correcta atención de la persona afectada".

Vamos qué dicen en España las últimas resoluciones en la materia, alertando que deberá distinguirse entre padecimientos mentales que conlleven una internación involuntaria de aquellos deterioros cognitivos donde sea necesaria una inserción en residencia de cuidado, y a su vez considerar si existe o no posibilidad de que el adulto mayor consienta o su apoyo lo haga.

III. Adultos mayores con deterioros cognitivos. Internamiento en residencias de cuidado. Control de internación. Afectación de derechos (4)

El día 4 de junio de 2018, el Ministerio Fiscal (5) presentó solicitud de internamiento no voluntario de una anciana de 90 años de edad, afectada, entre otras dolencias no psiquiátricas, de enfermedad de Alzheimer. Citó dos sentencias (SSTC 13/2016 y 34/2016) y entendió que la residencia es "centro" a los efectos del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento y que el caso consistía en un ingreso no voluntario que debía ser autorizado judicialmente. Citó el art. 212-4 CCCat. (6).

En fecha 17 de octubre de 2018, la jueza consideró que el internamiento autorizado por la guardadora de hecho —la residencia geriátrica— es suficiente para la protección de la persona. Indicó que,

en su caso, debía seguirse un proceso de incapacitación si se interesa un régimen de protección más estricto y denegó el procedimiento. Recurre el fallo el Ministerio Fiscal, argumentando que el procedimiento de internamiento involuntario es suficientemente garantista, en tanto es contradictorio y que por ello no es preciso remitir al proceso de incapacitación. Añade que la ley no concede al guardador de hecho la facultad de decidir el ingreso involuntario supliendo la voluntad de la afectada (tampoco lo puede hacer el tutor, ni el curador). Invoca el Convenio de Nueva York, refiere que el nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad supera el de un paternalismo trasnochado e invoca la dignidad de la persona con discapacidad y la tutela de sus derechos fundamentales, con respeto de su voluntad, deseos y anhelos. También cita la circular 2/2017 de la Fiscalía General del Estado (7) y otras normas del Código de Cataluña sobre ingreso psiquiátrico en centro cerrado. Invoca las sentencias del Tribunal Constitucional 13/2018, 34/2016 y 132/2016, sobre supuestos de personas con demencia senil, y los arts. 158 y 216 del Cód. Civil. Da cuenta de la jurisprudencia del TEDH y de la recomendación 99/4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y un Informe del Comité Europeo de Prevención de la Tortura y Trato Inhumano y Degradante a Bulgaria. Concluye con una invocación al derecho a la libertad y predica que la medida de protección se puede tomar en sede del art. 763, LEC, aunque acaba por pedir que se autorice judicialmente el internamiento al amparo de los arts. 762, LEC; 216, 303, 304 y 158, Cód. Civil; 221-5, CCCat., y 52.2, LJV.

La Audiencia fija en primer término los fundamentos de derecho, y puntualmente en lo relativo al procedimiento señala su postura en el sentido de que el contexto asistencial de la permanencia residencial de las personas mayores (8) se interpreta conforme los principios de flexibilidad y de mínima intervención, y la configuración de la guarda de hecho —en Cataluña— como una institución de carácter estable (arts. 225-1 a 225-5 CCCat.), suficientemente protectora y con un alcance diverso y más amplio que en el Código Civil. Y así establece el tribunal que "... *si hay un familiar guardador de*

hecho, este puede proveer a las necesidades de la persona afectada, acordando incluso el ingreso en una residencia, en tanto no conste oposición del anciano. En este trance, no se afecta el derecho a la libertad personal".

Recuerdan los magistrados que, a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente "o de la que hubiera de estarlo", y de su actuación en relación con ellos. Por tanto, para dar curso al procedimiento es preciso: "a) la existencia de un guardador de hecho que no ejerza sus funciones o cuando las haya asumido el titular del establecimiento residencial; b) la noticia o conocimiento de esa situación por parte del juez de ese hecho (ese es el alcance que confieren a la comunicación del art. 225-2.2, CCCat.); y c) que haya instancia de parte en demanda de información".

En lo relativo a la legitimación, se rememoró que una interpretación integradora permite a la judicatura de Cataluña aplicar el art. 52.1, LJV (9), cuando no haya guarda de hecho (de un familiar) o no se ejerza (asumiendo la residencia estas funciones), o la situación venga derivada de la pasividad del tutor (presupuesto sustantivo de este procedimiento en el resto de España). En esos supuestos, se considera el interés legítimo del representante de la residencia en cumplir una obligación (en el intento de salvar su responsabilidad) y en evitar un perjuicio (cfr. art. 222-14.1, CCCat.) y aun a falta de un pedido concreto, consistente en notificar la situación. "El comunicante no actúa en interés del presunto incapaz, sino en interés propio y lo que insta es que se tenga por cumplida la obligación legal de notificar", señalaron.

Sostienen que "el expediente para la adopción de medidas cautelares del art. 52.2, LJV, o del art. 762, LEC (es el) adecuado cuando se pretenda adoptar medidas que exceden de la mera prevención, de la petición de información, y con la total amplitud de medidas que prevé el art. 221-5 CCCat., incluso de oficio".

Luego de recordar sobre cuáles mecanismos resultan razonables y no afectan los derechos fundamentales de la persona: *"la deambulación limitada (sin coacción) o la utilización de pulseras localizadoras (en beneficio del anciano desorientado o demente, sin conciencia de los riesgos de salir del centro) no suponen necesariamente una privación de libertad o de derechos. Situaciones de privación física como el encerramiento, la aplicación de mecanismos de contención física o farmacológica, o el aislamiento, sí podrían ser merecedoras de autorización y control judicial, pero no es esto lo que insta el Ministerio Fiscal"*, retoman anteriores indicaciones sobre la actuación jurisdiccional: *"si el juez aprecia que pueden ser precisas medidas de control, seguimiento, vigilancia o adoptar medidas cautelares y, especialmente, si entre las medidas a adoptar está alguna que pueda comportar la limitación de la libertad del afectado, deberá hacerlo con citación de los interesados y tras la práctica de las diligencias que considere adecuadas (arts. 52.2, LJV, y 762, LEC), que no son necesariamente las de los arts. 759 y 763.3, LEC. Cualquier duda sobre el sentido y alcance de la voluntad debe llevar a considerar que no hay consentimiento y actuar en consecuencia"*.

Se clarifica en la sentencia que, una vez autorizado y regularizado el ingreso o admitida cualquier otra medida afectante a la libertad, *"... los sucesivos informes del centro, dada una previsión de permanencia, no serán exigibles necesariamente a los seis meses (no es aplicable el art. 212-5.4)"*. Expresamente se dispone que en estos supuestos el seguimiento y control no está sometido a plazo legal alguno de eficacia, ni de revisión, aunque debe establecerse alguno con criterios razonables. Se señala que *"Podría ajustarse a periodos de revisión propios de la rendición de cuentas e informe sobre la situación personal (de uno y hasta tres años, arts. 222-31 y 222-32 CCCat.), o establecerse acorde con los de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (entre 2 y 5 años)"*.

En definitiva, en Cataluña, y en lo que respecta al procedimiento a seguir para supuestos de ancianos con deterioros cognitivos (10), se reitera la doctrina judicial derivada de la resolución de la sala en fecha 12/06/2018, nro. de recurso: 1061/2017, resolución: 380/2018, en el sentido fijado: *"... el art. 225-2,2, CCCat., tiene por finalidad que el titular del establecimiento residencial ponga en*

conocimiento del juez o fiscal que, concurriendo una causa de incapacitación, el guardador de hecho no ejerce debidamente sus funciones y que el centro las está asumiendo (solo en estos casos es obligado comunicarlo al juzgado). Recibida la comunicación, el juez debe valorar ab initio si concurre causa para actuar (en otro caso puede archivar la comunicación), si ha de adoptar alguna prevención o petición de información (art. 52.1, LJV), o si es precisa alguna medida de control o de vigilancia o pueden ser necesarias medidas cautelares, de carácter personal o patrimonial (arts. 52.2, LJV; 762, LEC, y 221-5, CCCat.) para adoptar medidas cautelares (en concreto, la "autorización de continuación del ingreso") se requiere audiencia de parte, celebración de vista y práctica de las pruebas oportunas (no, necesariamente, las de los arts. 763.3 o 759, LEC,) y que es posible adoptar alguna medida cautelar inaudita parte atendiendo a razones de urgencia o a no comprometer el buen fin de la medida".

Respecto de la conculcación de la dignidad y de los derechos fundamentales invocados por el apelante como agravios, se rechazan *"las referencias de la recurrente al paternalismo y las alegaciones genéricas referidas a infracción de derechos fundamentales (sin perjuicio de lo que diremos sobre la libertad). Las primeras son a-jurídicas, pues lo esencial no es analizar si perdura un modelo paternalista o se ha impuesto otro de apoyos que respete la voluntad y la libertad de la persona afectada, sino si el ordenamiento jurídico debe actuar o no, a través de la autoridad judicial, en el trámite de ingreso y para un "control" de la permanencia en centro geriátrico. Con uno u otro modelo (estamos en una época de transición) lo que hemos de resolver es si el juez debe actuar o no, cuándo y en qué sentido".*

Puntualmente, y en lo que ahora interesa, expresan: *"En cuanto a la dignidad y la tutela de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, estas no vienen afectadas por el hecho de constatar que su ingreso residencial se ha producido sin intervención judicial si, como hemos venido sosteniendo, tal dignidad y derechos (en el hecho del ingreso) se respetan y si no aparece de lo actuado, a priori, que se produzca afectación durante la permanencia en el centro".*

Este fallo, en concreto, y respecto del ingreso de adultos mayores a centros de residencia cuando no existan personas que

ejerzan como guardadores y no puedan prestar el consentimiento fija esta posición: *"El solo hecho de ingresar y de permanecer no afecta a la dignidad, ni supone infracción de derechos fundamentales (cumplidamente, el de la libertad), sin perjuicio, y en ello debemos hacer hincapié, de los controles de la Administración y de que cualquier actuación que pueda afectarlos está sometido al control de los tribunales"*. Debe notarse que la Audiencia hace referencia al *ingreso* y la *permanencia*, los que considera solventados con el control estatal, pero rechaza que deban ser sometidos a autorización judicial previa ni controles intensos, rechazando que el enfoque del caso deba realizarse desde la perspectiva de la prevención de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, señalando que ningún indicio indica que ello pueda suceder en el caso de la anciana.

Un punto especial de la sentencia se ocupa de la limitación de la libertad, especificando en primer lugar que *"... por el cauce del art. 762, LEC (11): 52.2, LJV, y 221-5, CCCat., los arts. 158 y 216, Cód. Civil no son directamente aplicables en Cataluña, aunque tienen similar alcance) se pueden establecer medidas de control judicial relacionadas con la libertad del afectado si, tras el ingreso, se aprecia alguna infracción"*. Sin embargo, señalan que el Ministerio Fiscal, al predicar una afectación del derecho a la libertad con carácter general, para todo ingreso y en su fase inicial, y al residenciarlo en el art. 763, LEC, desenfoca la cuestión.

En el fallo que motiva este primer abordaje se remiten al auto de 26 de septiembre de 2017, donde, con estudio inicial de la jurisprudencia histórica de la Audiencia Provincial de Barcelona, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (12) y del Tribunal Constitucional, se concluyó que, en estos casos, no estaba comprometido el derecho a la libertad personal, ni desde la perspectiva del art. 5º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni desde la perspectiva del art. 17 de la CN. En esa ocasión se sostuvo que *"respecto a los ingresos de personas mayores en residencias geriátricas que están afectas de disminución de facultades cognitivas o volitivas, es posible un amplio abanico de posibilidades en los ordenamientos europeos para controlar el ingreso no psiquiátrico (Bélgica, Dinamarca, Hungría, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Mónaco y el Reino Unido aceptan la autorización de ingreso por*

parte de familiares o director del centro y es el caso del derecho catalán); Alemania, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Letonia, Polonia, Suiza y Turquía permiten el acceso directo del afectado a la justicia (que también permite nuestro ordenamiento). Lo esencial es que sea posible un control administrativo o judicial, no que siempre deba existir autorización judicial inicial. La falta de configuración del consentimiento equivale al ingreso contra la voluntad del afectado, pero hay que estar a las garantías del sistema en su conjunto, en tanto asegure el control". Y concluyeron que "las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto al respeto a la libertad, quedan cubiertas si, afectada la libertad (por no quedar esta manifestada —'no haber consentido válidamente el ingreso'— o por constar oposición expresa al ingreso o permanencia), existe la posibilidad de un recurso ante un tribunal para impugnar la legalidad del internamiento, aunque no haya control judicial inicial. No es exigible como regla un proceso judicial de legalización de la permanencia residencial en todos los casos. No es requerido, desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH, un control previo, ni urgente, sino la posibilidad de revisión ante una autoridad administrativa o judicial. Debe entenderse, así, que es suficiente que la persona mayor así afectada, ingresada por un período ilimitado o prolongado, tenga derecho de interponer a intervalos razonables —al menos en ausencia de control judicial periódico y automático— un recurso ante un tribunal para impugnar la legalidad de su internamiento, haya sido este prescrito por una jurisdicción civil o penal o por otra autoridad".

La sentencia que concitó nuestra atención se avoca al estudio de la nueva jurisprudencia que incorpora el Ministerio Fiscal, puntualmente sentencias del TEDH. En ese sentido, señala: *"Son casos referidos a enfermedades psiquiátricas que pueden evolucionar a sanación (demencia alcohólica, esquizofrenia, desorden mental), a dolencias que pueden ir a mejor, y no de enfermedades neurodegenerativas irreversibles como la demencia senil o el Alzheimer. Son todos ellos casos en los que los interesados reclamaban estar en libertad, salir de centros psiquiátricos o de hogares de salud. Ninguno de ellos se refiere al contexto asistencial de la permanencia residencial de las personas mayores, a su necesidad y a la posibilidad de que requiera medidas de control de la deambulación (limitada, sin coacción), como el control de puertas o la utilización de pulseras localizadoras (en beneficio del anciano desorientado o demente, sin conciencia de los riesgos de salir del centro). En el único caso que trató la Corte*

sobre esta problemática (*H. M. vs. Suiza*) denegó que se hubiera afectado el derecho a la libertad".

Luego de hacer un recuento de los fallos citados y determinar que no se ajustan a la problemática tratada, concluyen en que de esa jurisprudencia se extrae que "*En España el legislador no se ha pronunciado por asimilar el supuesto de ingreso geriátrico al de internamiento no voluntario y, si hubiera afectación de la libertad, ya en el ingreso, ya en la estancia, ya en actuaciones concretas del personal cuidador, existen y persisten mecanismos de control judicial (cualquier persona legitimada puede instar la intervención judicial en el ámbito que proceda)*", y en el caso concreto de la adulta mayor afectada por deterioro cognitivo, no solo no consta su negativa, sino que el propio recurso del Ministerio Público al interponer la demanda muestra que el control es posible (aunque no proponga demanda de información específica —ex art. 52.1, LJV—, ni medidas cautelares —ex art. 52.2, LJV, o del art. 762, LEC—).

Respecto a la doctrina del Tribunal Constitucional invocada por el apelante, con análisis de las sentencias 13/2016, 34/2016 y 132/2016, se reiteran afirmaciones de los precedentes en el sentido de que "*... el Alto Tribunal no está haciendo referencia a todo tipo de centro o residencia geriátrica como centro 'médico' a los efectos del art. 763, LEC, se refiere solo a los centros residenciales que, por su estructura y funcionamiento están en condiciones de atender con médicos especialistas en psiquiatría, a los residentes que sufran ese tipo de desórdenes. En otro caso, defiende la protección por otros medios de la persona afectada de trastorno psiquiátrico e indica preferentemente la adopción de medidas cautelares del art. 762, LEC*", rechazando la aplicación al caso de las sentencias citadas por el recurrente (STC 13/2018 y STC 3/2018) por no guardar relación.

En este contexto, reiteran la interpretación volcada en sentencias previas —mencionadas en el apartado introductorio de este trabajo— en cuanto a que, "*recibida noticia de la presencia en una residencia geriátrica de una persona que tiene disminuidas sus facultades cognitivas y volitivas por razón de la edad (en aquel supuesto era el director del centro el que comunicaba el ingreso), el juez debe valorar ab limine si concurre causa para*

actuar (en otro caso puede archivar la comunicación), si ha de adoptar alguna prevención o petición de información (art. 52.1, LJV), o si es precisa alguna medida de control o de vigilancia o pueden ser necesarias medidas cautelares, de carácter personal o patrimonial (arts. 52.2, LJV; 762, LEC, y 221-5, CCCat.)". Añaden que "para adoptar medidas cautelares (en concreto, la 'autorización de continuación del ingreso') se requería audiencia de parte, celebración de vista y práctica de las pruebas oportunas (no, necesariamente, las de los arts. 763.3 o 759, LEC) y que era y es posible adoptar alguna medida cautelar inaudita parte atendiendo a razones de urgencia o a no comprometer el buen fin de la medida. Se especificaba que estos no son internamientos no voluntarios (del art. 763, LEC) y se tipificaban diversos supuestos".

En síntesis: "(l)a permanencia residencial en el caso de personas en las que se da una posible causa de modificación judicial de la capacidad de obrar y no hay sentencia de incapacitación, ni nombramiento de tutor o curador, pero sí familiar o guardador de hecho que ejerce correctamente sus funciones. El guardador está autorizado por el Código Civil catalán a actuar en interés del afectado, lo que evita tener que poner en marcha mecanismos de control judicial y excime de la comunicación a que se refiere el art. 225-2.2, CCCat. El juicio de valor sobre el alcance de la afectación psíquica corresponde, inicialmente, a los interesados (familiares, directores de residencias, facultativos y en general a cualquier persona que mantenga relación con el anciano, incluidos los Servicios Sociales y la Administración). En este contexto no es preciso 'autorizar la continuación del ingreso', al no existir inconveniente legal a la permanencia en la residencia para la correcta atención de la persona afectada. No es obligado, ante una mera comunicación de que en la persona se da una causa de incapacidad o presenta una situación que puede motivar un proceso de modificación de capacidad, considerar que se trata de un supuesto en que el juez deba intervenir. Materializada la permanencia, quedan salvas las acciones que puedan competir a los interesados para instar el control judicial, ya sea de la libertad, ya sea para instar medidas cautelares de cualquier tipo. El ordenamiento jurídico permite la instancia del afectado, sus familiares, sus guardadores o cualquier otra persona con interés legítimo".

La posibilidad de obviar el control judicial imperativo en cuestiones referidas a la libertad y a la autonomía de la voluntad se ve

limitada por aplicación de las reglas relacionadas con el consentimiento informado de las personas en un estado físico o psíquico que no le permite recibir información o comprenderla, hacerse cargo de la situación y decidir (arts. 212-1.4 y 212-2.2, CCCat.) y en las decisiones sobre el propio cuerpo (art. 212-7, CCCat.) y la legislación sanitaria establece mecanismos para suplir la capacidad de decisión del enfermo, sin intervención judicial (cfr. art. 9º de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que regula la decisión sustitutoria de la persona designada en documento de voluntades anticipadas, asistente legal, representante legal, guardador de hecho, familiar o persona vinculada de hecho).

En Cataluña, reitera el auto, *"el guardador de hecho cuida de una persona con mayor perspectiva (que en el Código Civil): cuando se da una causa de incapacitación sin que exista sentencia judicial, cuando la persona no está sometida a tutela, o cuando, estándolo, el titular de la tutela no la ejerce efectivamente (solo en este último caso coincide con la regulación estatal). Por tanto, la guarda de hecho en Cataluña tiene carta de naturaleza propia y un alcance más amplio como institución tutelar que en el régimen común (sin que esta diferencia se haya reflejado en una legislación procesal específica). Esta regulación propia supone la defensa, en Cataluña, de la guarda de hecho como institución suficiente para proteger al presunto incapaz, en lo que implica el reconocimiento del papel que, de facto, desarrollan los familiares que estarían legalmente llamados a ejercer el cargo tutelar. Ello responde sin duda a las especiales características del ordenamiento jurídico catalán"* (y transcribíamos el Preámbulo de la Llei 25/2010, apart. III, b): *"(...) els canvis en relació amb la guarda de fet són un reflex del nou model de protecció de la persona que dissenya el llibre segon. Aquest model ha estat guiat per la idea de considerar que la incapacitació és un recurs massa dra`stic i, a vegades, poc respectuós amb la capacitat natural de la persona protegida. (...) En línia amb les directrius de la Recomanació R [99] 4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, del 28 de febrer de 1999, i amb els precedents existents en diferents ordenaments jurídics de l'entorn de Catalunya, es considera més adequat aquest model de protecció, paral·lel a la tutela o la curatela. A més, aquesta tendència és*

la mateixa que inspira la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat)".

El guardador puede proveer al cuidado de la persona anciana por delegación expresa o tácita e incluso sin contar con la voluntad de la persona afectada cuando tal voluntad, por razón de la dolencia, no se puede configurar o manifestar. No sería admisible, con base en que el anciano no se manifiesta, dejar de prestarle la ayuda que necesite, incluso con apoyo de una prestación de servicios en una residencia geriátrica.

Persiste a veces la concepción de que tal ingreso será siempre "*en contra de la voluntad*" del afectado. Sin negar la natural cadencia por la vivienda habitual, ni se puede presumir tal oposición, ni es fácil construirla cuando se ha perdido la razón, ni es razonable que personas que no tienen medios para ser atendidas en sus propias casas las 24 horas al día, no lo sean en una residencia en la que pueden estar, habitualmente mejor cuidados (sin perjuicio de los controles que procedan sobre tal permanencia). Bajo esas pautas, y no alegado o probado que concurra, en el caso, ninguna medida privativa de libertad (encerramiento, deambulación limitada, aplicación de mecanismos de contención física o farmacológica, utilización de pulseras localizadoras, aislamiento u otras), sino que su queja se centra en la supuesta necesidad del control judicial del ingreso, el recurso es rechazado.

El fallo señala que "*no hay duda de que es precisa una supervisión de la Administración sobre la atención médica y social en estos centros, e incluso de que, si hubiera cualquier indicio de exceso o de mala praxis en su cuidado, la autoridad judicial (civil e incluso penal) debe actuar, pero no podemos ni presumirlo, ni asimilar el supuesto a los que se vienen atendiendo al amparo del art. 763, LEC (sino, en su caso, como dice el Tribunal Constitucional, del art. 762). En este caso hay una guardadora de hecho y el trabajador social no aprecia situaciones o actitudes que puedan afectar al bienestar y/o integridad física, psíquica, económica o de otra índole de la Sra. Luisa y da cuenta de que sus bienes son desconocidos. La atención a la voluntad, deseos y anhelos del discapacitado no*

tiene sentido en un procedimiento como el de internamiento involuntario en el que se acuerda su privación de libertad en contra de tales eventuales manifestaciones formales de la voluntad. Por el contrario, no hay elemento alguno que nos permita suponer que la 'voluntad presunta' de la Sra. Luisa sobre su ingreso, atención y cuidado en la residencia, de la mano de sus hijos, le hubiera llevado a rechazar dicha ayuda. No estamos ante un internamiento en un establecimiento especializado de una persona por razón de trastornos psíquicos o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva (art. 212-4, CCCat.) sino ante una atención residencial en centro geriátrico de persona que, por razón de su deterioro cognitivo y volitivo, debido a la edad, no puede vivir sola y necesita cuidados permanentes".

Con esos argumentos, se rechaza el recurso.

IV. Indignidad y desheredación por abandono a los adultos mayores

La sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó el 02/07/2019 la sentencia 384/2019 en respuesta al recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 1º de febrero de 2017 por la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.a, en el rollo de apelación 634/2016, dictada en el juicio ordinario 576/2014, del Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Villarrobledo, confirmando lo resuelto en ambas instancias con relación en las nietas de los causantes que reclamaron el desplazamiento del heredero instituido por testamento.

Los antecedentes fueron los siguientes: el 27/07/2016 se resolvió declarar la validez de la desheredación de doña María Milagros realizada en sus respectivos testamentos por sus padres don Benito y doña Irene y, concomitante con ello, se resolvió declarar a Soledad, Susana y Teresa herederas en sustitución de su madre, respecto de los bienes de los causantes en la parte de la legítima, desplazando a Octavio, heredero instituido. La decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial de Albacete. Interpuso el heredero desplazado recurso de casación por infracción del art. 756.7.a del Cód. Civil (13).

La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda, en el sentido de mantener la validez de la cláusula de la desheredación de la hija con fundamento en el art. 853, Cód. Civil (14), por abandono y por maltrato de obra o injurias graves de palabra, que la sentencia considera acreditadas, pero entiende que procede nombrar herederas en sustitución de su madre a las tres nietas que no fueron desheredadas.

La decisión de apelación estimó: *"Son hechos acreditados y no discutidos en esta alzada, además, de los que dieron lugar a la desheredación de doña María Milagros —abandono y desatención total de sus padres e injuria grave y reiterada de palabra a los mismos—, que sus hijas Irene, Susana y Teresa cortaron toda relación con sus abuelos a partir del año 2004, a resultas de una discusión que su madre había tenido con ellos. Desde entonces no volvieron a tener comunicación o contacto con D. Benito y Da. Irene y no se preocuparon en absoluto de los mismos hasta el punto de que, como su madre, tomaron conocimiento de la muerte de cada uno de ellos mucho después de haberse producido respectivamente en diciembre de 2005 —la de D. Benito— y agosto de 2011 —la de Da. Irene—. También es un hecho acreditado que D. Benito y Da. Irene eran dos personas dependientes, no ya en el momento de su muerte, sino también con anterioridad, situación de dependencia que si bien fue declarada expresamente con respecto a Da. Irene en 2009 ya se daba en ambos en el año 2000, en que contaban con 78 y 79 años, ello según reveló la testifical de Da. Rita, asistente social, que puso de manifiesto que desde ese año 2000 el matrimonio precisaba de ayuda para la casa, higiene personal, etc., teniendo distintas limitaciones por razón de la edad y que culminaron con el ingreso de ambos en una residencia de ancianos en el año 2005".*

A partir de tales hechos, la Audiencia afirmó no tener duda alguna de que esa conducta de abandono emocional y/o maltrato psicológico a sus abuelos que resultaban del hecho de que Irene, Susana y Teresa cortaran de modo definitivo toda relación con ellos hubiera podido justificar también la desheredación de ellas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 853.2 del Cód. Civil, con amparo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 30 de enero de

2015). No obstante, añade el tribunal de apelación que, por reprochable que resulte la conducta de las nietas, y por tal la tiene, no puede considerarse, por más que se haga una interpretación extensiva del término, como una negación de alimentos, que es la causa de indignidad para suceder que contempla el invocado art. 756.7, Cód. Civil.

En apoyo de esta afirmación, razona que muestra de ello es el hecho de que el art. 853, Cód. Civil, contempla la negación de alimentos y el maltrato de obra o de palabra —en el que la jurisprudencia integra el emocional o psicológico— como causas diferentes de desheredación en sus apartados 1 y 2.

Por tanto, la causa de indignidad para suceder del art. 756.7.a, Cód. Civil, se contrae a no prestar alimentos a que se refieren los arts. 142 a 146, Cód. Civil, esto es, "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica". No aparece probado que los causantes hubiesen tenido tales necesidades, ni que las hubiesen demandado, y por ello desestima el recurso. Agregan que los causantes, al otorgar testamento y desheredar a la hija, pudieron desheredar a las nietas y, sin embargo, no lo hicieron, de lo que colige que si obraron así sería porque no quisieron hacerlo.

El Tribunal Supremo advierte: *"Ante todo se ha de huir de confundir la indignidad para suceder, cuyas causas prevé el art. 756 del Cód. Civil, de la desheredación (arts. 848 a 857, Cód. Civil)... De ahí, que citar como sentencias de contraste para justificar el interés casacional, sentencias dictadas en supuestos de desheredación o de ingratitud para revocación de la donación puede formalmente oscurecer el verdadero interés casacional, por cuanto los supuestos que en ellos se enjuician difieren del que es objeto de este recurso"*.

En ese contexto, aclaran que el recurso en debate versa sobre un supuesto de indignidad para suceder, no de desheredación, y en concreto de la causa 7.a del art. 756, Cód. Civil. Persigue el recurrente que en la citada causa se incluya el maltrato psicológico por el

abandono afectivo y personal de las nietas respecto de sus abuelos maternos.

La sala del TS confirma la sentencia con base en tres argumentos:

1. La ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, modificadora del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, introdujo bajo el nro. 7 una nueva causa de indignidad con el siguiente texto: "*Tratándose de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 del Cód. Civil*".

Las atenciones debidas a que hace mención el art. 750.7.a, Cód. Civil son exclusivamente de carácter patrimonial, esto es, que el contenido de la obligación alimenticia es estrictamente patrimonial, económico y, por ende, desligado de toda obligación de carácter personal, como sería el cuidado de la persona del alimentado.

2. La interrogante que plantea la parte recurrente es si lo decidido por el Tribunal Supremo para la desheredación (sentencias 258/2014, de 3 de junio, y 59/2015, de 30 de enero de 2015) respecto a la interpretación del maltrato de obra, incluyendo en él el maltrato psicológico o emocional, es susceptible de ser trasladado a la causa 7ª del art. 756, Cód. Civil, incluyendo en "las atenciones debidas" obligaciones personales de cuidado, seguimiento y relación emocional y no solo las patrimoniales de los arts. 142 y 146, Cód. Civil.

Según las citadas sentencias, en el supuesto en ellas analizado de desheredación, tal interpretación flexible se apoya en la realidad social, el signo cultural y los valores del momento en que se aplica.

3. La realidad social, cultural y los valores del momento no son otros que los que contempla la ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de personas con discapacidad, esto es,

en respuesta a una demanda social de los valores del momento respecto de estas personas.

Por tanto, para acudir a la interpretación flexible de esta concreta causa no se pueden utilizar los motivos que proporcionaron la del maltrato de obra a efectos de desheredación.

Tal argumento se refuerza porque el art. 756, Cód. Civil, reformado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (ley 15/2015), en su Exposición de Motivos afirma que "*se introduce, por considerarse necesario su adaptación a la nueva realidad social y desarrollo legislativo en el ámbito penal, una nueva regulación de las causas de indignidad para suceder*".

Si la reforma tiene incidencia en el abandono, hubiese sido ocasión propicia a los valores del momento incluir en las "*atenciones debidas*" (art. 756.7.a, Cód. Civil) obligaciones de contenido personal. Nada de esto se hizo y, como sostiene la sentencia recurrida, ese maltrato psicológico o emocional no puede considerarse como una negación de alimentos, que es en lo que se concretan las atenciones debidas.

Que no cabe confundir una y otra atención se colige del art. 853, Cód. Civil, que contempla la negación de alimentos y el maltrato de obra, en el que jurisprudencialmente se integraría el emocional o psicológico como causas diferentes de deheredación en sus nros. 1 y 2.

Es cierto que, de conformidad con la doctrina de la sala, esos incumplimientos, como maltrato psicológico o emocional, podrían ser causa de desheredación, pero también lo es que para ello será preciso que la persona con discapacidad lo sea en un grado que le permita testar.

V. Régimen comunicacional entre abuelos y nietos: procedencia

Traemos, finalmente, un fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona en el que se planteó un conflicto entre la progenitora de una niña y el abuelo paterno ante la negativa de acceder al mantenimiento de un régimen comunicacional. La plataforma fáctica es la siguiente: el 21 de febrero de 2017 el Sr. Inocencio presentó demanda en la que pide que se declare su derecho a tener visitas con su nieta, nacida en 2015, a quien no conoce, y que a su vez no mantiene comunicación alguna con el progenitor —su hijo—. Considera beneficiosa la relación entre abuelo y nieta, y pide, en principio, unas horas los viernes alternos y al menos una tarde en verano, navidad y semana santa. Da cuenta de que, con otra nieta de madre distinta, disfruta de régimen relacional.

La sentencia recurrida predica el interés del menor y destaca la necesidad de asegurar un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal de la niña. Aprecia como justa causa que impide la relación entre abuelo y nieta la mala relación entre el padre de la menor y el abuelo, que supone un grave trastorno de la dinámica familiar actual. Además, que la niña no conoce a su abuelo y que la relación de los adultos es muy conflictiva, de profunda enemistad.

El recurrente sostiene que no concurre justa causa para impedir la relación y que se ha interpretado mal el interés de la niña. Cita jurisprudencia sobre guarda compartida y sobre justa causa en visitas de abuelos a nietos. Admite que no hay relaciones desde hace siete años, pero entiende que ello no es impedimento para la procedencia de un régimen de visitas, por naturaleza, por el interés de la menor y por la necesidad de conocer a su familia, sus raíces y los valores de su estirpe.

Al momento de resolver, la AP de Barcelona, en primer lugar, desecha aplicar el criterio analógico para supuestos de guarda

compartida, porque se trata de una relación de familia diferente (abuelo/nieta y no padres/hijos).

Recuerdan que la sentencia de esa Corte del 7 de abril de 2014 con relación a la normativa del Cód. Civil de Cataluña sobre la relación entre nietos/as y sus abuelos/as la contempla como un derecho propio de la persona menor de edad, con remisión a los compromisos internacionales como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 8.1) y la doctrina del TEDH.

Señalaron en ese fallo, y lo recuerdan en el analizado, que el legislador catalán, en el art. 4.2 de la ley 12/1996, de 29 de julio, de la Potestad del Padre y de la Madre, ya dispuso que el padre y la madre deben facilitar la relación del hijo con los parientes y otras personas y solo la pueden impedir cuando exista una justa causa y el art. 135.2 del Código de Familia, aprobado por ley 9/1998 de 15 de julio, dio un paso más al destacar de entre los demás parientes a los abuelos. El Libro II del Cód. Civil de Cataluña, después de incidir en su Preámbulo en que la familia es, en efecto, el referente esencial de los ciudadanos, dice que en este ámbito tiene lugar la interacción y solidaridad entre las generaciones, especialmente en ocasión de la crianza y educación de los niños y jóvenes y reconoce, igualmente, el carácter privilegiado de las relaciones de los menores con el entorno más próximo, particularmente con los abuelos y hermanos, razón por la cual se establece un procedimiento que fija la forma en que, en caso de crisis matrimonial, puede hacerse efectivo el derecho de los hijos menores a mantener estas relaciones personales.

Refieren luego que: "*La STSJ, Civil secció 1 del 13 de setembre de 2018 (ROJ: STSJ CAT 6817/2018 — ECLI:ES:TSJCAT:2018:6817) predica que "(a) difere`ncia del que feia l' article 135 del Codi de família, precedent immediat de l'actual article 236-4.2 CCCat., el dret a les relacions personals dels menors ja no es concebut com un dret del pare i de la mare sinó també i sobre tot com un dret del fill, puix que la regla persegueix contribuir al desenvolupament integral del menor a partir de l'apreciació*

que la família es el primer nucli de socialització de les persones. Tal com assenyala la sentència del Tribunal Suprem de 16 de setembre de 2015 en relació amb el segon para'graf de l' article 160 del Codi civil espanyol, el reconeixement legal de les relacions del menor amb la família extensa descansa en la constatació de que actuen com a 'factor de socialització, d'estabilització emocional i de creixement personal'. Tot això explica que en la regulació vigent (articles 236-2, 236-4 i 236-5.1, CCCat.) les relacions del menor amb els progenitors, encara que no tinguin l'exercici de la potestat, i amb els avis, els germans i altres persones pròximes s'estableixin amb caràcter bidireccional, però també que es faculti al jutge per a denegar, suspendre o variar les modalitats d'exercici d'aquestes relacions (i) en cas d'incompliment dels deures per part d'aquells, (ii) o si la relació pot perjudicar l'interès dels fills, (iii) o si hi ha una altra causa justa, entre les quals el propi legislador inclou les de que els fills pateixin abusos sexuals o maltractament físic o psíquic o siguin víctimes directes o indirectes de violència familiar o masclista".

En la reciente sentencia del 27 de febrero de 2019 que concita este trabajo, la AP de Barcelona sostuvo, asimismo, que "... el privilegiado grado de parentesco de los abuelos con los nietos debe ser respetado y favorecido, por resultar, en general, especialmente enriquecedor para los propios niños. La importancia de este tipo de relación familiar se consagra de forma expresa en la propia norma, y así el art. 233-2 del Cód. Civil de Catalunya dice que, entre las medidas a adoptar en los procesos matrimoniales está la de establecimiento del régimen de las relaciones personales con los abuelos. Por supuesto, también debe reconocerse la importancia de la relación personal entre abuelos y nietos más allá de lo que ocurre en los procedimientos matrimoniales o de guarda, y de ahí la posibilidad de admitir que cuando por las razones que fueren no exista relación personal, a través del oportuno procedimiento se permita regular los encuentros entre los menores y sus ascendientes. La fuerza del vínculo es consecuencia de su propio origen, la procreación, y guarda relación con el derecho del menor reconocido en toda la legislación internacional, de relacionarse con su familia natural como una de las consecuencias del principio de integración familiar general que rige en esta materia y que tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros y principalmente, en el citado art. 233-12. Hemos dicho que '(p)or supuesto que los abuelos ocupan un lugar relevante en la vida de los niños porque pueden aportar a estos todo su cariño de forma efectiva sin constituir una presencia

constante y sin la carga de la tarea educativa que corresponde a los padres, de tal manera que el lazo entre abuelos y nietos tiene un aspecto lúdico y cómplice que enriquece enormemente la afectividad tanto de los mayores como de los niños, realizando también una importante función, la de ayudar al niño a comprender sus diferentes orígenes y a sentir que forma parte de una historia familiar con una continuidad de afectos que les proporciona una mayor seguridad y que ayuda a elaborar su autoestima' (...)".

Recuerdan igualmente lo sostenido en la sentencia del 21/07/2015 (ROJ: SAP B 6801/2015 - ECLI:ES:APB:2015:6801), en el sentido de: "*l)a consideración por el legislador de tales derechos deriva del importante papel que los abuelos representan en el libre desarrollo de la personalidad de los menores, tanto por los naturales vínculos afectivos existentes como por el trasvase de experiencias, conocimientos y sentimientos de pertenencia a un grupo protector, a que conducen, lo que, como dijimos en la sentencia de 19 de febrero de 2001, constituye un acervo personal y cultural de innegable valor para quienes inician su andadura vital. En definitiva, se reconoce a los abuelos un derecho a relacionarse con el menor que, sin hacerles partícipes de la patria potestad o facultad de guarda, responde a las exigencias afectivas de las personas implicadas contribuyendo al desarrollo armónico y equilibrado de su personalidad. El derecho, que es bidireccional en el derecho civil catalán, no puede ser obstaculizado por los padres a pretexto de incompatibilidad con el ejercicio de sus propias facultades como titulares de la patria potestad, o por sus malas relaciones personales con aquellos, conflictividad, por otro lado, presupuesta, cuando tal derecho debe ser actuado ante los tribunales de justicia porque las partes son incapaces de resolver por sí solos o con ayuda de terceros sus disputas. Solamente alegando y demostrando la existencia de motivos graves (justa causa) por parte de quien se niega a que tales contactos se produzcan podrá privarse de dicho derecho a los nietos y a los abuelos en beneficio de los menores cuyo superior interés es el que debe ser protegido por encima del de sus ascendientes"*.

Realizan un señalamiento que consideramos relevante, al interpretar que la regulación estatal es menos intensa que la autonómica, en tanto esta reconoce un "*derecho*" de los nietos y de los abuelos a relacionarse, y en Cataluña este derecho tiene mayor alcance y es bidireccional. Así lo explicitaron en sentencia del 2 de diciembre

de 2015 (ROJ: SAP B 12467/2015 - ECLI:ES:APB:2015:12467), "(e)l art. 236-4.2, CCCat., regula las relaciones personales de los hijos derivados de la potestad parental y fija que los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos estos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos. Añade el precepto que los progenitores deben facilitar estas relaciones y solo pueden impedir las si existe una justa causa".

Ese derecho, por supuesto, no es absoluto, ya que —resaltan— el art. 236-5.1 dispone a su vez que la autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores o de las demás personas a que se refiere el art. 236-4.2 a tener relaciones personales con los hijos, "*así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa. Existe justa causa si los hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista*".

"La doctrina del Tribunal Supremo sobre el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto (STS de 27/07/2009, rec. 543/2005), se funda en el hecho de que los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y que se trata de una relación de parentesco enriquecedora (STS de 28 de junio de 2004) y sobre que este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad o sea no respondan a patologías o ejemplos corruptores" (SSTS de 23 de noviembre de 1999 y 1 de noviembre de 2005).

En la sentencia seleccionada se hace referencia a que es la doctrina del Tribunal Supremo, a falta de mayor casuística en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la que recoge que constituye justa causa para privar la relación "*el enfrentamiento entre hermanos y la negativa influencia que tendría sobre la menor*

el contacto con una tía que no conoce y que puede desestabilizarla (STS, Civil sección 1, del 16 de septiembre de 2015, ROJ: STS 3831/2015, sala de lo Civil, sección 1a, 16/09/2015 (rec. 1275/2014 - ECLI:ES:TS:2015:3831), la escasa relación de la actora con su nieta en los primeros años de vida de esta, inexistente por decisión voluntaria de la abuela, su escasa disposición para mantener la relación con su nieta de manera independiente al conflicto con sus padres y que la menor, con 7 años, no poseía recursos para gestionar y protegerse de la problemática familiar (la dinámica familiar, en la que era corresponsable la abuela, no garantizaba el derecho de la menor a relacionarse con ella sin que se viera afectada la estabilidad emocional de la niña (STS, Civil sección 1, del 18 de marzo de 2015, ROJ: STS 968/2015, sala de lo Civil, Sección 1a, 18/03/2015 [rec. 194/2014] - ECLI:ES:TS:2015:968) y la influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor (STS, Civil sección 1, del 20 de septiembre de 2002, ROJ: STS 6004/2002, STS, sala de lo Civil, Sección 1a, 20/09/2002 (rec. 577/1997 - ECLI:ES:TS:2002:6004)". Esta porción del fallo nos ilustra acerca de la alta incidencia que tienen los antecedentes de hecho y las pruebas en este tipo de conflictos, a la par que puede afirmarse que la jurisprudencia en la materia pondera la estabilidad emocional del niño o niña, para lo cual se indaga sobre el despliegue de conductas adecuadas a ese fin por el adulto que pretende ejercer el derecho.

En ese sendero, también se resolvió que "*No es justa causa la falta de entendimiento de los abuelos con sus progenitores por diversos motivos, o la animadversión ante la familiar contraria (STS, Civil sección 1, del 16 de septiembre de 2015, ROJ: STS 3831/2015, STS, Sala de lo Civil, Sección 1a, 16/09/2015 (rec. 1275/2014) - ECLI:ES:TS:2015:3831) y STS, Civil sección 1, del 24 de mayo de 2013, ROJ: STS 2382/2013, STS, sala de lo Civil, Sección 1a, 24/05/2013 (rec. 732/2012) - ECLI:ES:TS:2013:2382)". Sin embargo, en la SAP, Civil del 27 de febrero de 2019 (ROJ: SAP B 1644/2019 - ECLI:ES:APB:2019:1644) y con base en el superior interés del niño se determinó que un régimen de visitas no era beneficioso. Ocurría en aquel caso que "no había existido ninguna relación personal entre el padre de las niñas y su propia madre, la abuela apelante, desde hacía once años (tampoco con otra hija), que el padre no había tenido una infancia feliz (vivió alejado de su madre, la abuela), ni había recibido un trato adecuado*

por parte de ella (dijo que le castigaba excesivamente) y se había visto obligado a vivir episodios que no correspondían a su edad y que la nieta identificaba como abuela a otra persona y no podría comprender con facilidad la situación actual, ni sería bueno introducir elementos de inestabilidad". Nuevamente se advierte en esta argumentación el elemento preponderante: la estabilidad del menor de edad.

Una porción relevante del fallo, por su sentido docente, señala: *"En abstracto, la relación entre abuelo y nieta es beneficiosa, pero, en concreto, hay que atender al resultado de las pruebas. No es buen punto de partida el que los padres, a través de su letrado, digan en fase de recurso que el recurrente es su enemigo, la persona que más odian y temen y que solo tiene intención de dañarles. Refleja un enfoque erróneo de la situación, pues si se deduce que es bueno para la menor el contacto con su abuelo y que no existe justa causa para impedirlo, la enemistad o la animadversión debería reconducirse en bien de la niña. Lo que aquí interesa a todos es su bienestar y también que pueda recibir infrecuencias adecuadas y positivas de sus abuelos. Los abuelos maternos e incluso la abuela paterna mantienen esos enriquecedores contactos y que solo el recurrente los tiene negados; el contacto entre los adultos daba cuenta de un enfrentamiento exacerbado".*

No se acreditó ninguna de las acusaciones respecto del reclamante del régimen comunicacional, lo que llevó a la conclusión de la AP: *"... que la mala relación y aun la falta de relación entre los litigantes no es suficiente para negar el régimen relacional, pero debe tenerse en cuenta el riesgo que puede suponer para la niña que los adultos no se sepan comportar".*

En sentido similar a lo que se observa en los tribunales locales, se esgrimió que *"La falta de vínculo no ha de ser obstáculo para negar la relación, sino para establecerla con progresividad y la solidez de las 'razones' del padre no puede basarse en sus propias vivencias durante su infancia y juventud, ni en criterios educativos abstractos".*

En razón de que los progenitores de la niña viven en Madrid y una vez al mes se traslada a Barcelona a mantener contacto con la otra hija del hijo del demandante, y apreciando las expresiones de los

adultos, que no hacen entrever un motivo grave (ejemplo corruptor del abuelo, influencia negativa o falta de interés por la nieta), aunque sí una marcada animadversión de la familia, sumado a la pericia psicológica que arrojó el dato de que padre e hijo han tenido una trayectoria compleja, sin preservación de los hijos, por parte del actor, en el proceso de crisis conyugal y sin encontrar vías alternativas ninguno de los dos para mejorar sus relaciones familiares, se admite el recurso con determinados recaudos. Al respecto, cabe resaltar que la pericia psicológica realizada en las actuaciones resultó un gran aporte.

La Audiencia señaló con la claridad qué es dable esperar para este tipo de conflictos: *"Para que el derecho de la menor pueda establecerse en condiciones primero se ha de restablecer la relación entre padre e hijo en términos de igualdad y de ambos grupos familiares. Situar a la menor en medio del conflicto relacional en estos momentos es exponerla a un riesgo excesivo de sufrimiento. Antes de tratar de imponer una relación personal entre él y la nieta debe restaurarse la relación paterno-filial, por lo que se reconocerá el derecho relacional, pero condicionado al seguimiento de un proceso de mediación, en ejecución de sentencia, en el que las partes puedan intentar comprender la posición del otro, asumir una realidad que ya no puede modificarse y tratar de superar otros recuerdos más dolorosos para conseguir un cierto acercamiento que siempre resultará beneficioso no solo para las niñas sino especialmente para el padre y el hijo. Una vez conseguido este acercamiento, la relación con la nieta podrá surgir de forma natural. El trabajo que deben realizar los litigantes, de tipo terapéutico y reconciliatorio, no puede ser impuesto, según doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y la mediación exigirá en fase ejecutiva, un mínimo horizonte de viabilidad, para fijar unos primeros contactos"*.

Pero no se detuvo allí. También se ocuparon de fijar una cláusula anticipatoria como modo de dotar de ese mínimo de eficacia que toda sentencia judicial debe contener, y así se dispuso: *"De fracasar la mediación, se podrá acordar en ejecución de sentencia una fase de acercamiento, con intervención del Punto de Encuentro, que podrá contemplar la presencia inicial de los padres en las visitas"*.

VI. A modo de cierre

En la dinámica del vivir y el convivir, las relaciones familiares se encuentran en permanente tensión. Cuando el Poder Judicial interviene, creemos que es imprescindible que la respuesta tenga soporte legal y una ineludible interpretación normativa que incluya una alta dosis de realidad. Cuidar de los derechos de la población que se encuentra en los dos extremos de la vida parece ser el desafío de este tiempo. Esa fue la consigna autoimpuesta para la selección de los casos. Hasta la próxima entrega.

Referencias Bibliográficas

(1) Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020.

(2) *"Art. 763.— Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. 1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de este al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente ley"*.

(3) Audiencia Provincial de Barcelona, fecha: 12/06/2018, nro. de recurso: 1061/2017, nro. de resolución: 380/2018.

(4) La Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 27/11/2019, resolvió en el recurso 219/2019 mediante auto 467/2019, *"Internamiento psiquiátrico por recurso del fiscal"*, magistrados: D. Francisco

Javier Pereda Gámez, Da. Margarita B. Noblejas Negrillo, Da. Ma. José Pérez Tormo, Da. Myriam Sambola Cabrer, Da. Ana Ma. García Esquiús (ponente), Da. Dolors Viñas Maestre.

(5) Sobre las funciones de este organismo en cuestiones relacionadas con los adultos mayores, puede consultarse el sitio www.fiscal.es/web/fiscal/-/proteccion-y-defensa-de-los-derechos-de-las-personas-mayores?cat=36777.

(6) Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. "*Art. 212-4.— Internamiento. El internamiento en un establecimiento especializado de una persona por razón de trastornos psíquicos o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva requiere la autorización judicial previa si su situación no le permite decidir por sí misma, cualquiera que sea su edad*". Disponible en www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312.

(7) En ella se dispusieron varias conclusiones: "*1ª Los Sres. fiscales velarán por que se respete la garantía judicial y el proceso contradictorio en los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para mayores dependientes. 2ª Los internamientos urgentes que no cumplan las exigencias materiales y procesales no pueden ser objeto de 'regularización'. 3ª Los Sres. fiscales, a la hora de solicitar o informar sobre la adopción de medidas de protección, tendrán presente especialmente la necesidad de evitar lesiones al derecho a la vida y a la integridad física de la persona afectada. 4ª Los Sres. fiscales valorarán especialmente el principio de libertad de elección y el derecho de protección social. 5ª En los casos en los que las personas mayores hubieran iniciado el ingreso en el centro residencial de forma voluntaria, dicho establecimiento tiene consideración de domicilio a efectos legales. La situación de demencia sobrevenida transforma el internamiento en involuntario, debiendo ser objeto de control judicial*". Disponible en www.fiscal.es/documents/20142/cfee8361-972d-86d1-2b15-2986993050f6.

(8) Varias son las normas que regulan las situaciones de personas con limitación de su autonomía, entre otras el art. 4.2.g) de la ley 39/2006 (conocida como Ley de Dependencia); art. 51.9 del real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social; art. 7º del dec. 284/1996, de 23

de julio, del Sistema Catala` de Serveis Socials y Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2017.

(9) Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, de 3/07/2015. "*Art. 52.— Requerimiento y medidas de control. 1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos. 2. El juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal*".

(10) Se ha destacado la regulación de la guarda de hecho en Cataluña como institución de protección de mayor amplitud que en el resto de España y de carácter permanente, mientras que en el Código Civil se trata como situación anómala, referida solo a las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo, es decir, privadas de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, la guarda de hecho viene configurada en Cataluña como una institución de carácter estable, manifestación de la regulación privada y familiar en la protección de estas personas.

(11) "*Art. 762.— Medidas cautelares. 1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación. 2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior. Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación. 3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas*

afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los arts. 734, 735 y 736 de esta ley".

(12) TEDH, "*Stanev vs. Bulgaria*", Gran Sala, sentencia del 17/01/2012; "*X vs. Reino Unido*", del 05/11/1982; "*Nielsen vs. Dinamarca*", del 28/11/1988; "*H. M. vs. Suiza*", del 26/02/2002, y "*Lashin vs. Rusia*", del 22/10/2013.

(13) "*Art. 756.— Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 1. Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos. 2. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima. 3. El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señala pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa. 4. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar. 5. El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo. 6. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior. 7. Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 del Cód. Civil". Nota: El apartado 7 ha sido añadido por el art. 10 de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE 277, del 19/11/2003, ps. 40852/40863).*

(14) "*Art. 853.— Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el art. 756 con los nros. 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 1. Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. 2. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra".*

Algunas incógnitas interpretativas de los arts. 627 a 637, Código Civil y Comercial

por Mariela A. González de Vicel

Disponible en: <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php>

Publicado en: versión electrónica. Rubinzal- Culzoni 2020

Cita online: RC D 1669/2020

[Consultado el: 03/01/2022]

Sumario: 1. Proemio. 2. Responsabilidad parental: titularidad, ejercicio y arreglos familiares de crianza. 3. ¿Progenitor afín o adopción de integración? 4. Alcance del mantenimiento de los vínculos conforme la regla alojada en art. 621, Código Civil y Comercial. 5. A modo de cierre.

1. Proemio

La adopción resulta una fuente legal de emplazamiento filial para niños, niñas y adolescentes, pero también respecto de personas adultas que se convierten así en sus progenitores, o de otras que ven reconocida la identidad vivenciada pero no legalizada, en el caso de que su crianza se haya desplegado por quienes no fueron gestantes pero sí bien tratantes (supuesto de procedencia del estatuto adoptivo por posesión de estado). Pero, además, la adopción tiene impacto en parientes de ambos extremos de este -en principio- binomio, en tanto con la sentencia que se dicta, y dependiendo del tipo adoptivo que resulte más beneficioso para la persona así filiada, se efectiviza jurídicamente la migración de ella del núcleo familiar originario al que lo reemplazará, generando relaciones jurídicas familiares.

Metafóricamente puede sostenerse que al emplazarse adoptivamente cambia el "*lugar*" pero no la "*esencia*", que reposa en el derecho convencional-constitucional a tener y conservar una familia, en principio la de origen, pero alternativamente otra que la sustituya o complete en aquellas funciones que no fueron procuradas en el espacio familiar primigenio (1) lo que equivale a sostener la existencia de un concreto derecho fundamental a la vida familiar, que debe ser protegido. Es decir, lo central que el derecho resguarda es el acceso "*a*" y "*en*" la vida familiar del niño, niña o adolescente, y es notoria la incidencia que la filiación adoptiva tiene en el universo social, probablemente por el entramado de conceptos filosóficos y sociológicos que la rodean (familia, parentesco, identidad, afectividad, descendencia, etc.) (2) y la puesta en acto de los adultos que, apelando a esta figura, encuentran un modo legal de satisfacer mandatos culturales.

La sociedad occidental contemporánea reduce las funciones de la parentalidad a una o a lo sumo dos personas adultas en las que recae la responsabilidad de la crianza, protección y formación con miras al desarrollo hacia la vida autónoma de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, tal vez esa reducción en la representación social de las figuras relevantes para la formación y desarrollo del ser humano, esté teñida por la cultura judeo-cristiana, y en definitiva, se desarrolle a semejanza de lo que constituye la institución matrimonial -diádica, monogámica y formalizada- ocultando la ampliación en el ejercicio de las funciones, que es lo que vemos en la realidad. En efecto, la época actual muestra que ningún NNA es criado exclusivamente por sus progenitores, puesto que muchas horas diarias las transcurren al cuidado de otras personas como parientes, docentes, personal doméstico, vecinos, amigos/as de los progenitores, etc. que conforman el universo social y afectivo de la persona menor de edad. Visualizar este escenario permitirá interpretar correctamente el sentido de la normativa que rige el sistema adoptivo, en especial al analizar los alcances y efectos de los tres tipos adoptivos previstos.

2. Responsabilidad parental: titularidad, ejercicio y arreglos familiares de crianza

Nuestra legislación admite la transferencia del cuidado y la crianza de niños, niñas y adolescentes mediante figuras que también gozan de reconocimiento legal, como la delegación temporal del ejercicio de la responsabilidad parental -privada o dispuesta judicialmente conforme arts. 643 y 657 del CCyC, respectivamente-, la responsabilidad del progenitor afín establecida en el art. 672 del CCyC[3], o la guarda y la tutela. Estos arreglos familiares no siempre importan que la responsabilidad parental se traslade de los adultos que la titularizan originariamente a los sucedáneos, pero sí conllevan responsabilidad civil.

El sistema prevé dos modalidades por las cuales la representación legal de las personas menores de edad se traslada completamente de los adultos primigeniamente responsables a quienes los sustituyen. Ellas se viabilizan en los supuestos en que se compruebe que se trata de NNA sin cuidados parentales suficientes, es decir, cuando se configuran casos de procedencia de la adopción o la tutela.

Ahora bien, dentro de la regulación de la filiación adoptiva, aparece la figura de la adopción de integración como uno de los tipos posibles en que puede ser conferida -los otros son la simple y la plena- asumiendo los reformadores del Código la complejidad propia de las configuraciones familiares reconstituidas, en lo que se refiere a la determinación de los deberes y derechos de adultos responsables en las familias ensambladas.

Es frecuente que las parejas -matrimoniales o no- no siempre perduran en su conformación inicial, y eso se traduce en que los hijos e hijas habidos de ese núcleo originario entablen relaciones cotidianas con las nuevas parejas de uno o ambos progenitores, aparezcan hermanos unilaterales, o incluso convivan con hijos/as anteriores de esas nuevas parejas, naciendo entre ellos vínculos fraternos. Esta

pluralidad de figuras posibles es receptada por la ley, y bajo los recaudos exigidos para la procedencia de la adopción, las nuevas parejas de las o los progenitores biológicos pueden ser emplazados como padres o madres adoptivos/as.

3. ¿Progenitor afín o adopción de integración?

Es posible que alguno de los progenitores biológicos o adoptivos de un niño, niña o adolescente compartan las funciones parentales con su pareja, en cuyo caso el progenitor afín tiene un reconocimiento legal de ese rol que es complementario, de colaboración y atención, dirigido a satisfacer necesidades cotidianas, compartiendo la crianza pero en función de una jerarquía a partir de la cual el poder de decisión lo conserva el progenitor de origen, o ambos genitores si el restante comparte el ejercicio.

Las normas alojadas en los arts. 672 (4), 673 (5), 676 (6) disponen una distribución de funciones primarias y otras subsidiarias, dejando la responsabilidad parental en cabeza del o los progenitores primigenios, y reservando al afín una porción disminuida del ejercicio, fundamentalmente relacionada con la cobertura de necesidades, sin sustitución de la función normativa, que se mantiene incólume en la esfera de poder del/los progenitor/es biológico/s o adoptivo/s originario/s. Producido el fallecimiento, ausencia o la restricción de la capacidad de uno/a progenitor/a, aquel o aquella que tiene una pareja convivencial o matrimonial que oficia de progenitor afín puede compartir el ejercicio de la responsabilidad, debiendo ser homologado judicialmente ese ejercicio conjunto, con participación de los adultos y el o los NNA (7).

En cambio en el supuesto de procedencia de la adopción de integración, uno de los recaudos estriba en la abdicación comprobada del despliegue del rol de cuidado de aquel que no convive con la persona que procura la filiación adoptiva. Aquí es donde el rol ejercido por el adulto deja de ser complementario del padre o madre de origen conviviente y se erige en sustitutivo del genitor ausente de la

vida del hijo. A su vez, esa filiación adoptiva puede conferirse con carácter de simple (8) o plena, y admite en ambos casos la morigeración o adecuación que permite la norma alojada en el art. 621 del CCyC. Por ejemplo: un niño de 6 años cuyo progenitor falleció puede ser adoptado por adopción de integración plena por la pareja de su progenitora, conservando el vínculo legal con sus abuelos paternos; o puede ser adoptado por adopción de integración simple disponiéndose que será hermano de los hijos biológicos del adoptante, nacidos de una unión anterior. No obstante estas posibilidades, es dable mencionar que la adopción de integración constituye el único caso en el que la filiación nacida a partir de la sentencia de adopción plena es reversible, y por supuesto lo es si se confiere simple (9).

La adopción de integración mantiene el vínculo filiatorio de origen en coexistencia con el vínculo que se crea respecto del progenitor afín devenido en adoptivo (10), y nace el estado filial con las consecuencias de la vocación sucesoria y el parentesco en primer grado, al contrario de lo que acontece con el progenitor afín, que no se ve alcanzado por esas consecuencias. La pregunta que surge es si existe la posibilidad de un supuesto de multiparentalidad en los casos en que el otro progenitor originario tenga presencia efectiva en la vida del niño, niña o adolescente. ¿Podrían coexistir los dos padres biológicos con dos progenitores afines que sean además progenitores adoptivos? La respuesta es negativa, por el principio de la duplicidad que establece el art. 558 del CCyC y porque ante progenitores de origen que cumplen su rol, no habría fundamentos para la adopción. No obstante, como todo lo referente a la identidad personal y los derechos fundamentales, puede suceder que el interés superior de un niño o niña o adolescente en particular imponga el apartamiento de esa regla, y resulte inaplicable este esquema, generándose un supuesto de pluriparentalidad.

4. Alcance del mantenimiento de los vínculos conforme la regla alojada en art. 621, Código Civil y Comercial

La sentencia que se dicte disponiendo el sostenimiento de algún vínculo jurídico no autoriza a las autoridades públicas a interpretar que los progenitores de origen mantienen la titularidad de la responsabilidad parental y así requerir, por ejemplo, el consentimiento de ellos para los actos previstos en el art. 645, lo que funciona también si la adopción es monoparental y se dispone con la mención de preservar el vínculo con alguno de los progenitores -o ambos si el niño o niña tiene doble vínculo-, pues la única ligazón que subsistirá como derecho, será la afectiva traducida en régimen comunicacional (11).

Y aun cuando por aplicación del art. 621 la sentencia de adopción haya excluido el vínculo jurídico de un ascendiente o un colateral la obligación alimentaria subsidiaria a favor de la persona adoptada se mantiene, si se interpretan en armonía los arts. 535, 537, 538, 621 y 627, ya que el Código reconoce el derecho exclusivamente a la persona adoptada. Como resultado de esa interpretación, esos parientes -sin vínculo jurídico conforme la sentencia- son alcanzados por la ley como legitimados pasivos de la obligación alimentaria, subsumiéndose en el inciso c) del art. 627 (12). También, y de acuerdo a lo establecido en los arts. 624 (13) y 628 (14), se posibilita la vocación sucesoria y la determinación de la filiación biológica aun existiendo emplazamiento adoptivo. Esto es lo que ocurrió en un fallo dictado el 21/11/19 por el que se declaró hija biológica del causante a una mujer adoptada en forma plena en su primera infancia, que demandó por acción autónoma para conocer sus orígenes y participar en la herencia de su genitor. El juez correntino hizo lugar a la pretensión declarándola hija biológica del fallecido sin afectar los efectos de la filiación adoptiva plena declarada por sentencia judicial firme (15).

5. A modo de cierre

El Código Civil y Comercial compendia una serie de normas que son lo suficientemente amplias para permitir que la filiación adoptiva de una persona respete en la mayor medida posible su identidad en sus aspectos estático y dinámico, incluyendo la posibilidad de que una sentencia judicial -ajustada a las normas constitucionales, las garantías de igualdad y no discriminación, la dignidad personal y el derecho humano a una familia- establezca un emplazamiento filial monoparental, binario, y/o pluriafectivo (arts. 7, 8, 9, 10, 20 y 21 de la CDN). Habrá casos que se subsumirán fácilmente en las reglas jurídicas; otros que precisarán del intérprete avezado, humano, constreñido a aplicar el derecho convencional-constitucional, en cuyo auxilio siempre llegarán, para solucionar las tensiones entre los derechos, los magníficos principios de la adopción.

Referencias Bibliográficas

(1) La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en el art. 17.1 el derecho a la protección a la familia y en el art. 11.2 el derecho a una vida familiar libre de injerencias ilegítimas. La Convención de Derechos del Niño en los arts. 5, 7, 8 y 9 considera de vital importancia el mantenimiento, en la medida de lo posible, de las relaciones familiares y en su art. 16 reafirma la obligación de proteger a todo niño impidiendo que sea objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, su honra y reputación. A su turno, el art. 19 de ese instrumento, reconoce a la adopción como un instituto útil y protegible jurídicamente.

(2) Para ampliar, ver Villalta, Carla, *"La adopción de niños desde una perspectiva antropológica: herramientas analíticas y límites conceptuales"*, en RDF-83, Marzo 2018, Abeledo Perrot, pág. 3 y sgtes.

(3) Grosman, Cecilia, *"Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el Mercosur y países asociados"*, en Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pág. 85 y ss.; y Grosman, Cecilia y Alcorta, Irene,

"La familia ensamblada: el vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro", en El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998, págs. 83/85, resultan de obligada consulta para analizar el estatuto del progenitor afín hoy regulado en el Código Civil y Comercial.

(4) Art. 672 - Progenitor afín. Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

(5) Art. 673 - Deberes del progenitor afín. El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

(6) Art. 676 - Alimentos. La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

(7) Art. 675 - Ejercicio conjunto con el progenitor afín. En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental.

(8) En cuyo caso se conservan en su totalidad los vínculos jurídicos con todos los parientes por naturaleza o por afinidad, aunque la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 641 a 698 CCyC) se trasladan al o los adoptantes, previéndolo expresamente también el art. 699 CCyC, en este caso como extinción de la titularidad con motivo de la adopción.

(9) Art. 633 - Revocación. La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple.

(10) El art. 699, inc. e del Código, al reglar que la titularidad de la responsabilidad parental se extingue por *"la adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente."* Excepciona en relación al progenitor conviviente con el hijo, y no respecto del otro progenitor pues una interpretación contraria iría en contra del tope de doble vínculo filial del art. 558.

(11) Por ejemplo: el marido de la abuela de una niña (abuelo afín conforme art. 536 del Código) es condenado por abuso sexual en perjuicio de la nieta quien -por deficiencias en la familia nuclear y ampliada- es emplazada con un vínculo adoptivo simple con una prima de la progenitora. La sentencia de adopción deberá hacer cesar el vínculo jurídico con el ascendiente perpetrador del delito, a quien -en principio- el art. 627 se lo conserva, inhabilitándolo entonces para mantener régimen comunicacional, el que se sostendría -también en principio- con la abuela cónyuge del autor del delito.

(12) Duprat, Carolina; Fernández, Silvia; González de Vicel, Mariela y Herrera, Marisa, Capítulo IX. Adopción, en Kemelmajer de Carlucci, Aida; Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (dir), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial, 2014, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 249 y sgtes.

(13) 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.

(14) Art. 628 - Acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción. Después de acordada la adopción simple se admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores, y el reconocimiento del adoptado. Ninguna de estas situaciones debe alterar los efectos de la adopción establecidos en el artículo 627.

(15) Juzg.Civ.Com. N° 2 de Goya, Corrientes, interviniente en el juicio sucesorio del demandado por "filiación extramatrimonial a los fines sucesorios", expte. N° 35.3646/19, "O., R.M. c/ *Sucesión de M.I.V. y/o herederos s/ Filiación*", S.I. N° 252, del 21/11/19, inédito.

Retomando experiencias de la vida real: las socorristas y otras redes institucionales

por Mariela A. González de Vicel y Naria Bottini

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

Publicado en: RDF 2021-ED.ESPECIAL, 41

Cita Online: LALEY AR/DOC/182/2021

[Consultado el: 04/06/2021]

(*)

Sumario: I. Objeto de este trabajo.— II. Ser activista socorrista en primera persona.— III. Las interferencias a la tarea de las socorristas. El caso de la denuncia penal.— IV. A modo de epílogo.

()**

I. Objeto de este trabajo

La reciente y celebrada sanción de la ley que instaura la posibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) como reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las mujeres —y otras personas con capacidad de gestar— en las decisiones vinculadas con su propio cuerpo, nos condujo a indagar sobre el tema que da título a este trabajo en la convicción de que la regulación legal del aborto es un logro transgeneracional, interseccional y colectivo.

El devenir de la actividad desplegada por la militancia feminista en sus diversas manifestaciones —académicas, en territorio, en espacios de decisión, etc.— ha sido, sin dudas, la tracción que llevó a que la madrugada del 30/12/2020, con 38 votos afirmativos, 29 negativos y 1 abstención, el proyecto enviado por el PE se convirtiera

en la ley 27.610, reguladora de la interrupción voluntaria del embarazo y atención posaborto.

En muchas ciudades de nuestro país existen organizaciones locales de personas dispuestas a acompañar las decisiones de interrupción de los embarazos, cuyas integrantes no necesariamente forman parte ni de instituciones del Estado ni del sistema de salud, y cuyo apoyo a las múltiples desigualdades que sufrimos las mujeres o motivaciones personales diversas las llevaron a asociarse para brindar acompañamiento a la decisión de interrumpir el curso de una gestación no deseada.

La trama, primero inorgánica y generada localmente se fue, poco a poco, hilvanando extraterritorialmente hasta conformar "*Socorristas en Red (feministas que abortamos) —SenRed*", entidad que se autodefine como "*una articulación que reúne a cincuenta y cuatro colectivas feministas que ofrecemos información sobre usos seguros de medicación para abortar y acompañamos las decisiones y procesos de aborto medicamentoso de mujeres y otras personas con capacidad de abortar*" (1). Esta red de organizaciones civiles distribuidas en nuestro país se organiza dividiéndose en seis regiones (Bs. As., Centro, Litoral, Cuyo, Norte y Patagonia) y se extiende más allá de las fronteras nacionales, pues conforme se lee en la página oficial, también existe en países latinoamericanos (Chile, Uruguay y México).

Dentro de la tarea que despliegan las personas que integran Senred (información, articulación, acompañamientos, sistematización de datos) hemos escogido narrar la modalidad de difusión, los obstáculos que encuentran y las consecuencias personales en relación a las interacciones en redes sociales o las acciones de personas que no comparten —por ideología o creencia religiosa— la ejecución de la interrupción legal del embarazo (ILE), pese al amparo jurídico.

Así las cosas, con soporte en una entrevista concedida por una socorrista patagónica, expondremos puntualmente la actividad desplegada por las integrantes de la grupa (2) "*Las mutisias rebeldes-*

socorristas de Esquel" y las consecuencias y la forma de enfrentar los embates recibidos por parte de la población donde residimos, incluyendo la formulación de una denuncia penal contra ellas y su resultado. Acompañando esa idea, hemos entendido necesario previamente realizar una breve reseña sobre la actividad de las socorristas, y puntualizar acerca de algunos datos estadísticos obtenidos a partir del acompañamiento solidario a las personas con capacidad de gestar que transitan con ellas sus procesos de aborto.

I.1. Socorristas en Red: una experiencia solidaria

I.1.a. Objetivos y formas de articulación del trabajo de las socorristas

Partiendo de la experiencia social de la comprobación de la realización de los abortos pese a la punibilidad de la práctica, la Red entiende que la tarea que realizan es una respuesta política ante la omisión estatal en el cuidado de la salud de las personas con capacidad de gestar y enmarcan su activismo como "*una estrategia sanitaria de Reducción de Riesgos y Daños (RRyD)*" (3).

El acompañamiento, en tanto es la principal función de las personas que integran Senred implica el reconocimiento de que el aborto no es una experiencia que atañe únicamente a las mujeres. En un doble sentido: la capacidad de gestar y, por ende, de abortar involucra a otras formas de vivir el género y por esa razón las interrupciones de embarazos de personas trans, no binarias y de otras identidades sexo genéricas han sido relevadas por las socorristas, y constituyen una preocupación; pero además, dentro de las pautas de abordaje se enmarca el respeto por los vínculos que la persona gestante pretende sostener desde la decisión de interrupción hasta la concreción de la práctica, y ello puede involucrar a la pareja cis o con otra identidad sexo genérica, y esto es respetado por las activistas que intervienen en el proceso.

Las personas socorristas despliegan su hacer mediante acciones de difusión, preparación y formación y ellas han posibilitado

el crecimiento de la Red mediante la incorporación de más activistas. La Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito y el debate legislativo del año 2018 sin dudas contribuyeron a la divulgación de la posibilidad de acceso a la interrupción medicamentosa de las gestaciones no deseadas, dándoles mayor presencia en la sociedad. Las vías de comunicación electrónicas, con sus características de dispersión masiva, inmediatez, extraterritorialidad, desacralización, accesibilidad y posibilidad de anonimato también han sido factores que incrementaron el conocimiento de las organizaciones por parte de la población en general, motorizando su visualización y, por ende, su utilización como recurso. Pero también ha sido el "*lugar*" donde las activistas han sufrido los embates de quienes se posicionan en la vereda contraria a los actos que ellas despliegan, sin comprender que no se promueven ni recomiendan los abortos, sino que su actividad se destina a prevenir daños y garantizar derechos humanos.

Entre las modalidades de difusión encaradas por las socorristas, se pueden contar la colocación de calcos en baños públicos, pintadas en la calle, *flyers* en redes sociales, acciones directas con manifestaciones callejeras, presencia en los Encuentros Nacionales de Mujeres con la utilización de pelucas rosas, etcétera.

La homogeneidad de la composición social de esta amplia red que incluye docentes, estudiantes, trabajadorxs, profesionales, se amalgama alrededor de la promoción de los derechos humanos, mediante un feminismo de acción directa. Toda su tarea, basada fundamentalmente en la solidaridad, es desplegada en función de los protocolos de la Organización mundial de la Salud, las Resoluciones Ministeriales vigentes y prioritariamente en una trama de construcción de redes comunitarias con sustento en el objetivo primario de evitación de daños, o reducción de riesgos ante la decisión personalísima de interrupción de una gestación no deseada.

I.1.b. La tarea de las socorristas en números

Conforme los datos nacionales correspondientes al período 2014/2019, las personas pertenecientes a la Red difundida en todo el país tuvieron encuentros con 38.116 mujeres a quienes les brindaron información sobre usos seguros de medicación para abortar. De ese total, Senred reconoce haber acompañado en sus procesos de aborto con medicación al 83,8%; es decir, a 31.936 mujeres y derivado —como otra modalidad de auxilio— a 1.508 mujeres a diversos sistemas de salud. A partir de sus intervenciones, mediante la utilización de planillas y relevando tópicos preestablecidos, pueden detectar desde la cantidad de consultas, de asistencia a los encuentros, los acompañamientos efectivos, las franjas etarias, el nivel educativo, hasta las interrupciones efectivamente realizadas.

Entre 2018 y 2019, la variación porcentual de las mujeres que asistieron a los encuentros y aquellas a las que se le brindó información y acompañamiento socorrista superaron el 72%, apareciendo como dato notable un incremento del 166,4% en las derivaciones al sistema de salud. La explicación de este fenómeno, según las integrantes de Senred obedecería a factores internos y externos. Sostienen que: *"En relación con los factores internos se encuentran la insistencia activista en difundir los números telefónicos y el hacer socorrista, la experiencia acumulada en todos estos años, la organización de diversas instancias de formación como las escuelas socorristas, el crecimiento cuantitativo del número de colectivas y de les y las activistas feministas que integran la red. Respecto de los factores externos, podemos mencionar que la irrupción del aborto de la mano del debate legislativo en 2018 significó, entre otras cosas, la difusión masiva por diferentes medios de la existencia de medicamentos para abortar, la producción pública de misoprostol en la provincia de Santa Fe, el registro del fármaco Misop 200 en la ANMAT y su llegada a los sistemas sanitarios provinciales, la elaboración de nuevos sentidos sobre el aborto y la politización de los deseos vinculados con la maternidad (y, por ende, con la no-maternidad)..."*

Las socorristas han relevado que el 85,3% de las mujeres que asistieron a encuentros con SenRed ya sabían que podían abortar utilizando medicamentos, y evalúan ese dato considerando que es producto del aumento de la difusión de la información sobre pastillas para abortar en estos últimos años. Sin perjuicio que el aborto no es punible en determinadas situaciones han comprobado que muchas veces el acceso a ese derecho presenta muchos obstáculos. En su experiencia, las articulaciones establecidas entre la red de socorristas y el sistema de salud explican el crecimiento de las derivaciones. En paralelo, un 9,8% de las mujeres que asistieron a talleres con SenRed durante 2019 llegaron mediante el sistema de salud (4) lo que refuerza la idea de la sinergia lograda entre ambos espacios.

La pandemia desatada en 2020 impactó fuertemente en todos los órdenes de la organización social. Los grupos de socorristas no fueron ajenos a este fenómeno y debieron recurrir a estrategias novedosas y a una alta dosis de creatividad para continuar la tarea de acompañamiento. En ese contexto, entonces, es que, si bien no contamos aún con datos globales como los extraídos del informe citado, hemos recurrido a los brindados por una de las activistas de la ciudad de Esquel, quien señaló un número de 50 acompañamientos durante el año 2020, en una población de aproximadamente 45.000 habitantes.

Debido a que el hacer del socorrismo en red permite relevar edades, nivel educativo y condición laboral de las personas acompañadas, señalaremos que los grupos etarios que concentran la mayor proporción de mujeres acompañadas en sus abortos por socorristas son aquellos comprendidos entre los 20 y los 39 años, alcanzando el 81,8% del total, mientras que las jóvenes hasta 19 años representan el 15% y las mayores de 40 años el 3,2% (5).

Los datos generales de la Red de socorristas correspondientes al año 2020, como dijimos, no están aún disponibles. Sin embargo, existen estadísticas preliminares de mujeres asistidas en la ciudad de Esquel que se desagregan del siguiente modo: menos de 20 años:

27%, entre 20 y 30 años: 55%, más de 30 años: 18%, advirtiéndose que se mantiene el acceso a la información y el acompañamiento requerido por las personas adultas en un porcentaje mayor a la mitad de las acompañadas, pero con un incremento importante en las más jóvenes (6) como así también en las personas que integrarían el tercer rango.

De todas formas, lo que nos interesa destacar de estos números es que la afirmación que "*la franja de la adolescencia es la que más recurre a la interrupción del embarazo*" es errónea, pues siguen siendo las adultas quienes encabezan el acceso a la práctica.

En cuanto al nivel educativo los números no solo señalan que la mayor cantidad de personas asistidas alcanzaron a finalizar la educación secundaria (en una proporción del 23,5% había completado la escuela media, mientras que el 11,8% había terminado estudios superiores, sean estos terciarios (7,7%) o universitarios (4,1%) (7). En lo que atañe a la inserción laboral de las personas que requirieron acompañamiento, un poco más del 50% de las asistidas tenían trabajo remunerado.

Finalmente nos interesa plasmar que la activista que compartió los datos relevados durante el año 2020 —y aún no procesados— informó que el 78% de las personas que requirió el auxilio de la agrupación estaba acompañada por alguien de su entorno afectivo; el 68% de los co-responsables del embarazo sabían de la decisión de interrumpir la gestación y el 54% apoyaba la resolución de la gestante. Un 44% de la población que accedió al acompañamiento de "*Mutisias rebeldes*" había estado embarazada anteriormente, pero solo el 4% habían transitado previamente un aborto. Por último, y como dato alarmante, se pudo relevar que el 92% de esas mujeres dijo haber sufrido violencia machista, desagregada del siguiente modo: 29% emocional/psicológica, 25% acoso callejero, 16% física, 9% sexual, 7% obstétrica, 4% económica/patrimonial y 2% otro tipo.

I.1.c. La actividad de difusión para ser contactadas y sus consecuencias

El acceso a los números de contacto con las distintas agrupaciones que integran las mujeres socorristas puede aparecer en un calco en un baño público, una pintada en la calle o un *flyer* en alguna red social. La internet posibilita a quienes desean interrumpir sus embarazos acceder a información sobre el aborto, y también es un medio eficaz para el proceso de acompañamiento, conforme podemos comprobarlo con solo leer los testimonios de quienes transitaron sus interrupciones durante el aislamiento social dispuesto por la pandemia (8).

En general, recibida la noticia del embarazo y tomada la decisión de no continuarlo, sola o contando con algún/a referente afectivo/a, las personas gestantes buscan información sobre cómo proceder. Sabemos que el sistema de salud no da respuesta satisfactoria, pero es innegable, también, que dentro de él existen quienes están dispuestos/as a respetar los derechos no reproductivos de las personas con capacidad de gestar, indicando las prácticas necesarias (ecografías, medicamentos, maniobras que completen el proceso medicamentoso, orientación psicológica, métodos anticonceptivos, etc.). La tarea que realizan las activistas de la Senred constituye el nexo entre les usuaries del servicio de salud y les profesionales, y por esa razón es de vital importancia el trabajo mancomunado.

La relevancia de la divulgación de los derechos al cuidado del propio cuerpo y al acceso a la interrupción del embarazo, y de la mayor cantidad de información de calidad posible sobre esa opción, ha sido un aprendizaje para las socorristas, que tomaron noción de la fortaleza que implica la articulación con el sistema de salud. Por esas, entre otras razones, las experiencias de cada una de las provincias en materia de protocolo de ILE, y —como se nos informó— de cuánto falta aún, se plasmó en otra acción política colectiva. El 28 de septiembre 2020 las socorristas en red lanzaron el "*Observatorio de acceso*

a abortos legales acompañados por SenRed", donde se vuelcan los datos de cada distrito y la situación legal de cada provincia con relación al protocolo ILE; al momento en que este trabajo es realizado ya hay cuatro informes provinciales suministrados.

Una de las tareas más importantes, dijimos, es la divulgación de la información de calidad.

La Red de Profesionales de la Salud por el Derecho a Decidir surgió hace cinco años, el 28/05/2015, en el Día Internacional de Acción por la Salud de las Mujeres. Su conformación fue impulsada por las Socorristas en Red y por la Campaña por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Ayuda a detectar cuáles son los obstáculos dentro del sistema de salud, las violencias que sufren las personas que quieren acceder a la interrupción del embarazo, la falta de medicación, que quienes son objetores de conciencia no impidan la práctica y brinden la información necesaria, denunciando ante las autoridades sanitarias para poder tomar medidas. La médica ginecóloga Verónica Butinof, integrante del Equipo Multidisciplinario de Interrupción Legal de Embarazo (EMILE) en Esquel y de la Red de Profesionales de la Salud por el Derecho a Decidir es una de las referentes en el campo del acceso al aborto, teniendo y generando conciencia sobre los diversos obstáculos que enfrentan las personas gestantes que solicitan la práctica de un aborto, y colaborando en la distribución de la información adecuada. En una entrevista dijo esta profesional: *"Hay personas que tienen dudas y finalmente no deciden interrumpir el embarazo, pero para esto tiene que haber consejerías con personas capacitadas en derechos humanos y no alguien que anteponga su pensamiento de lo que la otra persona tiene que hacer. Eso es lo que no tiene que pasar y pasa un montón"* (9). Veremos luego, en la narración que realizara una activista, cómo eso sigue sucediendo y de qué manera se procede.

En ese sentido, el deber de garantizar el acceso a la información de calidad acerca de la interrupción del embarazo en las condiciones en que lo permite la legislación, en la ciudad de Esquel se realiza a través de una consejería que funciona bajo la órbita del

Hospital Zonal, en dos centros de salud y, puntualmente para las personas menores de 20 años en el Servicio de Adolescencia. Los profesionales trabajan junto con las activistas, reconocen el acompañamiento amoroso y feminista, que orienta correctamente a las personas hacia el sistema de salud, facilita el acceso y reduce los obstáculos que suelen implicar violencia en las personas que buscan auxilio. Brindan información sin incidir en la decisión, puntualmente contienen ese miedo que es la principal emoción que manifiestan las personas gestantes al tomar contacto con las activistas; y ellas son quienes les indican, por ejemplo, que el tratamiento es ambulatorio hasta las doce semanas de embarazo o con internación cuando el periodo de gestación es superior a ese periodo, o que, antes de la octava semana no puede realizarse la práctica.

Las actividades de consejería de les profesionales y de acompañamiento de las socorristas se está haciendo poco a poco más visible, siendo abordada públicamente por los medios de comunicación locales lo que, como veremos más adelante, además de los comentarios agresivos en las redes sociales, dio lugar incluso a una inusitada denuncia penal.

II. Ser activista socorrista en primera persona

L. tiene 29 años, estudió Ciencias Económicas y se recibió siendo madre de dos niños, tiene su trabajo en un estudio contable. Ella es quien decide el horario para la entrevista: 7 a.m. de un día de enero...

"La paso a buscar por la intersección de las calles que me indicó y cuando le pido que traiga su mate la respuesta es: 'siempre lo llevo en la mochila'. Mientras andamos la ciudad vacía a esa hora, hablamos de generalidades. Supimos las unas de las otras, porque las personas que se interesan por el ejercicio efectivo de los derechos humanos tienen conciencia de que no están solas, que todo es cuestión de encontrarse, pero no nos conocíamos personalmente".

Empezamos a trabajar el tema cada quien con su mate respetando las distancias físicas impuestas por la pandemia, pero sabiéndonos cercanas.

L. es clara y precisa cuando describe la tarea que realizan ella y sus cinco compañeras de agrupación. Cuenta que allá por el año 2018 se enteró que la Universidad Nacional, con sede en Esquel, difundió una actividad (conversatorio) vinculada con la práctica del aborto. Su acercamiento al trabajo solidario de las socorristas fue instantáneo, su decisión de capacitarse accediendo a información e incluso asistiendo a encuentros en otros puntos del país permanente y constante. Recuerda que a partir de ese diciembre conformaron el espacio "*Mutisias rebeldes*" (10) que es el que hoy las agrupa.

Relata con orgullo que muchos de los datos que la Red de Socorristas ha sistematizado a lo largo de los años fueron utilizados en el debate del proyecto de ley del Poder Ejecutivo que se convirtió en ley. Enfatiza que esos datos son públicos, y cuenta que ella es la encargada de la difusión del grupo que abarca las ciudades chubutenses de Esquel y Trevelín, así como las poblaciones más pequeñas y cercanas. Utilizan todas las redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter) y agrega que, de a poco fueron concediendo entrevistas a medios periodísticos locales. Aquí es donde se detiene y refiere que eso motivó una denuncia penal, de la que ella se enteró casi casualmente.

—Entrevistadora: ¿qué te pasa a vos en esta tarea de acompañamiento?

—L: *Partimos de la base de correremos para darle lugar a la persona que está llevando a cabo la interrupción. Al principio había miedo, pero articulamos desde el principio con el sistema de salud. Y eso nos dio cierta seguridad. Siento que es como una pared. Hay confianza en les profesionales que garantizan.*

—E: ¿cómo es el proceso de informar, cómo el de acompañar?

—L: *Recibimos el llamado a la guardia, hacemos preguntas pautadas que necesitamos para avanzar, como nombre, edad, fecha de la última menstruación, modalidad más adecuada para seguir en contacto. Fue difícil durante el aislamiento, pero aprendimos y pudimos acompañar. Lo primero que hacemos es tranquilizar a la persona, decirle que no está sola, que se quede tranquila, que todo tiene solución. Después gestionamos una entrevista con nosotras —que trabajamos en dupla— que es presencial y en un lugar público donde se pueda hablar, o durante la pandemia fue por video llamadas. El primer turno en el sistema de salud lo gestionamos nosotras pues tenemos vínculo directo con medicas/os generalistas y/o ginecólogos/as que garantizan. Cuando brindan su consentimiento informado lo hacen luego de mantener entrevistas psicológicas, que pueden ser de 15 minutos o derivar en un proceso más largo que incluya dos o tres encuentros con le profesional. Una vez que se realizaron la ecografía y tienen el medicamento, organizamos dónde y cuándo se lleva a cabo la interrupción. Nuestra idea siempre es respetar la autonomía personal, por eso quien define dónde y cuándo la llevará a cabo es ella; y en caso de ser solicitado aportamos a esa organización.*

—E: ¿Cómo llegan a Uds. y cómo se preservan ante esa primera llamada?

—L: *Además de utilizar todas las posibilidades que brinda la tecnología, empezamos a dar notas periodísticas; algunas de nosotras elegimos no mostrarnos físicamente, pero otras sí lo hicimos, con nombre, apellido y rostro. Tenemos guardias rotativas y funcionamos en dupla, cuando la persona nos llama nos identificamos como "Rosa", para que haya una especie de "identidad". Después de obtener los datos necesarios, armamos un grupo de WhatsApp las tres y concretamos la entrevista que será personal o, en época de distanciamiento físico por la pandemia, hicimos por video llamada; ahí nos presentamos con nuestros nombres reales y generamos los lazos.*

—E: ¿cómo se apoyan, evacuan dudas, o siguen durante o después de cada auxilio?

—L: *Nos informamos, nos contenemos con las experiencias de la Red, también hacemos reuniones con la gente del sistema de salud. Estamos muy en*

contacto, articulamos, hicimos dos talleres informativos. Tenemos como finalidad fundamentalmente brindar información y sistematizar las acciones, el hacer, para construir y difundir información. Nos propusimos eso porque a pesar de la legislación de avanzada de la provincia de Chubut, que el caso que llegó a la Corte (F.,A.L.) era de acá que hay protocolo que garantiza, percibimos que se desconoce el derecho a la ILE. Hacia el interior de la grupa, hemos tomado iniciativas para que la directora del Programa de Salud Sexual y Reproductiva garantice tareas más aliviadas a quienes garantizan el derecho a la ILE hasta tanto se produzcan contrataciones de médicos/as no objetores, y no hemos tenido respuestas favorables en ese sentido. Nos quedan "pendientes" como, por ejemplo, repensarnos en nuestras individualidades y revisarnos, porque cada una tenemos nuestra personalidad, y como toda grupa aparecen temas sobre los que hay que trabajar y mejorar en función del objetivo común.

—E: ¿Cuántos procesos acompañaron en nuestra zona?

—L: *Estimativamente, desde que empezamos, alrededor de 90 acompañamientos, no todas fueron interrupciones, hubo quienes decidieron continuar el embarazo. En un caso la persona tenía un proceso gestacional avanzado (28 semanas) y no se podía llevar a cabo el aborto. Pero la acompañamos durante lo que siguió, que fue recibir información sobre la posibilidad de darle en adopción, incluso participamos de la reunión con la Oficina de Adopciones. Le dijeron que se tenía que indagar en la familia de origen sobre la posibilidad de crianza de algún pariente que tenían prioridad, antes que otras personas, además de la espera de 45 días después del parto para el consentimiento. Finalmente decidió conservar a su hijo y criarlo.*

—E: ¿Cómo se llevan con el ámbito privado?

—L: *En el sistema público casi todes son objetores de conciencia, pero de a poco van variando esa postura. Por ejemplo, tenemos una médica que ahora hace la ecografía en privado cuando por alguna razón no se puede hacer el estudio en el sistema público. Hemos recibido relatos de personas mal asesoradas en el privado que, en su desesperación, recurrió a las socorristas y la pudimos acompañar y concretó la interrupción. Es alarmante la obstaculización que sufrimos las mujeres frente a nuestros derechos. La ginecóloga del Hospital que garantiza hace la orden*

médica consignando la sigla ILE y quien realiza la ecografía sabe que debe llevar a cabo el estudio de imagen sin mostrar ni hacer oír a la persona gestante. Nosotras, eventualmente, les informamos que tienen que indicarle al efector/a que sea hecho sin que tengan que ver o escuchar. Tratamos de prevenir ese tipo de violencias.

—E: ¿Cómo compilarías brevemente la tarea que hacen las "Mutisias rebeldes"?

—L: *Nuestra función es hacer llegar información, acompañar y sistematizar. Acompañamos las interrupciones para que el proceso sea más llevadero, que las mujeres o personas gestantes puedan transcurrirlo de la manera más tranquila posible, entendiendo que la autonomía sobre los cuerpos no necesariamente tiene que ser algo traumático. Teniendo información sobre las posibilidades y sobre lo que va a ocurrir, sabiendo incluso las manifestaciones de los cuerpos durante el proceso de interrupción las personas pueden sobrellevarlo mucho mejor. Además, está el factor emocional, ese lazo feminista que nos hermana y permite albergar el dolor. La idea es seguir realizando este acompañamiento luego de la sanción de la IVE.*

—E: ¿Cómo es un acompañamiento paso a paso?

—L: *La persona se comunica a la guardia. Nos presentamos como "Rosa" y quien esté a cargo de la guardia arma un primer encuentro con la dupla asignada para ese acompañamiento. Los primeros contactos son telefónicos, y se organiza lo antes posible un encuentro presencial que se realiza en espacios públicos. En los primeros meses de 2020 por el aislamiento preventivo eso fue suplantado por encuentro virtual; hasta el momento no nos pasó que no pudiesen hacer video llamadas, recurrieron a teléfonos de pareja, amigas, hermanas. En general las personas gestantes están acompañadas por alguien de su entorno y eso es respetado y recomendado. También les damos la posibilidad de ser nosotras las que acompañemos "al momento del aborto" (SIC). Siempre brindamos información y evacuamos dudas. No inducimos la práctica, respetamos las decisiones. Les contamos que hasta la semana 12 el proceso es ambulatorio y a partir de allí es con internación porque quedan posibilidad que queden restos; describimos en qué consiste el proceso medicamentoso, ofrecemos estar durante las puestas de las*

pastillas, buscar el lugar si no tienen donde transitarlo, describimos los síntomas (escalofríos, náuseas que duran hasta que se produce la expulsión) y colaboramos en el acceso al sistema de salud. Nuestra tarea sigue hasta que se confirma que la interrupción fue exitosa, y que, realizado el "control posaborto", tuvieron acceso a información sobre métodos anticonceptivos. Ahí terminamos de llenar la planilla de datos que tomamos en los primeros encuentros y que son los insumos de la información de la Red.

—E: ¿Cuáles son, a tu criterio, los principales obstáculos?

—L: *Chubut es una provincia con muchas leyes de avanzada, pero cuesta llevarlas al territorio. Por ejemplo, lo que pasó con Estrella (11) fue percibido como un amedrentamiento. Hace poco tiempo nos pasó que la psicóloga de una localidad cercana (12) le dijo a una persona que estaba en proceso de interrupción de embarazo que iba a "firmar la planilla" (13), pero que primero lea lo que había pasado con la chica de Maitén (la adolescente que murió después de la interrupción) y eso es violencia obstétrica. Ante la detección de este tipo de situaciones y dado que los médicos pueden ser objetores, pero no obstaculizadores, se recurre al sistema de salud para corregir estas cuestiones. Estamos bastante organizadas y se toman las medidas necesarias.*

L. mira su reloj. Llevamos dos horas de diálogo, y debe ir a trabajar. Nos despedimos en un encuentro de puños, que simboliza un distanciamiento físico y a la vez, un punto de convergencia, una promesa de abrazo que algún día podremos compartir.

III. Las interferencias a la tarea de las socorristas. El caso de la denuncia penal

El 31 de agosto de 2020 la Fiscalía de la ciudad de Esquel recibió la denuncia presentada por un grupo de ocho personas, hombres y mujeres domiciliados/as en las ciudades de Esquel y Trevelin, provincia de Chubut. Dijeron en su texto que habían tomado conocimiento a través de una entrevista en un periódico local (Diario *La Portada*) publicada el 10 de agosto que las integrantes de la asociación "*Mutisias Rebeldes*" llevaban a cabo acciones que tipificaban

injustos penales. En particular, citaron los arts. 208 (14), 209 (15) y 213 (16) del Cód. Penal, es decir: ejercicio ilegal de la medicina, instigación a cometer delito y apología del delito, mediante una asociación presumiblemente ilícita para cometer el delito de aborto (arts. 85, 86, 87, 88 del Cód. Penal).

Quienes denuncian reconocen que en la provincia existe la Ley XV N° 14 y la res. Ministerial N° 422/10 que incorpora la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles 2010 realizada por el Ministerio de Salud de la Nación en el marco de la ley 25.673 y su dec.-reg. N° 1212/2003 (17), a las que tildaron de inconstitucionales. Mediante la utilización de términos tales como "*homicidio prenatal del hijo de la gestante —peticionante de la muerte por sí o sus representantes legales*" (SIC) corriéndose del apego a la legalidad que invocan y utilizando categorías jurídicas inexistentes, como el neologismo mencionado, pretenden la persecución penal de las socorristas que difundieron su actividad. Con cita de normativa internacional, invocando derechos de las personas por nacer, y confrontando las apreciaciones de la CS en el resonado caso "*F.,A.L.*", particularmente en cuanto ese organismo señaló que la reserva 2 de la Convención de los Derechos del Niño, a la luz de la interpretación dinámica a partir de los trabajos del Comité de Seguimiento permitía sostener que se trata de una declaración interpretativa, razonamiento que calificaron de "*pueril*". En la extensa denuncia realizan manifestaciones donde historizan la regulación del aborto no punible, y permanentemente confrontan el sistema legal con la Convención de los Derechos del Niño afirmando que, en la tensión entre derechos, debe procurarse la consecución del embarazo aún frente al peligro para la salud (física o mental) de la gestante.

La denuncia dio lugar a la formación del Legajo N° Legajo nro. 50.247/2020, caratulado: "*G., P. E. —M., J. L. —A., M. A. —R., L. —M., M. C. —P., E. M. —R. S. A. —D., S. - S/ EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA, INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS, APOLOGÍA DEL CRIMEN*", y en fecha 2 de

septiembre de 2020 fue desestimada en los términos del art. 270 de la Ley XV N° 9 DJP (Código de Procedimiento Penal) (18).

El argumento tenido en cuenta para repeler el intento de criminalizar el trabajo de las socorristas se realizó previo a desplegar una investigación preliminar.

En efecto, la Brigada de Investigaciones realizó, a pedido del Ministerio Público Fiscal, un informe en relación a la red de mujeres *"que se condice con lo que emerge de la publicación del Diario La Portada y además es confirmado por personal médico del HZE que fue consultado por la suscripta"*. En efecto, se sostiene en la pieza en análisis y siempre en relación con las socorristas que: *"... según la información referenciada en modo alguno realiza prácticas médicas ni similares, sino que acompañan a mujeres en situación de ILE para que hagan la consulta médica correspondiente, donde se evaluará si se dan las condiciones para la aplicación del protocolo de ILE, según lo establece la Ley XV, nro. 14 del Digesto Jurídico Provincial, proveyendo información segura para que las personas gestantes no recurran a prácticas riesgosas."*

El principal argumento que da la titular de la acción pública es que: *"Dicho acompañamiento, más allá de las diversas posturas ideológicas que puedan existir a nivel comunitario, no implica en modo alguno instigación ni apología a cometer delitos, sino más bien que las mujeres que se encuentren ante tan difícil situación conozcan sus derechos y a quién recurrir dentro del ámbito de la salud pública, donde profesionales de la salud que además revisten el carácter de funcionarios públicos evaluarán la situación de cada una atendiendo lo que indican los tratados internacionales, leyes nacionales y provinciales y protocolos vigentes, siempre debiéndose respetar el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia según nos ilustra la ley 26.485 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer."*

No se tuvo en cuenta ni al denunciar ni al disponer el archivo por inexistencia de delito que la res. 422/2010 del Ministerio de Salud de Chubut fue dejada sin efecto por res. 27/2019 que dispuso la adhesión al Protocolo para la Atención Integral de las personas con

derecho a la interrupción legal del embarazo reformulado por el Ministerio de Salud de la Nación, adhiriendo así a la versión revisada y actualizada de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles de 2010 correspondiente al año 2015 (19). La disposición ministerial 27/2019, en sus fundamentos, además de considerar que la actualización del Protocolo se funda en las revisiones médicas, bioéticas y legales, adopta el argumento de que: "*el art. 20 de la Ley XV N° 26 establece específicamente como obligaciones del Ministerio de Salud promover prácticas que garanticen el acceso a la ILE, la analgesia y anestesia adecuada...*" (20) y la invocación puntual a la Ley de Protección Integral e Igualdad de oportunidades y equidad de género ha de ser vista como una saludable interseccionalidad que —al menos en el ámbito de la salud— resulta auspiciosa.

El caso que aquí exponemos pone en el tapete la tensión de derechos que trae aparejado el tema del aborto. Frente a denunciante que se afincan en argumentos que pivotean sobre el derecho a la vida desde la concepción como absoluto, la Fiscalía interviniente desestima con fundamento en los derechos que titularizan las personas con capacidad de gestar, en particular las mujeres. Es de hacer notar que la cita legal de la Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (26.485) y la Convención de Belem do Pará hace eje en los derechos de las mujeres a decidir sobre su cuerpo, y en particular sobre la salud sexual reproductiva reduciendo las consecuencias de los embarazos no deseados en la integridad psíquica de las personas gestantes. En definitiva, con esa actividad estatal, que implicó un apoyo explícito a la tarea desarrollada por las Socorristas en red, se legitimó una modalidad de "*acuerpar*" y "*acompañar*" que resultó y resulta imprescindible para transitar la interrupción voluntaria del embarazo.

IV. A modo de epílogo

A partir de la propuesta de escribir estas líneas hemos indagado y comprobado la importancia de la función social

desarrollada por mujeres anónimas que, de manera más o menos silenciosa, y claramente desinteresada y solidaria, se hermanan y ponen a disposición recursos personales y a veces materiales para acompañar a sus congéneres.

Conforme los testimonios de quienes transitaron las interrupciones de embarazos no deseados, y lo que pudimos conocer de primera mano a través del trabajo en territorio de las auxiliadoras, podemos concluir que el acompañamiento que brindan no es —bajo ningún concepto— un disparador de la decisión personal que adoptan las personas gestantes. Al contrario, se trata de acciones amorosas, cuidadas, comprensivas, y precursoras de la autonomía. En este punto, sabiendo de la predisposición de la mayoría de los y las operadores sociales o jurídicos a ejercer un "*paternalismo*" injustificado, la modalidad de ejercicio de la promoción de los derechos que desarrollan las socorristas es interesante e imitable.

Parten de brindar la información de calidad, continúan con la contención durante el proceso de aborto y la finalización de su tarea se extiende más allá de la práctica en sí misma, incluyendo acciones preventivas vinculadas a los derechos sexuales reproductivos y no reproductivos. Es posible afirmar que la tarea de las Socorristas en Red permite que se reduzcan los riesgos sobre la salud física de las mujeres, pero también, que con su actividad militante se cuida la salud psicológica. El encuentro, la presencia, el respeto, el acompañamiento permiten que el miedo —principal emoción que se confiesa en todos los testimonios de quienes llevaron a cabo la práctica— no interfiera obstaculizando o demorando lo que fuera decidido íntimamente. Gracias, entonces, a ELLAS.

Referencias Bibliograficas

(A) Jueza de Familia de Esquel, replicadora ante la provincia de Chubut de talleres de violencia de género, trata de personas y violencia doméstica de la CS, exdocente de UNPSJB.

(AA) Fiscal a cargo de la Agencia de Investigaciones Complejas, Ministerio Público Fiscal de Esquel, diplomada en Violencia de Género en la Universidad Nacional de Córdoba, extitular de la Agencia de Violencia de Género, replicadora ante la provincia de Chubut de talleres de violencia de género, trata de personas y violencia doméstica de la CS.

(1) <https://socorristasenred.org/wp-content/uploads/2020/04/Sistematizacion2019.pdf>.

(2) Se respetará el lenguaje utilizado por la persona que brindó la información.

(3) socorristasenred.org relevamiento 2019, ob. cit.

(4) socorristasenred.org, relevamiento 2019, ob. cit.

(5) socorristasenred.org relevamiento 2019, ob. cit.

(6) Del 15% del total país al 27% en el ámbito local de la ciudad de referencia.

(7) El 38,1% de quienes se encontraron con activistas feministas de SenRed se encontraban dentro del sistema educativo formal; es decir, 5.634 mujeres. Mientras que la mayoría (61,9%) estaban fuera de este.

(8) Recomendamos enfáticamente la lectura de la recopilación de las experiencias de abortos descriptas por las personas gestantes acompañadas por las socorristas, compiladas en el libro *Estamos cerca: relatos de aborto en cuarentena* / Ruth Zurbriggen. - 1a ed. - La Plata: EDULP, 2020. Libro digital, PDF disponible en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/105095/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

(9) <https://diariolaportada.com.ar/2020/06/12/el-derecho-a-la-interrupcion-del-embarazo-no-esta-en-cuarentena/>.

(10) La mutisia es una flor de la región patagónica, que crece como enredadera alrededor de árboles autóctonos. El pueblo mapuche construyó en torno a ella una leyenda que se origina en el amor romántico entre dos jóvenes pertenecientes a tribus antagónicas que huyeron juntos y fueron atrapados y condenados a muerte. Ejecutada la orden, dice la leyenda que nació de sus restos esta flor anaranjada.

(11) L. se refiere a la médica generalista de la localidad de El Maitén, que practicó un aborto no punible a una adolescente de 17 años quien, como consecuencia de complicaciones posteriores y —

conforme se determinó en el proceso penal— falleció. La médica en primera instancia fue absuelta respecto del delito de aborto consentido seguido de muerte por la que fuera acusada, pero se la condenó a un mes de prisión en suspenso y a un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina, por el delito de lesiones culposas. El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut la absolvió señalando que la médica fue acusada por aborto voluntario seguido de muerte y —alternativamente— por homicidio culposo. La variación realizada por el juzgador transgredió el principio de congruencia, que implica la correspondencia entre el hecho imputado en la acusación y el descrito en la sentencia, por lo que fue absuelta en diciembre de 2019.

(12) Varios pueblos y localidades relativamente alejados de Esquel tienen servicios de salud, en algunos con profesionales estables, dependiendo todos del Hospital Zonal de esta ciudad. En lo relacionado con la ILE, les es aplicable la Resolución 27/2019 que adhiere al Protocolo del Ministerio de Salud de la Nación.

(13) En referencia al consentimiento informado que es integrado con el asesoramiento de un/a profesional de la psicología para certificar el riesgo a la salud psíquica de quien solicita la interrupción legal.

(14) Art. 208. - Será reprimido con prisión de quince días a un año: 1° El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito; 2° El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles; 3° El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1° de este artículo.

(15) Art. 209. - El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

(16) Art. 213. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

(17) Adhiere a la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles 2010. Fechada el 15/10/2010 y publicada en Boletín Oficial 23/11/2010, haciendo mención en sus considerandos que: *"...el Ministerio de Salud de la Nación, a través del Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, desarrolló una Guía técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles puesta en vigencia en el año 2007; Que dicha Guía fue actualizada en el año 2010, a fin de incorporar a la misma un Marco Jurídico que incluye la más reciente jurisprudencia, por la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut en la causa "F.,A.L. s/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" (Expte. N° 1.912-f-2010)".*

(18) Art. 270 - Desestimación - Si el fiscal estima que el hecho no constituye delito desestimara la denuncia o las actuaciones policiales. La desestimación no impedirá la presentación de una nueva denuncia sobre la base de elementos distintos. El denunciante del hecho tiene siempre derecho a ser informado por el fiscal de la desestimación, con copia de su decisión [artículo 268, IV, (d)]. Es falta grave la omisión de esta comunicación.

(19) La Resolución dispone adherir al Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo y deja sin efecto la resolución 422/10 SS. Se adopta el 06/11/2019 y es publicada en el Boletín Oficial: 09/12/2019 Fue compulsada el 10/1/2121 en <http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=34528>.

(20) Art. 20°. - Ministerios de Salud. Compete al Ministerio de Salud: Articular con el Ministerio de Familia y Promoción Social, los sistemas de apoyo especial para el ejercicio de sus Derechos. Incorporar la perspectiva de género en todas las políticas de salud, reducir las inequidades de género y lograr que sean atendidas las necesidades específicas de las mujeres y el colectivo LGBTQ+ a lo largo de su ciclo de vida, para que estén en condiciones de desarrollarse plenamente. 3) Atención de la salud en relación con procesos de modificación corporal. 4) Desarrollar Servicios especiales de Salud Comunitaria para la atención y acompañamiento de víctimas

de Violencia de Género. 5) Promover prácticas que garanticen el parto respetado y el acceso al ILE Chubut. 6) Trabajar en conjunto con el Ministerio de la Familia de Promoción Social y Educación consejerías de asesoramiento en ESI, atendiendo la diversidad sexual y de género. 7) Garantizar el acceso a anticoncepción transitoria y quirúrgica. 8) Garantizar anestesia peridural en los partos, si la persona lo requiere. 9) Garantizar analgesia adecuada en la inducción de aborto no punibles y anestesia en ARIEU o legrados en ANP (Ley de parto respetado y protocolo para las personas con derecho a ILE

Jurisprudencia española

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 98, 176

Cita Online: LALEY AR/DOC/54/2021

[Consultado el: 04/06/2021]

Sumario: I. El correr del tiempo (administrativo y judicial) y su incidencia en los afectos: ¿y el derecho a ser oídos?— II. Restitución internacional, socioafectividad e interés superior del niño frente a la alegación de vulneración de derechos fundamentales.— III. Divorcios de pareja ¿y de hijos? Autonomía progresiva y elecciones respetadas.— IV. Socioafectividad y biología confluyendo o excluyéndose: un caso de adopción.— V. Un supuesto de construcción de coparentalidad por decisión judicial.

I. El correr del tiempo (administrativo y judicial) y su incidencia en los afectos: ¿y el derecho a ser oídos?

El Tribunal Supremo de España, en razón del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila del 09/05/2019, confirmatoria de la resolución judicial originaria que, pese a la oposición paterna, avaló la resolución administrativa de protección de menores 263/2016, del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Ávila, sostuvo la declaración de desamparo y el acogimiento familiar simple dispuesto como consecuencia y confirmado en las anteriores instancias.

La sentencia definitiva se dicta el 25/11/2020 y en ella se consigna que el progenitor interpuso recurso demandando la guarda y custodia de sus hijos menores —la rehabilitación del ejercicio de la

responsabilidad parental— frente a la medida adoptada por los servicios sociales de Ávila. Los niños habían sido declarados en situación de desamparo con asunción de su tutela legal mediante el sistema de "casa de acogida", desde el 12/07/2011, medida que se prorrogó en junio de 2014 y posteriormente en junio de 2015. En particular, señala el fallo: "*Interesaba el actor y padre, se suprimiera la medida de acogimiento familiar estableciéndose a su favor la guarda y custodia sobre dichos menores, con régimen de visitas a favor de la madre*".

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda paterna con el argumento de que lo que se pretendía impugnar o revocar era el desamparo acordado en 2011, constando que se había notificado al padre en julio de 2011, por lo que dicha acción ya no podía ser ejercitada. El fallo, además, declaró que los niños llevaban seis años en acogimiento familiar, que el informe elaborado destacaba que se desaconsejaba el retorno con su familia de origen, aunque consideraba viable un régimen de visitas paterno-filial, añadiendo que los niños estaban perfectamente integrados. Esa primera sentencia resuelve "*no hacer lugar a suprimir el acogimiento familiar simple, ni modificar la patria potestad, ni guarda y custodia, sin perjuicio del estudio de la viabilidad de un régimen de visitas paterno filial adaptado a las circunstancias, y aceptado por los acogedores*". Recurrida por el padre, la Audiencia desestima el recurso, confirma que la pretensión de revocar el desamparo habría caducado y resalta la necesidad de evitar que los menores de edad estén permanentemente en instituciones públicas, pretendiendo buscar familias de acogida, y por tanto dar una solución definitiva.

Llegado el caso a la máxima instancia, focalizando en la circunstancia de que el desamparo no había sido cuestionado en 2011, dice el TS: "*atiende al principio superior de los menores, confirmando la sentencia dictada en primera instancia, que desestima la petición del padre, por los motivos expuestos ut supra, por lo que el recurrente, obvia lo declarado por la audiencia y su ratio decidendi*". Luego, rememora la STS 393/2017 del 21 de junio donde el alto cuerpo dijo: "*Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista*

de los hechos probados en la sentencia que se recurre (sentencias 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio. 641/2011, de 27 septiembre, 431/2016, de 27 de junio, entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés del hijo, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas".

Se muestra en este fallo que, con escasos argumentos, el sistema de protección integral de los derechos de las personas menores de edad tiene similares falencias en otros países como lo que se observa en el nuestro. Tanto en cuanto al tiempo, pues se advierte del relato de los hechos y la solución definitiva cómo ese factor genera relaciones socioafectivas entre las personas menores de edad y los y las adultas no vinculados/as por parentesco a quienes el sistema confía el cuidado, que luego tornan imposible revertir las inserciones familiares alternativas a la originaria, como respecto de la incertidumbre jurídica en que transcurren los años de la infancia.

Cabe preguntarse si es razonable que un abordaje estatal relacionado con el derecho a la vida familiar de personas menores de edad comenzado en el año 2011 obtenga sentencia definitiva recién en el año 2020. La respuesta negativa es evidente, pero más allá de eso, en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se había posibilitado un régimen comunicacional del que nada se dice en este resolutorio, siendo alarmante que —al menos del texto no se extrae— no se consultó la opinión de los sujetos involucrados, ni apeló a informes actualizados, echando mano a una formalidad como lo fue la falta de cuestionamiento —en el año 2011— del desamparo declarado, cuyo impacto en las relaciones familiares parece no haber sido considerado. Resulta evidente que el tiempo transcurrido fue el que incidió en la resolución del caso, pero lo que interesa poner de resalto es la invisibilización de la calidad de sujetos de derecho de estos niños, que no ejercieron el derecho a ser oídos respecto de la posibilidad de mantener contacto con su familia de origen aun durante o después de su inserción adoptiva.

Este fallo es seleccionado juntamente con otro que llega también a la máxima instancia proveniente del mismo juzgado de origen, y en el que la solución a la que se arriba ante la ausencia del ejercicio del derecho a ser oído es diferente. Si bien la plataforma fáctica es distinta —en el primer supuesto estamos ante una intervención estatal de protección de derechos, mientras que, en el segundo, como veremos, se trata de una disputa entre progenitores— lo que intentamos realzar es la necesidad de garantizar el ejercicio de participación de niños, niñas y adolescentes en todos los procesos que los afectan, y no solo cuando las partes adultas alegan la infracción por omisión o denegación infundada de ese derecho.

La sala de lo Civil del Tribunal Supremo español dictó la sentencia 648/2020 en fecha 30/11/2020 en el procedimiento 5518/2019 (1) que llegó a estudio por el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 18/06/2019 de la Audiencia Provincial de Ávila. El juzgado de primera instancia, con fecha 05/11/2018, resolvió el rechazo de la demanda tal como la planteó el progenitor en lo atinente al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental (2), y la Audiencia revocó ese fallo disponiendo un sistema de guarda y custodia compartida de los dos hijos por periodos semanales alternos de tal manera que una semana estarían con el padre y otra con la madre, abonando cada uno los gastos alimentarios correspondientes en el periodo que estuviesen compartiendo. También puntualizó el sistema de disfrute de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano reponiendo el que se había establecido por anterior resolución judicial (divorcio de mutuo acuerdo 235/16), declarando que los gastos extraordinarios serán abonados por mitad.

La progenitora interpuso recurso de casación al amparo de lo establecido en el art. 477.2. 3º de la LEC denunciando la infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del art. 92, aparts. 6º y 8º del Cód. Civil, pues no se tuvo en cuenta la mala relación y la falta de diálogo entre los progenitores lo que hace que difícilmente el sistema de custodia

compartida proteja adecuadamente el interés superior de los niños y por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo. Además, denunció la infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del art. 92, aparts. 2º, 6º y 9º del Cód. Civil; y 3.1 y 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; el art. 39 de la Cons. española; y los arts. 2 y 11.2.a de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo.

Los principales fundamentos de hecho de la progenitora fueron: a) que no habría sido acreditado, ni siquiera mínimamente, un cambio sustancial de circunstancias en beneficio de los niños, y el régimen resuelto los obligaba a cambiar rutinas y ser trasladados a diario al domicilio de una persona asalariada desde donde asistirían a la escuela; b) la mala relación entre los progenitores, que no respondería a un mero distanciamiento tras la ruptura, sino que constituiría un obstáculo insalvable para la adopción del régimen de guarda y custodia compartida; y c) que se había denegado a los niños ser oídos, tanto en primera como segunda instancia, al considerarse que ello no aportaría nada al procedimiento.

La sala civil del TS inicia su análisis por este tercer motivo señalando que la progenitora había requerido la "*exploración*" de los hijos, que cuentan con 12 y 8 años de edad, denegándose ese derecho (que en la sentencia se denomina prueba) sin motivación. Para abordarlo, rememoran que, según declara la sent. 157/2017, de 7 de marzo, "*En relación a la falta de exploración de la hija, esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan*". En igual sentido la sent. 578/2017, de 25 de octubre. En la sent. 413/2014, de 20 de octubre, se declaró: "*La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha*

prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio". En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. "Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada".

Con tales fundamentos, se declara que, al no haberse oído a los niños y no haberse rechazado motivadamente la propuesta de escucha, procede admitir el motivo del recurso y como consecuencia, resuelve la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la audiencia provincial para que, previo ejercicio del derecho a ser oídos (directamente o a través del equipo psicosocial), dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda.

II. Restitución internacional, socioafectividad e interés superior del niño frente a la alegación de vulneración de derechos fundamentales

La Audiencia Provincial de Pontevedra intervino en una solicitud de restitución internacional, dictando la sent. 555/20 en fecha 20/10/2020 (3), en ocasión de la apelación interpuesta por la progenitora contra lo resuelto con fecha 23/09/2020, en cuanto declaró ilícitos el traslado y la retención en España de la niña hija de la pareja, ordenando a la progenitora la restitución al padre residente en la República Bolivariana de Venezuela.

El proceso versó sobre la pretensión de restitución de I., de 5 años de edad, que fue trasladada por su madre a España en diciembre de 2019, procedente de Caracas, donde tenía su residencia habitual. La demanda de sustracción internacional fue presentada por el padre, quien afirmaba ser titular del derecho de custodia. El marco jurídico del litigio está dado por el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (La Haya, 25/10/1980), y por lo dispuesto en los arts. 778 quáter a 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prueba consistió en las resoluciones dictadas por los tribunales venezolanos en los diversos procesos de familia y

dos dictámenes periciales, además del interrogatorio judicial de las partes.

La oposición de la madre se basaba en la inexistencia de un derecho de custodia efectivo por parte del demandante y en la concurrencia de los motivos previstos en el Convenio consistentes en la existencia de un peligro para la salud psíquica de la niña y en la incompatibilidad del traslado con los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La sentencia impugnada había considerado que, en el momento inmediatamente anterior al traslado, existía una situación de custodia por parte del padre y que el traslado de la niña resultaba ilícito. Rechazó la alegación de la madre, que justificaba el desplazamiento debido a la particular situación jurídico-política que atraviesa la República Bolivariana de Venezuela, y la existencia de irregularidades cometidas en los diversos procesos de familia. La sentenciante de grado hace alusión a los actos propios de la madre y descarta una persecución por parte de los órganos judiciales venezolanos a su respecto. Simultáneamente constata la existencia de una resolución judicial dictada en el estado de residencia de la niña que declara ilícito su traslado. En cuanto a la existencia de un grave riesgo o peligro para la menor de edad, recuerda que la interpretación es restrictiva, y señala que la progenitora sigue un razonamiento contradictorio con su conducta anterior de fijar su residencia en Venezuela, cuando las condiciones sociopolíticas resultaban idénticas. Sostiene la existencia de un vínculo afectivo entre la niña y el padre, conforme a los dos informes periciales aportados al proceso, señala manipulación por parte de la madre y concluye afirmando la inexistencia de riesgo para la hija derivado de su restitución forzada al país de origen.

La progenitora interpone recurso de apelación, imputando a la sentencia haber errado en el proceso de valoración de la prueba y en la aplicación del derecho (4).

Al resolver, la Audiencia Provincial tiene por acreditado que, antes del traslado a España, la residencia de la niña era en el Estado de Miranda —Venezuela— donde incluso se encontraba escolarizada. Los progenitores se hallaban separados, el padre estuvo residiendo en Japón con motivo de su trabajo, aunque desde los seis meses de edad de la nena, cuando viajaba a Venezuela, mantenían contacto y siguieron haciéndolo cuando él se radicó en ese país, donde formó otra pareja y tuvo otras hijas.

Las actuaciones llevadas a cabo en el país de origen y consideradas en el fallo apelado pueden resumirse en: el 5/08/2019 se dicta una medida provisional de convivencia otorgando la custodia para la madre y visitas a favor del padre; el 14/08/2019 se solicita ejecución forzosa de dicha resolución. El 15/08/2019 se dicta resolución por la que se prohíbe la salida de la niña del país. El día 20/08/2019 se dicta por el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, sustanciación y ejecución, resolución homologando judicialmente el acuerdo alcanzado por ambos progenitores que establecía un régimen de custodia para la madre con régimen de visitas a favor del padre respecto de Inés. El 22/08/2019 se solicita, por el padre, autorización para viajar con la menor de edad fuera del país. El 07/11/2019 el padre peticiona la custodia compartida de la menor, y el 13/11/2019 solicita medida preventiva de prohibición de salida del país, lo que es así dispuesto por el tribunal, librándose los oportunos oficios a las autoridades aeroportuarias, terrestres y administrativas competentes, y notificándose a la demandada. La progenitora acude al Consulado General de España en Caracas. Denunció ante el cónsul general que estaba siendo objeto de una persecución por parte del padre de su hija y se sentía totalmente desamparada ante el sistema judicial y policial venezolano. El 25/11/2019 ambos progenitores asisten a una sesión de mediación ante el tribunal. El 05/12/2019 ambos progenitores son citados para evaluación del informe del equipo psicosocial. El día 13/12/2019 se dispone medida preventiva provisional de custodia compartida. El 18/12/2019, en ocasión de llevar a cabo la ejecución de la medida de custodia compartida, se comprueba que la madre y su hija no se

encontraban en su domicilio y corroboran con el abuelo que habían viajado a España. En esa ocasión el padre de la demandada y una hermana de esta fueron detenidos en su domicilio y puestos en libertad tras gestiones de sus abogados. Al día siguiente se declara que existe un traslado ilícito y una sustracción ilegal de la menor de edad.

Se consigna también en la sentencia que el 19/12/2010, ya en España, la madre de la niña presenta denuncia de malos tratos contra el padre; por resolución del 23/12/2019 se sobreseyó el trámite fundado en que los tribunales españoles carecían de jurisdicción; esa resolución fue confirmada por auto de la APP de 11/03/2020. El 23/12/2019 el progenitor inicia el procedimiento para la restitución internacional de la menor ante la Autoridad Central Española, Ministerio de Justicia.

Al abordar el recurso, la AP analiza en primer lugar la aplicación del art. 1º del Convenio de La Haya y el presupuesto del traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona que ostentaba un legítimo derecho de custodia. Al respecto manifiesta: *"Como destaca el Informe final explicativo del Convenio (Informe Pérez Vera), este prima entre sus objetivos el del restablecimiento del statu quo del menor, mediante su restitución inmediata al país de origen. No se trata, por tanto, de resolver sobre la atribución del derecho de custodia, o de determinar cuál de las partes en conflicto satisface más adecuadamente los intereses del menor. Si se impugna la atribución correcta del derecho de custodia, esta será una cuestión a resolver por los órganos jurisdiccionales del país de origen, donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, evitándose de este modo que se puedan crear vínculos artificiales de competencia judicial por el solo hecho del traslado unilateral del niño"*.

Circunscriben el tratamiento de las quejas a dos puntos: a) analizar la corrección de la decisión de la juez de instancia, respecto de si el traslado de la niña se ha efectuado de manera ilícita y b) valoración del interés superior de la niña.

Comienzan el razonamiento acerca del interés superior del niño señalando que *"Este principio no solo resulta consagrado de modo general en nuestro ordenamiento jurídico —según se sigue de la cita del art. 39 de la Const. Española, y de los arts. 2º y 11.2 de la ley orgánica 1/1996, y por la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia—, sino que constituye un principio universal del derecho consagrado en los textos internacionales (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por España mediante instrumento de 30/11/1990, art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aprobada el 07/12/2000)"*.

Luego, precisan que *"el Convenio introduce un matiz objetivo en la determinación de este interés superior, con el fin de evitar que su mera invocación se convierta en una cuestión de estilo, o en una fórmula hueca que ampare lo que la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, denomina 'nacionalismo jurídico', en evitación de situaciones en las que los Estados de la nacionalidad del sustractor se ven en la necesidad de proteger a sus ciudadanos, en el entendimiento de que 'en el país de recepción va a estar mejor'. Bajo esta forma de razonar subyace en muchos casos la idea, más o menos explícita, de que los estándares culturales, sociales, jurídicos o incluso morales del país que enjuicia la licitud o ilicitud del traslado, son superiores a los de la comunidad de origen del niño. Por este motivo, el Informe precisa que 'entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del niño está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona', (apartado 24), de modo que es el menor la verdadera víctima de la sustracción internacional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que puedan identificarse en las circunstancias del caso concreto otras manifestaciones del interés del menor que prevalezcan sobre los fines originarios del Convenio (cfr. art. 13, b)"*.

En cuanto a la determinación de considerar ilícito el traslado, el tribunal de alzada sostiene que carece de jurisdicción para examinar la corrección de los pronunciamientos judiciales dictados en Venezuela. Asevera que es suficiente la constatación de la existencia de una resolución provisional, dictada el 13/12/2019, que atribuyó a ambos progenitores la custodia compartida de I. Agregan que se

constató que la resolución en cuestión no se notificó a la madre, ni llegó a producir efectos, por la decisión de esta de trasladarse con la hija fuera del territorio de Venezuela. Aseguran que no corresponde restar eficacia a la decisión foránea, pues ello "*supondría una invasión en la esfera de actuación de los tribunales del Estado de origen, contraria a la finalidad del Convenio. Como insistiremos más adelante, el texto internacional parte de que son en exclusiva la autoridades del Estado de origen del menor las que deben decidir sobre los derechos de guarda y visitas, y por tanto supondría un exceso de jurisdicción de las autoridades españolas cuestionar la eficacia de la resolución que atribuyó la custodia compartida, analizar las concretas circunstancias en que fue dictada, examinar la corrección de lo decidido con el ordenamiento jurídico venezolano, o prescindir de su contenido por el hecho de que no haya ganado firmeza. Por lo mismo, la resolución que se adopte en el presente procedimiento no afectará a la cuestión de fondo sobre el derecho de custodia (art. 19 del Convenio). En consecuencia, si ambos progenitores eran titulares de la custodia de la niña, el traslado de la menor por uno de ellos en exclusiva, con la oposición del otro, resulta ilícito*".

No obstante, señalan que aun siguiendo la postura materna que alega la vigencia del convenio de cuidado unipersonal y visitas del progenitor, "*tampoco resultaría legítimo que quien tenía atribuida la guarda y custodia trasladara unilateralmente a la menor, cuando ambos progenitores tenían atribuida la facultad de decidir sobre la residencia de la niña. El traslado decidido en exclusiva por un progenitor en contra del otro, resulta también ilícito, en la medida que impide la decisión conjunta de los progenitores, a la vez que dificultaba al extremo el derecho del padre a relacionarse con la niña. Esta tesis —la de atribuir también legitimación aun cuando la custodia la tenga atribuida en exclusiva la persona que trasladó al menor, cuando ambos progenitores conservan la facultad de decidir sobre la residencia del hijo— es la acogida expresamente por el Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, y es la más coherente con las finalidades del Convenio, tal como lo explicita el Informe, de impedir conductas que alteren unilateralmente las relaciones familiares existentes*".

En lo tocante a que el eventual derecho de custodia del padre nunca fue ejercitado de forma efectiva, lo que integraría la causa de oposición prevista en el art. 13, a) del Convenio, expresan que "*fue*

precisamente la vía de hecho del traslado de la menor por parte de la madre la que impidió su ejecución, lo que contempla expresamente el apartado b) del art. 3º del Convenio".

Se recuerda en el fallo que la aplicación del Convenio de La Haya exige que el derecho de custodia vulnerado por el traslado venga siendo ejercido de forma efectiva (art. 3º), estableciéndose una presunción favorable en ese sentido, que admite prueba en contrario. La Audiencia tiene por acreditado que el padre visitó a la hija, con el consentimiento de la madre, desde que la niña contaba con seis meses de edad, en las fechas en que regresaba a Venezuela desde Japón, donde residía por motivos laborales. Concretamente señalan: "*En fecha no exactamente determinada el padre fijó definitivamente su residencia en Caracas y comenzó una nueva relación. La sentencia deja probado que desde ese momento el padre mantuvo contacto con la niña, pero las dificultades generadas entre los progenitores determinaron que a partir de julio de 2019 comenzaran los procesos judiciales, promovidos por el padre para lograr un efectivo contacto con la menor. Entre estos procesos debe destacarse que, por resolución de 20/08/2019, se homologó el acuerdo alcanzado por las partes para reconocer al padre un derecho de visitas —que podemos adjetivar de amplio—, estableciéndose judicialmente el 'régimen de convivencia familiar' pactado por los progenitores. El análisis de los antecedentes consignados en el informe pericial elaborado por la psicóloga del Imelga, también convence —como medio indirecto de confirmación—, sobre la existencia de la relación efectiva mantenida entre el padre y la menor".*

En lo que hoy nos interesa destacar, por resultar el eje temático de esta publicación, se resalta el análisis de la prueba que realiza la AP al tratar el recurso, con argumentos que anudan al aspecto socio afectivo, íntimamente relacionado con el interés superior de la persona de cuyos derechos se trata, dando fundamentos que satisfacen la indeterminación propia del concepto, y llenándolo de contenido. Así, señalan: "*el conjunto de la documentación aportada revela que el padre formaba parte de la vida de la menor, del ámbito de sus relaciones afectivas y sociales, y que ha sido la mala relación entre los progenitores la que ha impedido un contacto más intenso. Lo que el Convenio no ampara son situaciones en las que, quien reclama la entrega, se hubiera desentendido por completo de los*

intereses del niño, o reclamaciones oportunistas, en las que la pretensión de restitución obedezca a fines espurios o ilegítimos. La prueba de que así fueron las cosas incumbía a la madre, y debemos reconocer que esta prueba no se ha logrado en el proceso. Si la niña solo ha estado conviviendo con el padre durante unos pocos días durante el pasado año, fue debido a las dificultades existentes entre los progenitores, y a la necesaria intervención de los órganos judiciales, que determinaron forzosamente un régimen de guarda, custodia y visitas, ante el constante enfrentamiento entre los progenitores. De la misma manera, la falta de contacto del padre con la niña durante los años anteriores resultaba consecuencia necesaria del hecho de su residencia en un país lejano, reconociéndose por ambas partes que, cuando regresaba a Venezuela, visitaba a la niña. Con esto basta, a los fines del presente procedimiento, para afirmar que la falta de un efectivo ejercicio de la custodia no queda acreditada. Se desestima el motivo".

También se aborda la alegada existencia de grave riesgo de que la restitución suponga la exposición de la persona menor de edad a un peligro físico o psíquico intolerable, (art. 13, b] del Convenio). Es en esta porción de la sentencia donde aparece evidenciada la circunstancia que sobrevuela tangencialmente en la lectura de las consideraciones del pronunciamiento. Nos referimos a "*la particular circunstancia de que el promovente es el hijo del presidente del Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela —personaje crucial de la cúpula dirigente—*", conforme reza el fallo. Esta motivación es la que esgrime la progenitora para sostener un riesgo cierto de ver destruido el vínculo maternal si se produce la forzada restitución de I. a su país de origen.

La Audiencia comienza por rechazar la postura del progenitor recurrido que aducía la extemporaneidad de la introducción de esa circunstancia por "*la doble razón de tratarse de una cuestión que consideramos implícitamente introducida durante la primera instancia —a la que la sentencia se refiere expresamente—, y por la peculiar naturaleza de esta clase de proceso, que consiente operar con técnicas de flexibilidad procesal en cuanto a la alegación y prueba de los hechos, en línea con lo previsto con carácter general en nuestra legislación para los procesos de familia*".

Continúa analizando la prueba pericial y sostiene: *"los dos informes no difieren sustancialmente en sus conclusiones, en la medida en que nos sitúan ante un escenario sobre el que la lectura de los escritos de las partes ilustra suficientemente: que el enfrentamiento entre los dos progenitores ha trascendido a la menor, y que esta presenta un estado de ansiedad, incluso con 'cierta sintomatología psicosomática', a consecuencia de la situación provocada por el conflicto entre sus progenitores"*.

Nos interesa resaltar del fallo, por cuanto consideramos que constituye un aporte para el tratamiento de este tipo de situaciones —harto complejas— una pauta fundamental para adoptar decisiones de restitución de niños, niñas y adolescentes y que tiene estrecha vinculación con sus derechos. Dice la AP: *"en ninguno de los dos informes encontramos soporte para afirmar que si la niña retoma el estado de cosas que existía en el momento anterior a su traslado, se causaría un perjuicio irreparable, o se pondría irremisiblemente en riesgo su estabilidad psíquica, al menos en un grado superior al que actualmente existe, o al generado por el hecho de su salida forzada y clandestina de Venezuela. Nos parece que el recurso de apelación no identifica el grave riesgo al que alude el Convenio. La falta de vinculación con la figura paterna constituye una evidencia, y resulta por completo habitual en litigios de familia en los que existe un enfrentamiento de los progenitores en relación con los deberes de custodia, pero son los órganos judiciales venezolanos los competentes para adoptar las medidas precisas para conjurar esa situación. Dicho en otros términos, el grave riesgo al que alude el art. 13, b) del Convenio se identifica con situaciones objetivables, que denoten que, con una alta probabilidad, el menor va a sufrir un detrimento en su salud física o psíquica; el precepto es de interpretación estricta y opera al margen de la normal situación de tensión emocional propia de todo proceso de esta clase. El rechazo de la menor a la figura paterna, producto de la situación de tensión vivida entre los progenitores, no evidencia por sí mismo la presencia de tal riesgo. Precisamente, la finalidad del proceso de familia debe ser la de retomar una relación de normalidad en la convivencia de la menor con sus progenitores, de forma que esta resulte ajena al enfrentamiento existente entre aquellos, pero resulta por completo extraño a nuestro ámbito de conocimiento en el presente proceso valorar el régimen de custodia más favorable para los intereses de Inés. En consecuencia, el motivo no puede prosperar"* (la cursiva no está en el original).

El órgano revisor asume que debe analizarse que, si la restitución de la menor a Venezuela en compañía de la madre supusiera la destrucción del vínculo materno-filial, ello redundaría en un riesgo psíquico para la niña, capaz de integrar la causa de oposición que se aduce. Esta cuestión se solapa con el tercer agravio, no obstante, en el fallo se afirma que las causas de oposición al traslado ilícito obligan a una interpretación restrictiva, y que corresponde a quien las alega acreditar su existencia, y por considerar que el riesgo psíquico o físico de la menor no ha quedado acreditado, se desestima la queja contra la sentencia en ese punto.

Finalmente, y en lo tocante a la contradicción de la medida de restitución con los principios en materia de derechos humanos y libertades fundamentales (art. 20 del Convenio), que la AP advierte que se desarrolla como línea argumental a lo largo de todo el recurso, se aborda afirmando que *"El demandante es hijo del presidente del Tribunal Supremo de Venezuela, persona frente a la que se han adoptado medidas restrictivas por parte de la Unión Europea y del Gobierno de los Estados Unidos de América. Tal hecho se acredita con la documentación aportada con la demanda y resulta, además, notorio para la comunidad internacional. De la misma forma, la situación política en Venezuela, y el deterioro progresivo de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, resultan también hechos generalmente conocidos por la opinión pública internacional. El informe de la misión especial, presentado al Consejo de Derechos Humanos en cumplimiento de la resolución 42/25, de 27/09/2010, unido a las actuaciones, ilustra elocuentemente sobre esta realidad. Sin embargo, al igual que razona la sentencia, y tal como argumenta en su escrito de oposición el Ministerio Fiscal, de tal constatación no se sigue necesariamente la concurrencia de la causa de oposición invocada por la recurrente"*.

Rememoran que este argumento es una excepción que contiene el Convenio de La Haya signado por el orden público. De darse esa condición, se habilita a denegar la restitución de la persona menor de edad cuando, a pesar de la concurrencia de los requisitos generales para declarar ilegal la sustracción, existe el riesgo de que se vulneren los derechos humanos. El Convenio —dice la Audiencia—

parte de asumir "que, ante tan grave circunstancia, no puede sostenerse que las autoridades judiciales del Estado de residencia del niño sean las que se encuentran en mejores condiciones para decidir sobre los derechos de custodia y visita. El carácter excepcional de la norma resulta de su propia sistemática, al regularse de forma independiente del resto de causas de oposición". Con ese piso de marcha, el fallo señala que la admisión de la excepción "queda condicionada a la acreditación de que, en efecto, si se accede a la pretensión de restitución, los derechos más básicos del menor, protegidos por las convenciones internacionales vigentes en nuestro caso en España (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenio Europeo de los Derechos Humanos, Convención de los Derechos del Niño, Carta Europea de los Derechos del Niño, Carta Europea de los Derechos Fundamentales), resultarían puestos en cuestión. Lo mismo acontecería en el caso de que existiera riesgo de vulneración de los derechos fundamentales previstos en el capítulo segundo del Título I de la Constitución Española, que habrán de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales anteriormente mencionados, ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución)".

Al resumir el motivo desarrollado por la progenitora, explican que se concreta en tres apartados: las vulneraciones de derechos producidas en los procesos de familia tramitados en Venezuela, las actuaciones llevadas a cabo sobre la familia de la apelante por las autoridades venezolanas en represalia a su actitud y, en tercer lugar, el propio contexto general en que se desenvuelve el sistema jurídico venezolano.

Respecto del primer argumento, autolimitan el enjuiciamiento "exclusivamente a comprobar si tales pronunciamientos han vulnerado derechos fundamentales de la demandada, no a comprobar si aquellas decisiones resultaron justificadas en cuanto al fondo, o motivadas por una supuesta actitud obstativa de la madre. No se trata, como sostiene el recurso, de que a los jueces españoles les parezca o no razonable que 'en un plazo de cuatro meses se pase de una situación de contactos esporádicos padre e hija a un escenario de custodia compartida'. Esta constatación no nos incumbe. Lo que debemos analizar es si las medidas adoptadas lo han sido con respeto al principio de contradicción, o si la madre ha tenido la posibilidad procesal de intervenir conforme a lo dispuesto en las leyes

procesales venezolanas, y eventualmente si su falta de audiencia puede suponer una lesión de su derecho fundamental al proceso debido".

En ese tren, no aprecian vulneración de derechos en el acceso a la justicia y debido proceso, desde que constataron *"la existencia de un procedimiento seguido de mutuo acuerdo, en el cual consta la firma de la madre en el convenio, finalmente homologado por la resolución de 20/08/2020, así como la intención de la demandada en el proceso de mediación. La afirmación de que su consentimiento no fue válido carece por completo de soporte probatorio. Es cierto que la resolución que estableció el sistema de custodia compartida de 13/12/2019 se adoptó inaudita parte, a instancia del padre, pero dicha decisión presentaba — según se deduce de su contenido—, un carácter cautelar, dentro de las facultades que el juez puede adoptar en beneficio del menor, según la normativa procesal de Venezuela". Aclaran, además, que "el padre ostentaba, conjuntamente con la madre, un poder de decisión sobre la residencia de la menor, por lo que de la prohibición judicial de salida de la menor de Venezuela no puede seguirse una infracción material de ningún derecho fundamental". Concluyen afirmando sobre este tópico que "El análisis de las resoluciones aportadas no nos permite concluir que se hubiera vulnerado el art. 24 de la Constitución, el art. 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o el art. 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos".*

En lo tocante a los alegados actos de violencia contra la familia materna, a los que se señaló como constitutivos de actos de represalia ilegítimos por parte de las autoridades de Venezuela, instigados por el abuelo paterno de la niña, afirman que no pudo ser acreditada esa causal. Aclaran que sí se probó que *"el cónsul general de España en Caracas emitió un informe en el que daba cuenta de su presencia en el momento de la detención, sumado a una nutrida fuerza pública, y al hecho de que la juez encargada del caso le manifestara que se encontraba al habla con el presidente del Tribunal Supremo de Venezuela, que, en la apariencia de las cosas que se le mostró al cónsul, dirigía el dispositivo".* Sin embargo, la Audiencia sostiene que eso no permite afirmar la existencia de una vulneración de derechos fundamentales de la niña ni de la madre, impeditiva de la restitución de la niña, en el sentido limitado y excepcional que autoriza el art. 20 del Convenio. Concluyen afirmando que la

calificación de las detenciones como un acto de represalia, como también la existencia de amenazas o coacciones a la madre, no quedan suficientemente acreditadas. En ese sentido afirman: *"La Sala no puede acompañar a la apelante en su relato, conformado sobre la base de relacionar los hechos anteriormente descritos con la situación de pérdida de libertades, y con el deterioro de los valores democráticos, acontecido en los últimos años en la República Bolivariana de Venezuela. La causa de oposición del Convenio exige la acreditación de hechos concretos, de los que el tribunal pueda deducir la existencia de una vulneración —o de la probabilidad razonable de que ello acontezca— de derechos fundamentales derivados de la restitución forzosa de la menor, y esta convicción no la hemos obtenido. De lo contrario, como sostiene la sentencia objeto de recurso, se legitimaría cualquier traslado de menores con residencia en Venezuela, o en cualquiera de los Estados parte del Convenio, de los que existan sospechas de que no respetan los estándares de protección de los derechos fundamentales"*.

Así razonando, rechazan el recurso y confirman el fallo en cuanto declaró que la sustracción resultó ilícita y la niña tiene que ser restituida al país de su residencia de origen. A ese fin, matizan lo resuelto en la instancia anterior (5), en el sentido en que la modalidad de ejecución dispuesta en la sentencia debe entenderse como subsidiario del cumplimiento voluntario, incluyendo la posibilidad que la madre restituya directamente a la niña a su país de origen.

III. Divorcios de pareja y de hijos? Autonomía progresiva y elecciones respetadas

La Audiencia Provincial de Madrid (6), en fecha 06/11/2020, emitió sentencia confirmando en su mayoría la decisión de fecha 16/07/2019 que decretó la disolución por divorcio del matrimonio que celebraron ambos litigantes el día 20/09/1997, dispuso el ejercicio compartido de la responsabilidad parental de los dos hijos, atribuyendo la guarda y custodia (en nuestro derecho, el cuidado) a la madre, estableciendo a favor del padre el régimen de visitas fijado en las medidas provisionales. Igualmente adjudicó el uso y disfrute de la vivienda familiar a los hijos y a la madre, en cuya compañía quedan,

disponiendo que los gastos de IBI, tasa de basuras, comunidad, seguro de responsabilidad civil y cualquier otro gasto, impuesto o arbitrio que se gire sobre la misma, por razón de su propiedad, deberá ser satisfecho al 50% por ambas partes. Finalmente elevó a definitiva la pensión alimenticia establecida como provisional a favor de ambos hijos, y a cargo del progenitor, señalando por auto posterior que eran debidos desde la interposición de la demanda.

La sentencia apelada ordenó que, a fin de restablecer el vínculo con el padre, ambos progenitores y ambos hijos deberían someterse a la intervención psicológica familiar que proporcionen los servicios sociales. Este fue, en definitiva, el único punto modificado, no obstante, se extractan varios pasajes del fallo de la Audiencia por resultar demostrativos de la grave conflictiva en la que estaba inmersa la familia, y las consecuencias que acarrearón a cada uno de los hijos.

El progenitor apela y solicita la anulación del fallo, y subsidiariamente la revocación de la sentencia en el sentido de que la vivienda le sea adjudicada a él y a los hijos menores del matrimonio por ser el interés más necesitado de protección; que se le atribuya la guarda y la custodia exclusiva de los menores; que se establezca un régimen de visitas con la madre y sea ella la obligada a alimentos. Subsidiariamente, que se decrete la guarda y custodia compartida por quincenas alternándose en el domicilio conyugal, con pago cada uno de los gastos de los hijos y aportación común de 200 euros mensuales para los gastos comunes. Alternativamente, requirió que la vivienda adjudicada a la madre y a los hijos lo sea hasta que se liquide el régimen económico matrimonial, fijándose un régimen de visitas del padre con los hijos y se deje sin efecto el auto de aclaración que retrotrajo los alimentos sentenciados.

La demandada se opuso al recurso planteado e impugnó la sentencia en lo relativo a la pensión de alimentos, a la par que solicitó dejar libertad a la hija respecto de ver o no a su padre, al contar con 16 años de edad, mientras que, en el caso del hijo L. M., de 9 años,

postuló que se sigan las visitas a través del punto de encuentro familiar.

La alegación de nulidad se basó en que ambos excónyuges habían presentado sendas demandas de divorcio con solicitud de medidas provisionales, pero además la mujer había efectuado una denuncia de violencia de género por ante el juzgado que dictó la sentencia definitiva, la que fue desestimada. El recurrente argumenta en su recurso que la demandada, abogada de profesión, habría presentado una denuncia falsa ante el juzgado de violencia sobre la mujer con el fin de obtener una sentencia favorable. Entiende que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 1 dejó de ser competente para resolver cuando se produjo la absolución del demandante. Además, al haber tardado más de tres años en resolver, se le habría causado indefensión al tener derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Considera asimismo que se le denegó la posibilidad de practicar prueba testifical y se actuó de forma discriminatoria contra él al acordarse su examen psicológico y no el de la demandada. Sostuvo que la madre ha puesto a los hijos contra él puesto que no han estado casi con el padre en los últimos tres años.

La parte recurrida, argumentó que en ningún momento del procedimiento desde el dictado de la sentencia absolutoria en el juzgado de violencia sobre la mujer se alegó la supuesta falta de jurisdicción, planteándolo recién ante una sentencia desfavorable.

La Audiencia aborda en primer término la cuestión de competencia entre los juzgados de violencia sobre la mujer y los de familia, recordando que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 15/01/2013 (ROJ: AAP B 1/2013 - ECLI:ES:APB:2013:1A) resolvió la cuestión en el sentido de que la creación de los juzgados de violencia contra la mujer, especializados en los aspectos penales y civiles en los supuestos específicos, conlleva una *vis atractiva* de esos juzgados en caso de duda. Razonan sobre la obligación de inhibirse a favor de los JVM, y con cita de la ley de su creación sostienen: "*La razón subyacente responde a la voluntad del legislador,*

expresada en el art. 2º de la LO 1/2004 , en su punto g), de "[f]ortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género", y en su exposición de motivos al decir que "[e]n cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, se han adoptado las siguientes: conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (...). Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia". Concluyen señalando: "El legislador ha creído que se sirve mejor a la justicia con una visión global de la problemática familiar o relacional específica, y por eso crea los JVM. En caso de duda, su competencia debe preferirse".

Desechan que se esté frente a la indefensión judicial, proscrita constitucionalmente en el art. 24 de la Const. Española, siguiendo uniforme doctrina jurisprudencial (7) conforme a la cual se requiere una disminución de las oportunidades procesales de alegar y probar todo lo conducente a la defensa en el proceso o replicar la posición contraria en igualdad de condiciones; que sea imputable y que tenga su origen directo en actos u omisiones de los órganos judiciales; haber actuado la parte con una diligencia razonable, no siendo atendible cuando la indefensión la ha generado la propia parte, bien de forma voluntaria, bien por la propia desidia, impericia o negligencia; corresponde a la parte justificar la realidad de la indefensión, y relacionarla con el caso concreto y los términos del debate; la infracción procesal debe alegarse en el momento en el que se produzca. Nada de eso es satisfecho por el recurrente, quien, además,

solicitó tres meses después de la sentencia absolutoria penal acumular al procedimiento los dos procesos presentados por sendos litigantes. Es decir, asumió la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin realizar ninguna de las alegaciones que intenta en sede de apelación. Se rechaza el requerimiento de incompetencia.

El segundo motivo se refiere a la atribución de la guarda y custodia de los hijos L. y L. M. a la madre.

Para resolver ese punto, se toma en consideración la prueba pericial que da cuenta de una compleja conflictiva entre los adultos que repercutió intensamente en ambos hijos. Señala la AP que *"En el informe social se concluye que ha sido la madre la principal cuidadora de los menores y el padre ha tenido un rol periférico dentro de la dinámica familiar. Se aprecia una implicación excesiva de los menores en la ruptura de sus padres y 'los menores presentan una vinculación estrecha con la madre y muestran rechazo a la figura paterna, especialmente en el caso de la menor L. Las causas del mismo deben ser analizadas dentro de un contexto terapéutico, si bien es evidente que los conflictos existentes en el sistema familiar han influido en el mismo. La imposición de un régimen de visitas con la menor puede incrementar el rechazo'. Un informe de fecha 24/08/2017, considera que el padre se encuentra en una situación de duelo que no ha resuelto y valoran que debe continuar un tratamiento psicológico y así mejorar las relaciones con sus hijos, recomendando las visitas en el punto de encuentro familiar. Valora la posible parentalización de los hijos, especialmente de la hija, por parte de la madre"*.

La Audiencia sostiene —con base en los informes— que la ruptura de la pareja no ha hecho sino agravar la situación preexistente y que ambos progenitores requieren ayuda externa —la madre para evitar la excesiva parentalización de sus hijos, quienes se han visto implicados en el proceso y el padre para superar el trauma de la separación—. Expresan: *"la hija mayor también tiene un problema a tratar que no debería dejar indiferente a sus progenitores. El hecho de rechazar a su padre de esa manera no es ni bueno ni comprensible al no contar con antecedentes que expliquen tal animadversión. No se ha alegado ni probado ningún episodio violento, traumático o negativo del padre hacia la hija para tener tal nivel de*

rechazo y desprecio hacia el progenitor no custodio. Estos sentimientos de repudio hacia la figura paterna no son un problema para el padre únicamente sino para la propia hija, que se desarrolla en un ámbito convivencial inadecuado y eliminando de forma consciente un referente educativo".

Reflexionan aseverando que, con ese panorama, cualquier solución que se adopte es inadecuada, y no cabe la custodia compartida ante el elevado nivel de conflictividad de la pareja, ni tampoco la guarda y custodia exclusiva de cualquiera de ellos es positiva al cien por cien. En el caso de la madre, porque se potencia la implicación en el conflicto; en el caso del padre, porque sus hijos no quieren estar con él, especialmente la hija, y el vínculo con el hijo se ha visto muy deteriorado. Ello los lleva a sostener que la decisión apelada *"de todas las opciones posibles es la menos mala para los hijos que, en cualquiera de las otras dos situaciones se enfrentarían a un incremento de la conflictividad y a un empeoramiento de su situación anímica"*.

Como consecuencia de esa decisión, no procede la atribución del uso y disfrute de la vivienda al recurrente ni a sus hijos, por lo que la atribución a la esposa, que es la progenitora en cuya custodia quedan los hijos menores de edad, sería conforme al art. 96 del Cód. Civil. En cuanto a la limitación del uso de la vivienda hasta que se liquide la sociedad de gananciales, recuerdan que la sentencia del Tribunal Supremo de 08/03/2017 enseñó que *"la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 Cód. Civil. Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez"*. Y añaden, para dar respuesta a los restantes planteos del recurrente que *"la sentencia de 29 de mayo de 2015 declara que la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de*

guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado". Concluyen entonces que no puede limitarse el uso de la vivienda familiar sino hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad.

Respecto de los alimentos, mantienen la cuota fijada y la fecha de la obligación con cita de la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de fechas 14/06 y 26/10/2011, que estableció que *"Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 Cód. Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda"*.

Por su parte la progenitora sostuvo que debió dejarse libertad a la hija mayor, L., para que decida cuándo ver a su padre y, en el caso del hijo menor, L. M., que se siguieran manteniendo las visitas a través del punto de encuentro familiar (fines de semana alternos sábados y domingos de 10.00 a 12.00 y bajo la supervisión del citado centro). El psicólogo del punto de encuentro familiar afirmó que se retrasó el inicio del régimen —en casi un año— por la dificultad de localizar a la madre, y observó un rechazo muy evidente del hijo al padre, quien tenía una actitud positiva, no así el hijo, que, incluso provocaba al padre; mientras que la hija ni siquiera acudió.

La Audiencia decide mantener la sentencia respecto del niño —revinculación asistida— mientras que, respecto de la adolescente, de diecisiete años, *"es aconsejable, dada su edad, que no se le imponga la obligación de acudir al punto de encuentro ni a ningún otro lugar para restablecer la relación con el padre, por cuanto el rechazo de la hija al padre es evidente y la imposición de un régimen de visitas únicamente agravaría la situación entre las partes"*. En definitiva, y atendiendo a la actitud de la joven, valorada en función de su edad, y a pesar de haber analizado que no aparecen acreditados los motivos para sostener ese posicionamiento, admiten parcialmente la impugnación formulada por la progenitora, disponiendo la supresión de las visitas de la hija con el padre, que

deberán practicarse de forma libre y voluntaria por la menor, sin imposición de horarios, lugares ni fechas.

IV. Socioafectividad y biología confluyendo o excluyéndose: un caso de adopción

El 14/02/2018 el Tribunal Supremo español (8) resuelve un recurso extraordinario por el que se denuncia en el primer motivo la infracción del art. 218.2 LEC, falta de motivación en la sentencia y en el segundo la infracción del art. 36.1 LEC al haber invadido la jurisdicción civil competencias y funciones que competen a la Administración, todo ello en el marco de un proceso de acogimiento familiar preadoptivo. La sentencia muestra, a partir de la reseña de los fallos de las instancias anteriores, y como sucede con muchas resoluciones de la jurisprudencia local, la multiplicidad de miradas individuales con escasa explicación del concepto interés superior del niño y su concreción en el caso, a la par que pone en evidencia el peso que tiene al momento de la decisión definitiva, la afectividad social construida a partir de vínculos sin soporte biológico previo.

La Audiencia Provincial de Granada el 17/02/2017 dictó sentencia en el juicio de oposición de medidas de protección adoptadas por el Juzgado de Primera Instancia N° 16 de Granada, modificando el fallo y disponiendo que se mantenga el régimen comunicacional que había sido suspendido a partir de la resolución administrativa que estableció una medida de acogimiento preadoptivo de tres niños (J. L. de 8 años, D. de 2 años y N. de 4 años). El órgano administrativo (9) dispuso la suspensión provisoria de contacto y comunicación de los niños con sus progenitores y otros familiares, los padres formularon oposición y requirieron la permanencia en acogimiento familiar simple, estableciendo en cualquier caso un régimen de comunicación y visita lo más amplio posible. El Juzgado de Primera Instancia N° 16 de Granada dictó sentencia el 15/01/2016, desestimando la oposición y confirmando el acogimiento preadoptivo.

El caso llega al Tribunal Supremo por recurso del órgano administrativo que considera que la sentencia recurrida no valora correctamente el interés superior de los menores de edad ya que si bien confirma el acogimiento familiar preadoptivo de los tres niños, establece un régimen de visitas que solo beneficia a los progenitores y obedece al deseo de los padres de normalizar el trato perdido. Alega que los niños llevan desde que se inició el procedimiento (más de 2 años) sin ver a sus padres y las visitas pueden suponer un peligro para su estabilidad. En definitiva, se argumenta que la resolución que acuerda la idoneidad de los acogedores preadoptivos excluye la posibilidad de existencia de un régimen de visitas que, si se introduce por decisión judicial, estaría peligrando que los acogedores se desentendieran de una inserción familiar que solicitaron y consintieron bajo ciertas condiciones.

La Sala Civil del TS analiza lo resuelto en las anteriores instancias. Sostiene que el juzgado de origen "*Valora el expediente administrativo y los informes técnicos unidos al mismo de donde se pone de manifiesto el haber incurrido los padres de los menores en diversos supuestos de desprotección de los hijos que determinaron la adopción de medidas protectoras. Constata los intentos de la entidad pública por encauzar a la familia con un pronóstico negativo de recuperabilidad y un desarraigo afectivo de los mismos hacia la madre dado el constante distanciamiento entre ambos, mientras que los informes técnicos revelan un acoplamiento satisfactorio de los menores con su familia acogedora hasta el punto de estar totalmente integrados en su núcleo familiar*".

Mientras que la Audiencia, "*ponderando el interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica concluye que si bien del expediente se revela que la situación familiar es complicada, también se reconoce que la madre ha intentado desde el primer momento permanecer cerca de sus hijos, con posturas a veces equivocadas o poco claras. De lo anterior extrae que debe proporcionarse a los progenitores un vía de recuperar la proximidad con los hijos y estima adecuado que se restablezca el régimen de visitas de los progenitores y el hermano, que quedó en suspenso, en los términos que fije el centro y que transcurridos 6 meses y a la vista de lo que acontezca se adopte la resolución que estime más adecuada en aras de buscar la integración familiar de ser posible o, en*

su defecto, la solución que las circunstancias aconsejen siempre en beneficio de los menores".

El Tribunal Supremo determina que *"la esencia del debate, a la vista del planteamiento de los motivos de ambos recursos, se contrae al que contiene el primer motivo del recurso de casación. En este se insta de la sala que declare que el interés superior de los menores ha quedado más protegido por la sentencia de primera instancia que por la recurrida".*

Siendo así, procede a la cita de la sentencia de 20/07/2015, rec. 1791/2014, a su vez citada por la 687/2015, de 2 de diciembre, que declara que *"La Constitución Española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores. El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. En ella se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquel se encuentre en esa situación. Con esta ley tuvo lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la ley orgánica 1/1996 del 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor. Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad. La mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el art. 148.20 de la Const. Española, han venido promulgando su propia legislación en esta materia".*

Luego, se hace referencia a que toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York, 1959) y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20/11/1989).

Al igual que sucede en nuestro país, y se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, reiteran que *"En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que le afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales"*.

Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, *"pero sin incurrir en calificar el interés de aquel con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del pleno de la sala de 31 de julio de 2009"*.

El fallo incursiona en las directrices internacionales, y menciona que según la observación general 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones *"A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3º, párr. 1º, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en*

el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales".

Respecto de los intereses de los niños en relación con los de sus padres biológicos, el art. 11.2 LO 1996 establece como principio rector de los poderes públicos: "*a) La supremacía de interés del menor, b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social"*, para concluir que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS, sala I, de 13/06/2011 o de 17/02/2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (STS de 31/07/2009).

Con cita del art. 39 de la Constitución, de la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la ley 26/2015, de 28 de julio con idéntica finalidad, abordan la cuestión planteada. En concreto —afirman— "*el art. 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, con entrada en vigor el 18 de agosto de 2015, pero que sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, dispone en el número 3 que para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma"*.

Extrapolando esas consideraciones al régimen de visitas, aseveran que, si favorece el interés de los niños ser visitados por los padres biológicos, en la situación de acogimiento familiar preadoptivo en que se encuentran, o, si, por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio, la cuestión no puede decidirse desde un solo posicionamiento (de los adultos).

En tanto que la sentencia de primera instancia aseguró que se constata de informes técnicos *"un acoplamiento satisfactorio de los menores con su familia acogedora, hasta el punto de estar totalmente integrados en el núcleo familiar actual, con fuertes lazos afectivos entre los menores y los componentes de la familia acogedora"* y ante esta realidad *"no puede ceder el que la madre haya rebecho su vida o mejorado su situación económica"*, pues frente al derecho de ella *"prevalece el interés de estos de vivir un ambiente de afecto y armonía que no va a encontrar junto a los recurrentes, cuya falta de capacidad y habilidades para cumplir respecto de los menores los deberes de la patria potestad, han quedado patentes"*, advierten que *"Frente a una argumentación tan precisa de la juzgadora de primera instancia, que persigue evitar que los menores se coloquen en situación de riesgo, con medidas inciertas en sus frutos, cuando se encuentran estables y arraigados en su actual situación, la Audiencia, a pesar de insistir en el interés del menor, pone el foco de la ratio decidendi en los progenitores y en el interés de estos, por encomiable que sea, por recuperar la proximidad de sus hijos, para ofrecerles a aquellos una oportunidad"*.

Sobre esa plataforma, el tribunal determina que en ningún momento se analiza qué repercusión negativa podría tener sobre los niños esa aproximación, y si alteraría su estabilidad emocional, y con ese principal argumento, ratifican la sentencia de primera instancia, casando la de la Audiencia.

Lo cierto es que tampoco en esa instancia extraordinaria se requirieron informes acerca de la repercusión negativa del mantenimiento de algún tipo de contacto, ni consta plasmado que a lo largo del procedimiento ni de las instancias se haya explorado el deseo de los tres hermanos sobre el asunto; y además, y no parece una

cuestión menor, resulta llamativa la condición impuesta por los adultos que acogieron a los niños en cuanto a no admitir esa vinculación, sostenida y defendida por el órgano administrativo. Si bien es comprensible que un tribunal superior no ingrese a ese tipo de cuestiones, siendo su función primordial esencialmente interpretativa de los textos legales, casos como el elegido excepcionan a todas luces ese principio, por hallarse jaqueados derechos fundamentales.

En otro caso de decisión administrativa suspensiva del régimen comunicacional, la Audiencia Provincial de Huesca (10) resolvió el 24/07/2020 el recurso planteado por la Dirección Provincial del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS), que apeló la sentencia dictada el día 03/03/2020. El fallo de origen había recogido parcialmente la demanda de oposición del progenitor interpuesta contra la decisión del 14/05/2019 dictada por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, manteniendo la medida de desamparo cautelar y la asunción del IASS de la tutela del niño, disponiendo reanudar el régimen de acogimiento familiar simple previo al dictado de la resolución administrativa y el régimen de visitas cada quince días a favor del progenitor instante (y de la madre en su caso si lo solicita), ordenando al IASS establezca unas pautas o plan destinado a procurar la reintegración del niño con sus padres, que debería ser cumplido por los progenitores y revisado por la Administración en el plazo de 6 meses.

La progenitora también manifestó su oposición a las medidas y solicitó *"la custodia completa" de su hijo. Se comprobó que sus alegaciones acerca de que "se me fue quitado por las circunstancias; en las que vivía junto a mi expareja"*, habían sido presentadas ante el organismo administrativo. Y que le fue retirada la custodia por las causas que comprobó la asistente social, entre ellas las condiciones de la vivienda, humedad y sin agua caliente, los malos tratos diarios y amenazas de muerte del progenitor del niño al que denunció por violencia de género obteniendo la prohibición de aproximación a menos de 200 metros y de comunicación. El padre biológico, si bien no manifestó en el expediente administrativo su oposición a la resolución, interpuso

demanda conforme al art. 780 LEC, para que se declare no ajustada a derecho la declaración de desamparo del menor con inmediata recuperación de la custodia.

La Audiencia refiere, en primer lugar, que la madre nunca se presentó al proceso; y en segundo término se enfoca en las posibilidades del progenitor. Ponderan que tiene reconocida una discapacidad del 51% por inteligencia límite y trastorno de la afectividad, con dificultades en las habilidades sociales, cognitivas y a nivel instrumental. Atienden a que "*la prueba practicada no permite dar por acreditada una evolución positiva de su familia de origen, suficiente para restablecer la convivencia familiar con el menor, requisitos imprescindibles para dejar sin efecto la tutela*".

Señalan que el progenitor refiere que continúa compartiendo vivienda con su padre, y que ese sitio no ha sido valorado por servicios sociales desde antes de la adopción de la medida, pero tampoco él probó la mejora de las condiciones. Que cuenta con los ingresos derivados de su minusvalía. Que no está sujeto a tratamiento médico invalidante y no se encuentra afectado por ninguna medida penal, cautelar ni definitiva, que incremente, explícita o implícitamente, el riesgo para la vida o integridad física o psíquica del niño.

Además, se puede leer en el fallo que "*según los informes del punto de encuentro muestra una evolución positiva, que informó que cambiaba los pañales cuando era necesario, le daba los biberones o lo calmaba cuando el niño se ponía nervioso*". No obstante ello, se analiza que "*en cuanto a las expectativas laborales y mejora de su enfermedad el demandante se mantiene totalmente pasivo, y todos los indicios llevan a pensar que no va a mejorar ni su enfermedad ni su situación socio laboral*". Se considera, en definitiva, que las habilidades adquiridas, según indica el punto de encuentro, no son suficientes para revertir todas las carencias que se relevaron (vivienda, empleo, limitaciones intelectuales) y que la modalidad que se llevaba a cabo son visitas quincenales de una hora bajo supervisión. De allí,

razonan que "Mantener durante seis meses más esta situación no va a redundar en beneficio de nadie, y menos aún del menor".

En el fallo se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 31/07/2009 (ROJ: STS 5817/2009), que *"indica que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos para acordar el retorno de los menores desamparados, sino que es preciso que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, como por ejemplo el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico. La misma sentencia del Tribunal Supremo resalta la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor frente al principio de reinserción en la propia familia"* (11).

Finalmente, sellan el recurso afirmando que *"el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor"*, y acogen la apelación, revocan y fallo y desestiman enteramente la oposición.

IV. Un supuesto de construcción de coparentalidad por decisión judicial

La Audiencia Provincial de Cantabria, el 21/07/2020 resuelve la apelación (12) del progenitor que, disconforme con el fallo que dispuso el cuidado a cargo de la progenitora de la niña (de 8 años de edad) con ejercicio conjunto de la patria potestad y establece un régimen progresivo y por etapas de comunicación y estancia del padre

con la menor, provocado por su falta de relación durante largo tiempo, lo recurren. Ninguno de los adultos objeta el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, pero sí la modalidad impuesta para el cuidado, la comunicación, y la asistencia alimentaria.

El objeto del recurso estriba, en consecuencia, en tres cuestiones globales y principales: i) régimen de custodia; ii) régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio; iii) régimen de contribución alimenticia al sostenimiento de la niña.

La hija nació durante el proceso de divorcio de sus padres y no fue inscrita en el registro civil con la identificación del progenitor, siendo declarada la paternidad por sentencia judicial, que incluso fue apelada y confirmada. Pese a que se fijó un régimen comunicacional, solo entre el 30/04 y el 09/07/2013 se llevó a cabo. Desde ese año no pudo realizarse el contacto por impedirlo la madre. Es condenada como autora de un delito continuado de desobediencia a la autoridad a la pena de prisión de 8 meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a indemnizar al padre de la niña con € 10.000 por daño moral.

Se releva a partir de la intervención del punto de encuentro que no se advierten patologías en el progenitor, y respecto de la madre se enuncia una *"posición patológica de la relación padre-hija (demuestra su inflexibilidad) por motivos que puede atender a diversas causas, entre las que no se descartan las patologías psiquiátricas severas"*.

La madre cambió su residencia y se trasladó con la niña en el año 2016 a Zaragoza, donde viven también algunos familiares — abuela y tía de la nena— que la tuvieron a su cargo al momento en que la progenitora es encarcelada para cumplir la pena impuesta.

Transcribiremos porciones del fallo donde se aprecia el análisis del interés superior involucrado y la respuesta jurisdiccional. Luego de las citas legales, dice la AP: *"En toda la normativa internacional, estatal y autonómica el superior interés del menor se constituye como el criterio*

determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte; se configura en principio como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente, con la protección de sus derechos fundamentales".

Para resolver, se hizo hincapié en un informe completo y exhaustivo practicado por una psicóloga y una trabajadora social a requerimiento del tribunal, cercano en el tiempo en que la sentencia es dictada, elaborado interdisciplinariamente, y con exploración de ambos progenitores y la niña. No se extrae que presenten patologías, pero sí advierten en la madre comportamientos altamente disfuncionales que interfieren en sus competencias y que permiten arrojar dudas razonables sobre el ejercicio de la guarda. En cuanto a la niña, *"muestra una imagen positiva de su madre, a la que se refiere con expresiones de afecto, y de lógico desconocimiento de la figura paterna, aunque sabe su nombre y expresa deseos de conocerle e incluso le gustaría que los contactos se produjeran en su casa de Zaragoza, en la calle o en el parque cercano; expresa su agrado y arraigo por el barrio de Zaragoza donde reside"*.

El informe señala que *"las conductas disruptivas reiteradas [de la madre] que colocan a la menor en riesgo de padecer en un futuro a corto plazo un daño emocional y chocan con su mejor interés y bienestar, el equipo técnico no considera que lo más conveniente es que se produzca un cambio de custodia por una razón fundamental: el padre es un desconocido para ella (...) en el caso concreto la modificación no es lo más conveniente y puede producir un efecto contrario al deseado en su bienestar"*, proponiendo modificaciones a lo resuelto.

A partir de eso, la Audiencia concluye considerando que la guarda y custodia atribuida a la progenitora no debe ser modificada, aunque se le imponen determinadas condiciones (facilitar y no obstaculizar el régimen de comunicación y visitas, someterse a evaluación, intervención y seguimiento para encauzar y normalizar sus

recíprocas relaciones en interés o beneficio de la niña con informes periódicos, no mudar el domicilio de la hija, salvo acuerdo de ambos progenitores o decisión judicial al igual que para las salidas del territorio nacional, sosteniendo el sistema impuesto en la primera instancia en cuanto al régimen progresivo, la utilización del punto de encuentro familiar). También se modifica el plazo fijado en la primera instancia, reduciéndolo a tres meses y que el contacto del progenitor con su hija sea el primer y el tercer fin de semana de cada mes; que la segunda etapa incluya ya fines de semana alternos con pernóctes y que ambas partes contribuyan equitativamente a procurar la comunicación de la niña con el padre distribuyéndose los desplazamientos entre Bilbao y Zaragoza, sendas ciudades de residencia de ambos progenitores.

Siguiendo *"el criterio jurisprudencial que rige alrededor en esta materia a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014, reiterada en las de 20 de octubre y 11 de diciembre de 2014, 10 y 23 de septiembre y 19 de noviembre de 2015, pivota sobre dos principios generales: 1. El interés al menor, art. 39 Const. Española y art. 92 Cód. Civil, como elemento esencial rector. 2. El reparto equitativo de cargas, art. 90 c) y art. 91 Cód. Civil, como elemento coadyuvante de menor intensidad"* estiman parcialmente el recurso del padre rechazando el de la madre, y ajustan la sentencia disponiendo una primera etapa de tres meses, los sábados y domingos del primer y tercer fin de semana en el punto de encuentro del lugar de residencia de la niña que fijará horarios, supervisión y si se desarrollará en el interior o exterior de las instalaciones. La segunda etapa también de tres meses incluye el pernócte y distribuye la búsqueda por el progenitor y el regreso a cargo de la madre en el punto de encuentro de las respectivas ciudades, alternándolos, con más las comunicaciones no presenciales y el régimen para las vacaciones escolares de verano, Semana Santa y Navidad, dispuestas en primera instancia.

Referencias Bibliográficas:

(1) Roj: STS 4032/2020 - ECLI: ES:TS: 2020: 4032.

(2) La sentencia aprobaba un convenio regulador en el que se atribuía la guarda y custodia de los dos hijos menores en común a la madre (nacidos, respectivamente, en los años 2008 y 2012), para lo cual atendió la realidad laboral del progenitor, quien solicitaba la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida.

(3) AP Pontevedra, rec. 709/2020, res. 555/2020, SAP PO 1927/2020 - ECLI: ES:APPO: 2020:1927.

(4) Aduce que, conforme a la resolución dictada el 20/08/2019, que homologaba el acuerdo alcanzado por los progenitores, ella asumía en exclusiva la custodia de Inés, y al padre se le reconocía simplemente un derecho de visitas. Afirma que el padre tan solo había mantenido contacto con la niña 26 días durante el año 2019, mientras que el resto de la vida de ella había estado ausente, debido a su residencia en Japón, habiendo sido los contactos con la niña meramente excepcionales y esporádicos. Reitera la causa de oposición relativa a la existencia de un grave riesgo por un doble motivo: desequilibrio psíquico para la niña y peligro físico para la madre. Focaliza en singulares circunstancias que rodearon la detención de los miembros de su familia y las irregularidades procesales cometidas en los procesos de familia seguidos en el país de origen, e introduce como hecho nuevo las coacciones sufridas por su hermana para firmar el documento aportado con la demanda, en el que esta realizaba manifestaciones, presuntamente voluntarias, en favor de la existencia de un vínculo de afectividad entre el padre y la menor de edad. Concluye el recurso denunciando las carencias del sistema judicial venezolano, sobre la base del informe emitido por la misión especial de la misión internacional independiente instaurada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

(5) La sentencia dispuso la obligación de la madre de hacer entrega de la niña al padre en la sede de Juzgado, determinando la fecha tope para la restitución.

(6) SAP M 10312/2020 - ECLI: ES: APM: 2020:10312, res. 999/2020.

(7) SSTC 62/2009, 14/2008, 126/2006, 287/2005, 237/2001, 184/2000, 82/1999, 137/1996, 111/1996, 116/1995, 181/1994, 199/1992, 56/1992, 8/1991, 145/1990, 101/1990, 52/1990, 112/1989, 102/1989, 101/1989, 62/1989, 93/1987, 90/1986, 109/1985, 314/1984, 69/1984, 48/1984, así como el auto del mismo tribunal de 15/01/1996; y las sentencias de la Sala I del Trib. Sup. de 14/03/2011 (STS 1798/2011, rec. 1271/2007), 27/12/2010 (STS 7351/2010, rec. 965/2007), 29/11/2010 (STS 6262/2010, rec. 361/2007), 28/10/2010 (STS 5793/2010, rec. 2268/2006), 23/6/2010 (STS 4381/2010), 18/07/2007, 02/02/2007, 11/10/1996 y 07/04/1995, entre otras muchas.

(8) TSE, 14/02/2018, rec. 1339/2017, res. 78/2018.

(9) Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Granada.

(10) Roj: SAP HU 225/2020 - ECLI: ES: APHU: 2020:225, rec. 109/2020, res. 162/2020.

(11) En igual sentido se pronuncia la sentencia del Trib. Sup. 21/12/2016 (ROJ: STS 5668/2016 - ECLI:ES:TS: 2016:5668 - sent. 740/2016 - rec. 3389/2015).

(12) Roj: SAP S 601/2020 - ECLI: ES: APS: 2020:601.

Jurisprudencia española

por Mariela A. González de Vicel

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

Publicado en: RDF 100, 224

Cita Online: LALEY AR/DOC/1489/2021

[Consultado el: 29/07/2021]

Sumario: I. Breve aclaración.— II. Cuidados parentales ante la condena por violencia de género del progenitor.— III. Fortalecimiento familiar y guardas para adopción: el difícil sendero de la afectividad.— IV. Mantenimiento de comunicaciones con familia de origen durante la etapa de guarda para adopción.— V. La socioafectividad en la seguridad social: convivencias de pareja.— VI. Los vínculos extensos: lazos con los abuelos.

I. Breve aclaración

Señala Aída Kemelmajer de Carlucci que *"el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...). No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos"* (1). Ante esa apreciación, y de la lectura de las bases jurisprudenciales nacionales y extranjeras, creemos posible afirmar que el afecto —o su ausencia— aun cuando no esté contenido en una norma jurídica sancionada por el sistema legal, se cuela y dirime los conflictos de derechos al momento de la norma individual (sentencia).

En esta ocasión, en que la RDF se ocupa de la socioafectividad como concepto, señalaremos que esta idea surge de la conjunción de dos elementos: lo social y lo afectivo; enlazando el afecto y su despliegue con su impacto en lo social. Dicho por Herrera

en estos términos: "*cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos*" (2).

Surgida del derecho brasileño, la socioafectividad nace en el contexto del derecho filial, pero poco a poco se va ampliando a otros espacios, como el relativo a las convivencias de pareja y el matrimonial. Y, junto con el afecto como construcción, observamos su ausencia como motivador oculto de ruptura de lazos jurídicos, por lo que nos pareció interesante plasmar algunas resoluciones donde se ponderaron —sin decirlo— esas realidades vitales.

II. Cuidados parentales ante la condena por violencia de género del progenitor

En la sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Supremo (en adelante, TS) en fecha 29/03/2021 (3) cabe destacar, al margen de la decisión sobre el fondo, la estructura con que se elabora el fallo, que permite una correcta identificación de los hechos, y la consiguiente posibilidad de utilización de su contenido con el peso específico de un precedente, ante situaciones —lamentablemente muy frecuentes— de violencia doméstica (emocional, económica e incluso simbólica).

Hacemos esta consideración para establecer la diferencia hallada en esta sentencia, al compararla con las resoluciones locales que, en general, omiten la descripción de tales circunstancias, al menos en el modo necesario para la utilización de la jurisprudencia de las instancias superiores, con fuerza de precedente.

Veamos el caso.

La Sra. M. petitionó su divorcio, solicitó que la hija de 7 años de edad quede bajo su "*guardia y custodia*", invocando que ese era su deseo y fue aceptado por ambos progenitores. Además, demandaba que todas las decisiones acerca de la hija serían consultadas y decididas por ambos progenitores (4), a la par que explicitó la posibilidad de

comunicación e información recíproca en temas escolares y de salud de la niña. Postuló un régimen de visitas, en días y horarios determinados para el progenitor (5), sin limitaciones en la comunicación para los restantes días, salvo las horas de descanso nocturno. Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se dividirían en igual proporción (6), las celebraciones por día del padre y de la madre con cada uno y el cumpleaños de la niña por mitades. También solicitó la atribución del hogar, cuota de alimentos, que el señor asuma los costos de los gastos de servicios y la hipoteca del inmueble, y solicitó una prestación compensatoria de € 400,00.

El progenitor reconvino solicitando que la guarda y custodia se establezca compartida, interesando subsidiariamente que las visitas entre semana sean diarias. En cuanto a la vivienda, pidió se asigne el uso y disfrute permanente del domicilio a favor de la niña, siendo los progenitores los que, de manera alterna y mensual, varíen su estancia conforme al ejercicio del cuidado de la hija. También requirió que no se fijen alimentos y subsidiariamente, caso de rechazo de su pretensión de guarda compartida, una pensión mensual de € 100, con las revisiones anuales correspondientes en función del IPC y hasta que la hija adquiera su independencia económica y/o laboral/profesional, sin que tenga incidencia el que alcance la mayoría de edad, momento en que él recuperaría la propiedad. Los gastos de consumo de suministros serán abonados por el/la progenitor que ocupe la vivienda en cada periodo.

La sentencia de primera instancia fue dictada en fecha 31/10/2018, acogiendo parcialmente la pretensión materna. Declaró disuelto el matrimonio, atribuyó a la madre la guardia y custodia de la hija y el uso de la vivienda familiar, fijó un régimen de visitas a favor del padre, estableció una pensión de alimentos de € 200 mensuales y una pensión compensatoria de € 300 al mes, durante un año, ambas a cargo del demandado.

El juzgado denegó la petición de custodia compartida con el argumento de la situación de grave conflicto existente entre los

progenitores, materializada en varias denuncias interpuestas entre ellos y que dieron lugar a una serie de procedimientos penales todavía no resueltos, situación de tensión que, si bien no trasladada a la hija, hacía inviable, al menos mientras no se resuelvan los procedimientos penales abiertos —y conforme sugerencia del informe psicosocial— el ejercicio compartido.

La sentencia fue recurrida por el Sr. ante la Audiencia Provincial de Cáceres, que dictó sentencia en fecha 11/03/2019. Recogió el recurso del progenitor en lo referente al establecimiento de un régimen de custodia compartida. Consideró que *"el interés y beneficio de la menor se concilia mejor con el establecimiento de un régimen de comunicación de tal clase, bajo el razonamiento de que una situación de tensión o desencuentro entre los progenitores no tiene que influir en relación con la menor"*. Para así decidir, estimó que el procedimiento penal pendiente por delito de vejaciones injustas y maltrato psíquico en el ámbito de la violencia de género, no tenía condena penal y que no se habían adoptado medidas cautelares. Además, estableció un sistema de visitas y distribución de tiempos de vacaciones y feriados. Confirmó lo relativo a los alimentos y la pensión compensatoria.

Esta decisión motivó la interposición del recurso de casación de la Sra., fundada en que contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que emana de las sentencias 2304/2016, de fecha 26/05/2016 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en particular en cuanto *"recoge que para la adopción del sistema de custodia compartida se exige una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes; y, una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de ambos progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad"*.

Durante la sustanciación del recurso ante el Tribunal Supremo el Juzgado de lo Penal 2 de Cáceres dictó sentencia

(03/10/2019) firme, en la que se condena al demandado por un delito de maltrato habitual del art. 173.2.3 del Cód. Penal y vejaciones, a la pena de un año y ocho meses de prisión, multa, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la denunciante, de su domicilio y de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de tres años. En ese proceso se tuvo por acreditado: insultos continuos de grueso calibre, haciendo partícipe a la hija, limitando la vinculación de la progenitora con la familia, no permitiendo que tuviera dinero para viajar donde residía su madre, ni que utilizase alguno de los vehículos de los que él es titular, impidiéndole manejar dinero al punto que iba a la tienda del pueblo a pagar las compras que la mujer efectuaba; además, mantenía un control sobre el teléfono de la mujer, la denigraba en presencia de terceros, le decía que le iba a quitar a la niña, pues ella no tenía nada.

Razonando que el art. 92.7 del Cód. Civil español establece que *"no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica"*, la queja es admitida.

Se rememora en el fallo que los distintos compendios jurídicos de las comunidades autónomas disponen de forma similar (7).

De la sentencia de la Sala Civil del TS en comentario, emana que ese órgano reivindica la medida de la custodia compartida *"como mecanismo para mantener vivos los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones entre los progenitores con sus hijos"*, a la par que surge que la doctrina legal emanada de su autoridad la hace procedente condicionada al interés y beneficio de las personas menores de edad, y

en tanto así lo sea (8). Agregan, entonces que *"es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) Se evita el sentimiento de pérdida; 3) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores"* (9).

En tanto el conflicto que llega para ser resuelto es entre la guarda y cuidado exclusivos dispuesta en primera instancia o compartida, como se reformuló en la apelación, se emiten algunas consideraciones respecto del sistema preferencial, esto es, el compartido.

Y así, señalan: *"Con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, así como participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos"* (10).

Conforme doctrina legal, y según el fallo, son criterios determinantes para su procedencia: *"la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"* (11).

Señalan también que para la adopción del sistema de custodia compartida, *"no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer existentes"* (12), sin que quepa exigir que entre los progenitores no existan fisuras o desencuentros, siempre que con ellos no se afecten a los hijos e hijas, y sean de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (13).

Como señala la sentencia 318/2020, de 17 de junio, dice la Sala que *"la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad"*.

Con ese piso de marcha, concluyen que el caso no constituye un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores, ni tampoco se trata de exabruptos aislados sin capacidad de afectación a la hija en común.

Al contrario, hallan probado que se está *"ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende el demérito de esta delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente"*.

En definitiva, y ante *"el mal pronóstico de coparenting, es decir la forma en que los padres deben coordinar el cuidado de los hijos, en un régimen de máxima colaboración como es el propio de la custodia compartida"*, se juzga improcedente el fijado por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

De ese modo, proceden a asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirma la sentencia dictada por el juzgado, y ordenan ajustar el fallo al pronunciamiento condenatorio de la sentencia penal, en tanto en cuanto establece la pena de alejamiento.

III. Fortalecimiento familiar y guardas para adopción: el difícil sendero de la afectividad

En este apartado, extractaremos los aspectos relevantes considerados en resoluciones dictadas por sendas Audiencias Provinciales (AP); en el primer caso correspondiente a la localidad de Lugo, en el segundo de Cádiz, y en el tercero de Huesca.

Interesan en cuanto a que en todos los supuestos, cobró relevancia para la decisión el desarrollo de las relaciones familiares de las personas menores de edad con el entorno alternativo a su familia de origen, pese al reconocimiento de modificaciones positivas por parte de los progenitores. Este tipo de resoluciones no son aisladas en la jurisprudencia española. Al contrario, el criterio es preponderantemente confirmatorio de las decisiones administrativas que declaran desamparo, con simultáneo reconocimiento de un derecho de los niños y niñas a disfrutar de la estabilidad afectiva lograda en los grupos familiares alternativos. Como muchas otras de similar tenor, y como también ocurre en nuestro país, resultan de atender a la realidad vigente al momento de la decisión, desplazando lo especulativo de un futuro incierto respecto de la persona sujeta de protección, y siempre y cuando no se adviertan vulneración a las garantías también protegidas de los y las progenitores.

Es, en definitiva, una muestra del reconocimiento judicial de una de las formas en que se manifiesta la socioafectividad, a partir de los vínculos que se generan sin preexistencia de lazo biológico, pero nacidos y forjados con la convivencia derivada de la intervención del Estado para proteger el derecho a la vida familiar en las mejores condiciones para el desarrollo de niños, niñas y adolescentes.

a) En la apelación de los progenitores respecto de medidas de protección dictadas a requerimiento de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia, dictando la sent. 25/21 de fecha 25/01/2021. El juzgado de primera instancia, con fecha 27/02/2020, confirmó, en definitiva, la guarda con fines de adopción de fecha

11/05/2018 de dos hijos de los apelantes, Elisabeth y Martin nacidos en 2017 y 2016, respectivamente. La postura sostenida por la Administración se basaba en el último informe de seguimiento de la guarda con fines de adopción de 17/01/2019.

La AP, al analizar la cuestión, rememora su sentencia de 11/12/2020, en la cual ya se decía *"que resultaba incuestionable que el criterio que ha de inspirar la resolución de procedimientos como el presente es el del favor filii, consagrado de modo general en nuestro ordenamiento jurídico, según se sigue de la cita del art. 39 de la Constitución española, y de los arts. 2º y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y por la ley 26/15, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Es sabido que el interés de los menores ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el bonum filii ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158, 170 del Cód. Civil), y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2, CE), y responde a la nueva configuración de la patria potestad (párrafo segundo del art. 154, Cód. Civil), y consagrado en los textos internacionales"*.

Por otra parte, y en lo que interesa en esta ocasión, también invoca la STS 582, de 27/10/2014, en cuanto indica que *"el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS Sala 1ª de 13/06/2011 o de 17/02/2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor"*.

Además, rememoran que la STS 565, de 31/07/2009, sienta como doctrina que *"A) Es procedente que el juez, al examinar la*

impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del art. 172.6 del Cód. Civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. B) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico".

Es, justamente, en esta porción de la sentencia donde se puede escudriñar la incidencia de la socioafectividad, en tanto se señala que, además de los progresos de los progenitores, lo que deberá ponderarse es la situación de la persona menor de edad, y en ese contexto, los vínculos forjados con la familia de acogida, y la implicancia de un nuevo desarraigo, lo que nos conduce a insistir en la importancia del tiempo que insumen los procesos judiciales y su peso o incidencia —explicitada o silenciada— al momento de adoptar la decisión definitiva.

El niño y la niña contaban con uno y dos años cuando se dicta la resolución recurrida y ambos estaban institucionalizados desde el 27/05/2017, emergiendo de la sentencia que tenían otros tres hermanos menores tutelados por la Xunta, pero que no convivían con ellos. Martín era el cuarto hijo de los apelantes y apenas dos meses después de nacer se emitió un informe para declarar su desamparo fundándose en los antecedentes respecto de los hermanos mayores y

que los progenitores no acudieron a la entrevista para la que fueron citados. Alojado en niño en la institución, con régimen comunicacional y plan de fortalecimiento familiar, se aduce que *"en algunas ocasiones no devolvían al menor en la fecha programada, y este no venía en condiciones higiénicas, observándose que el menor estaba bastante nervioso al volver"*. En junio de 2017 se dispuso administrativamente que las visitas se realizaran en el interior de las instalaciones del Punto de Encuentro Familiar. En relación con su hermana Elisabeth, nacida en junio de 2017, consta que a la vista de los antecedentes de sus progenitores al día siguiente de su nacimiento se declara su situación de desamparo y se dispone su tutela urgente e íntegra en la Mini residencia.

El fallo informa sobre la tarea llevada a cabo por la Administración y la resistencia de los progenitores (14) por lo que en el mes de febrero de 2018 se dispone un acogimiento familiar alternativo.

La AP confirma la sentencia apelada, recordando que: *"En la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que este no resulta desdeñable (STC 58/2008, de 28 de abril) e igual sucede en la jurisprudencia del TEDH (entre otras muchas, enumeradas en el ATC 28/2001, de 1 de febrero, caso WW contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987)"*. En conclusión, esta Sala insiste en la doctrina de que para disponer el retorno de niños o niñas institucionalizados a la familia biológica *"no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la*

familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico".

Concluyen afirmando que el trabajo previo de la Administración fue exhaustivo a fin de lograr que los padres biológicos ejercieran sus derechos y obligaciones, pero finalmente tal objetivo no pudo lograrse, como tampoco existió el recurso de la familia extensa, y en el entendimiento que las acciones desplegadas fueron *"equitativas, proporcionadas y congruentes con el interés superior de los hijos"* desestiman el recurso y confirman la medida.

b) En similar sentido, la AP de Cádiz, el 18/01/2021 al entender en la apelación formulada por una progenitora contra el Servicio de Protección de Menores de la Junta de Andalucía, a partir de lo resuelto en la sentencia dictada en primera instancia en fecha 18/12/2019.

La progenitora alegaba infracción del art. 39 CE en relación con art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño; sosteniendo que vulneraba el interés superior del niño al confirmarse la resolución administrativa adoptada por la Comisión Provincial de Medidas de Protección de fecha 11/07/2018 por la que se acuerda el acogimiento con fines de adopción de su hijo de 2 años. Sostenía la desaparición de las razones que dieron lugar a la declaración de desamparo, la errónea valoración de la prueba producida y la posibilidad actual de ser designada progenitora custodia, pues *"es una persona independiente, que tiene estudios y trabaja, unido a que también mantiene a su hermana menor de edad, ocupando una vivienda que se encuentra en condiciones para que el menor viva allí"*.

La AP recuerda que *"El desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica, querida o no, en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determina, por ministerio de la ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio*

esté encomendada la protección de los menores, e implica por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder a sus padres naturales o biológicos. Se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 de nuestra Constitución. La situación de desamparo, como elemento de hecho, puede ser voluntaria o querida por los progenitores, o involuntaria, en el sentido de que la misma se produzca ante la existencia de una serie de carencias en los padres, que, aun teniendo el deseo de proteger y educar a los hijos, no puedan de hecho realizarlo".

De igual forma, planteándose la restitución a la progenitora, los argumentos para la decisión fueron considerados *"plenamente ajustados a Derecho, por cuanto no se basan en conjeturas, o raciocinios arbitrarios o ausentes de prueba, sino en el examen de las pruebas dimanantes de organismos y profesionales imparciales, sobre la base de hechos objetivos"*. Al respecto, señalan que la sentencia que se revisa tuvo en consideración que *"el menor en la actualidad se encuentra debidamente integrado en la unidad familiar que lo tiene en acogida, sin que en ningún momento, de la prueba practicada, quepa inferir que el reintegro del menor con la madre biológica sería la medida más beneficiosa para el mismo"*.

En este fallo se advierte que se declaró la situación de desamparo provisional el 28/11/2017 y fue ratificada el 28/02/2018, habiéndose iniciado las actuaciones administrativas por los Servicios de Protección de Menores en el año 2017, y dando cuenta el trámite del rechazo de la progenitora del plan de recuperabilidad ofrecido por el Servicio, ya que ella considera que con la obtención de trabajo podría superar tal situación y hacerse cargo de su hijo.

En lo que en esta ocasión nos interesa poner de resalto, la sentencia hace pie en que el menor ha tenido una evolución sumamente positiva con su familia acogedora de urgencia en todas las áreas de desarrollo: salud y desarrollo físico, al superar la plagiocefalia

posicional, también se destaca el estímulo de su capacidad psicomotora, pudiendo el menor andar sin necesidad de utilizar apoyos; psicológica, en que revela una trayectoria ascendente habida cuenta de la estimulación recibida de sus acogedores; - escolar, tiene positiva relación con sus educadores y grupo de iguales en la Escuela infantil; relaciones sociales y comunicación, interactúa con adultos y va adquiriendo vocabulario; autonomía personal, progresando paulatinamente en sus rutinas y hábitos.

Estimada esa evolución, se afirma que sería contraproducente el reintegro con la progenitora.

c) La sentencia 50/2021 del 17/02/2021 de la AP de Huesca resuelve la apelación de los progenitores interpuesta contra la confirmatoria de la medida adoptada por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS). La sentencia de primera instancia fue dictada en octubre de 2020 confirmando las resoluciones de fecha 02/07 y 13/08/2019 por las que se dispuso que una niña, nacida en 2018, cuya declaración de situación legal de desamparo fue dispuesta en 17/12/2018 con carácter cautelar, y solicitando acogimiento familiar urgente o en su defecto de acogimiento residencial en el director/a del Centro de Protección más adecuado a sus necesidades y características personales. En esa resolución administrativa se determinó que el régimen de visitas con su progenitora se efectuará previa solicitud y autorización y en las condiciones que se establezcan. La Dirección Provincial del IASS ratificó en fecha 02/07/2019 la situación de desamparo a la par que ratificó suspender el régimen de visitas con la familia biológica, y dispuso elevar a la consideración del Consejo Aragonés de la Adopción la propuesta de delegación de guarda con fines de adopción de la niña. En simultáneo, se resolvió hacer cesar el acogimiento familiar temporal para dar lugar al inicio de la delegación de la guarda.

La AP rememora la legislación aplicable a la declaración de la situación legal de desamparo (15), y con cita de la STS 17 de marzo de 2016 (ROJ: STS 1281/2016 - ECLI:ES:TS: 2016:1281), que reitera la

doctrina declarada por la STS del 31/07/2009 (ROJ: STS 5817/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5817), transcribe la jurisprudencia aplicable que sostiene: *"esta Sala sienta la doctrina de que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico"*.

A esos argumentos, agregan los propios sostenidos en sentencia de 07/07/2004: *"no puede desconocerse que los menores en situación de desamparo crecen tan rápido como lo hacen todos los niños, no pudiendo permanecer a la espera de que los integrantes de la familia biológica extensa se piensen durante meses si solicitan formalmente el hacerse cargo de ellos"*.

Y explicitan el factor principal que suele subyacer en estos trámites: *"En este proceso, en que debe primar el interés del menor, es determinante el tiempo transcurrido. El retorno a la familia de origen requiere que se haya comprobado una evolución positiva, objetivamente suficiente, y que se hayan mantenido los vínculos. Pero sobre todo 'deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma', art. 19 bis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

En definitiva, aun cuando valoran que *"Es cierto que no ha pasado por alto a los servicios sociales el cariño demostrado en las visitas y la*

habilidad para el manejo de la niña" afirman que la situación personal de ambos progenitores no ha cambiado. Señalan que "Los objetivos propuestos en abril de 2018 en el Plan de Reintegración Familiar por los Servicios de Familia y Menores de Navarra a Marcelina para recuperar a sus tres hijos mayores fracasaron y a finales septiembre de 2018 dejó de estar en vigor por incumplimiento. El 09/01/2019 el Negociado de Gestión de la Guarda de la Subdirección de Familia y Menores propuso al servicio correspondiente el fin del procedimiento mediante la declaración de la situación de desamparo de los menores" y son declarados en situación de desamparo e incluidos en un programa de separación definitiva.

La sentencia hace mérito de que cuando se declaró el desamparo de la niña, la madre había delegado el cuidado del niño en la abuela materna, y que ese desprendimiento no fue momentáneo, mientras daba a luz, sino que se ha prolongado en el tiempo, sumándose lo acaecido con los hijos mayores, lo que a juicio de la AP revela la imposibilidad de asumir el cuidado de la recién nacida. Valiéndose de informes incorporados al proceso, que reiteran las carencias: no existe conciencia de sus dificultades para el cuidado y la crianza de un niño; cronicidad de la problemática familiar; los progenitores han vivenciado situaciones de desprotección grave durante su infancia; condiciones incapacitantes en los padres por dificultades personales y emocionales, sumado a la falta de respuesta ante la intervención externa y falta de colaboración, llevan a la confirmación de la medida.

IV. Mantenimiento de comunicaciones con familia de origen durante la etapa de guarda para adopción

a) La sala Civil del TS, en fecha 15/06/2018 se refirió a este tema, en ocasión del recurso extraordinario por infracción procesal y casación, interpuesto por la Administración contra la sentencia dictada con fecha 21/07/2017 por la Audiencia Provincial de Granada, con motivo del juicio de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores 1746/2015 del Juzgado de Primera

Instancia, que había hecho lugar a la protesta de la abuela biológica sobre el mantenimiento de vínculos con sus nietas.

Por una resolución de fecha 23/09/2015, se establecía el régimen de relaciones personales con carácter supervisado respecto de los tres nietos mayores de la actora, y no se expedía respecto de las dos menores. El juzgado dictó sentencia el 08/06/2016, haciendo lugar a la demanda disponiendo la comunicación, como mínimo en la misma forma y periodicidad prevista para el resto de los nietos. La AP de Granada confirmó el fallo, y la Consejería para la Igualdad Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía recurrió en casación alegando infracción al art. 2º de la LO 1/1996, de Protección Jurídica al Menor y al art. 176 bis del Cód. Civil.

Como hecho relevante, debe mencionarse que mientras los niños mayores se encontraban en acogimiento con familia extensa, las dos más pequeñas estaban en acogimiento preadoptivo, al haberse declarado la idoneidad de la actora para desempeñar su guarda, y no ser posible el restablecimiento de las relaciones con su familia biológica. Así se había resuelto con fundamento en que era *"completamente contraproducente para las citadas menores, dada la fase en la que se encontraba el expediente de protección, que se mantuvieran relaciones con la familia biológica, pues ello aunque sería beneficioso para la abuela, sería perjudicial para los intereses de las menores, y en concreto para constituir los necesarios vínculos con la nueva familia"* indicándose que la propia redacción del art. 176 bis, establecía que *"salvo que conviniera otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procedería a suspender el régimen de visitas con la familia de origen cuando se iniciara el periodo de convivencia preadoptiva, excepto en los casos previstos en el art. 178.2 del Cód. Civil"*.

En la resolución judicial originaria se valoró que la abuela y sus nietas habían desarrollado fuertes vínculos, y sobre todo, el hecho de que ningún momento ese contacto había incidido perjudicialmente en el desarrollo y evolución de las niñas. En consecuencia, se afirmó que *"la mera iniciación de un procedimiento de acogimiento preadoptivo no es causa suficiente para privar de relaciones y visitas de las menores con familia de origen,*

en este, caso con la actora, si así lo aconseja el interés de la menor, y ningún perjuicio se causa a las citadas menores, en el proceso en que se encuentran incursas" (16). Puntualmente se reprochó lo inmotivado de la suspensión, que la menor de las niñas había vivido con la abuela hasta que cumplió los dos años y se había informado la adecuada adaptación y seguimiento de pautas por parte de la actora en sus relaciones con las nenas desde que fueron tuteladas por la Entidad Pública, sumado a la ausencia de prueba alguna que acredite que esta relación abuela-nieta las perjudique o pueda perjudicarlas.

La entidad recurrente alegó ante el TS, en síntesis, que conforme al art. 176 bis del Cód. Civil, de modo general, en situación de convivencia preadoptiva se han de suspender las visitas con los progenitores biológicos y miembros de la familia extensa, con la salvedad excepcional de que se convenga otra cosa en interés del menor, entendiendo el legislador que lo mejor para los menores en situación de guarda con fines de adopción es que se elimine el régimen de visitas.

Al adentrarse a tratar los recursos, se advierte que la AP no expone argumentaciones fácticas y jurídicas que fundamenten su decisión, pero señalan que, como *"se remite a la extensa motivación de la sentencia de primera instancia, que considera suficiente"*, no carece de fundamentos.

En cuanto al contenido del art. 176 bis del Cód. Civil (17) que regula la figura de la guarda con fines adoptivos en los casos de desamparo, se afirma produce la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen (arts. 176 bis, 2º, Cód. Civ.), salvo excepciones. Y argumentan *"como no se trata de una adopción definitiva es por lo que las relaciones con la familia de origen no se extinguen, sino que se suspenden, en tanto no se obtenga la resolución judicial constitutiva de aquella"*.

Enseguida, se señala que las excepciones a esa previsión son las siguientes: *"(i) que convenga hacer lo contrario atendiendo al interés del menor; (ii) que se dé alguno de los supuestos previstos en el art. 178.4 Cód. Civil que se*

refiere a la posibilidad de acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor, los miembros de la familia de origen que se determine y la familia adoptiva". Entienden que ha sido el interés de las niñas el valorado por la sentencia de la AP, por remisión.

Por otra parte, con cita de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y de la ley 26/2015, de 28 de julio, concretamente invocando el art. 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela en estos términos: *"para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma (...). En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma"*, estiman extrapolables dichas consideraciones al régimen de visitas.

En concreto, señalan, en cada caso debe revisarse *"si favorece el interés de los niños ser visitados por los padres biológicos, en la situación de acogimiento familiar preadoptivo en que se encuentran, o, si por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio"*.

En el caso, en tanto la recurrente no aportó una sola alusión, análisis o valoración del posible perjuicio que el contacto con su abuela pueda causar en las niñas, mientras se llevó adelante el proceso de adaptación e integración en la eventual familia adoptiva, concluyeron que debía confirmarse la decisión originaria.

Del contenido del fallo emerge el criterio del principio de continuidad del mantenimiento de vínculos de origen durante el acogimiento familiar adoptivo (guarda con fines de adopción en nuestro sistema), sujeto obviamente a la posibilidad de su cese cuando contraríe el interés de los niños y niñas amparados, que debe estar suficientemente justificado y fundado.

b) La Audiencia Provincial de Girona, 11/02/2021, resuelve la apelación del progenitor contra la sentencia del 15/09/2020 que dispuso la adopción del hijo. El padre alegó que uno de los hechos más relevantes y que no fue tenido en cuenta es que la declaración de abandono fue exclusivamente imputable a la madre del niño. Funda su pretensión diciendo que activó mecanismos para prevenir el abandono, que en fecha 16/08/2013 se resolvió la guarda a favor de los abuelos paternos acordando unas visitas y comunicaciones de una semana al mes a favor del padre en el domicilio de estos. El régimen fue supervisado en numerosos informes con resultados positivos, hasta que la abuela informa que el progenitor había dejado de tomar medicación. Alega que atravesó una situación personal convulsa, de la que ya se ha recuperado, dejando atrás el período en el que estaba diagnosticado de drogodependencia y alcoholemia (18).

El derecho español exige que los adoptantes y el adoptado, si ha cumplido doce años, den el consentimiento a la adopción ante la autoridad judicial. También dispone que deben dar el asentimiento a la adopción, si no están imposibilitados para hacerlo, los progenitores del adoptado, salvo que estén privados legalmente de la potestad o incurran en una causa de privación de esta, o, en el caso de acogimiento preadoptivo, que la resolución que lo acordó haya devenido firme. En otras palabras, deben participar consintiendo la adopción o siendo oídos.

El art. 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que *"1. Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El secretario judicial, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 753. 2. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el secretario judicial se dictará decreto dando por finalizado el trámite, decreto que será recurrible directamente en revisión ante el Tribunal. Firme dicha resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior"*.

La AP, al tratar el recurso, analiza que en fecha 31/07/2020 se escuchó al padre biológico, quien manifestó su oposición a la adopción de su hijo, no obstante a que se proceda a ella porque, en este caso, no se exige su asentimiento, sino que únicamente debe ser oído, de acuerdo con el art. 235-41.1. b) del Código Civil de Catalunya. Tuvo en cuenta que por sentencia del 11/02/2019 el progenitor se opuso a las medidas de protección, lo que fue resuelto confirmando el acogimiento preadoptivo y este decisorio devino firme, al ser confirmado por la Audiencia Provincial de Girona y por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. En ese sendero, señalan que en fecha 06/06/2019, se confirmó el acogimiento preadoptivo, argumentando que un informe de fecha 23/11/2018, acredita: *"que el progenitor presenta deficiencias en sus competencias parentales, las cuales comprometen de manera significativa, su capacidad protectora y educativa, y el correcto desenvolvimiento de su hijo. En este momento su proyecto de recuperabilidad que incluye la figura de los abuelos paternos, no incorpora la necesidad de cambios o mejoras tanto respecto de las propias competencias y habilidades parentales como en el de sus padres, no se observa que no es consciente de sus propios déficits y por tanto el pronóstico deviene desfavorable"*. A esos argumentos, habían sumado los jurídicos: *"En cuanto a la invocada prioridad de la filiación biológica baste citar la sentencia del TSJC de 25/07/2013 que señala que 'en no pocas ocasiones la efectividad de la asistencia y la protección a los menores que han de prestar los poderes públicos según los tratados internacionales (art. 3.2 de la CNUDN), la CE (art. 39) y la Llei (art. 228-1,2 CCCat), no es conciliable con la permanencia del menor en su entorno familiar, sea porque el riesgo provenga precisamente de las circunstancias familiares, sea porque la familia se revele absolutamente incapaz para protegerlo; en este caso se justifica la extracción del entorno mencionado, en virtud de la considerada como norma básica de conflicto en materia de derecho del menor: el interés del menor que es el principio prevalente sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir"*.

En lo que es materia de análisis hacen referencia a los vínculos generados a partir de las medidas adoptadas: *"El menor ha perdido todo contacto con padres biológicos, encontrándose bajo la guarda de la familia acogedora, estando plenamente integrado en la misma, la cual le presta*

adecuadamente todo lo que necesita para un correcto desarrollo de su personalidad. Por lo que, aunque el padre biológico haya podido normalizar su vida, lo cual, ni siquiera acredita, es claro que el interés del menor aconseja mantener la situación actual y que permanezca con la familia que lo acogió y que le está prestando la atención adecuada, debiendo formalizarse tal situación mediante la institución de la adopción, sería totalmente perjudicial para el niño que retorne a su familia tras una estancia prolongada en el tiempo con una familia que le presta todo lo que necesita, para un correcto desarrollo de su personalidad".

En definitiva, concluyen que no es posible admitir en ese procedimiento de jurisdicción voluntaria que tiene por objeto primordial valorar si la medida pretendida tiene en cuenta y respeta el interés del adoptado (arts. 235-39 CCCat) y se han cumplido los presupuestos del consentimiento de los adoptantes (arts. 235-40) y el asentimiento o audiencia de los progenitores biológicos (arts. 235-41.1 y 2 CCCat), valorando estos en orden a la aceptación de la medida solicitada, admitir los argumentos del progenitor. En ese esquema, juzgan que "*Consta el consentimiento de los adoptantes y la buena evolución y adaptación del menor al nuevo entorno familiar que es capaz de proporcionarle las atenciones afectivas y materiales necesarias para su correcto desarrollo físico, psíquico y social (art. 3.1 de las observaciones generales N° 14 del Comité de los Derechos del Niño y art. 2 L.O. Protección del Menor 1996). Procediendo en consecuencia desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida que no cabe duda beneficia al menor".*

V. La socioafectividad en la seguridad social: convivencias de pareja

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 07/04/2021, se expide respecto del recurso contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por la exconviviente de un pensionado, solicitando la revocación de la resolución recurrida y el reconocimiento de su derecho al cobro de una pensión de viudedad en cuantía mensual equivalente al 56% de la base reguladora de 677,26. Para así proceder, invocó contradicción del fallo con la Sentencia del Tribunal Superior

de Justicia del País Vasco, Bilbao, de 8 de marzo de 2016 (rec. 311/2016).

Los antecedentes del caso se condensan en lo siguiente: La actora solicita pensión de supervivencia luego del fallecimiento, el 20/09/2018, de su pareja de hecho, de estado civil viudo y pensionista de jubilación. Ambos habían inscrito la unión el 05/08/2014 en el Registro de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid y estaban empadronados en el mismo domicilio. La mujer prestó servicios para el causante de la pensión como empleada de hogar desde el 17/12/2012 hasta el 11/08/2014. Por resolución del INSS de 06/11/2018 le fue denegada a la actora la pensión solicitada por *"No mantener convivencia ininterrumpida de al menos 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento como pareja de hecho registrada con el fallecido"*.

El juez de primera instancia admite la demanda y declara el derecho de la mujer a percibir pensión de viudedad. Esta decisión es revocada al tener por acreditado que hay un primer periodo en el que la demandante con el causante mantiene una simple relación de convivencia que comienza el 27/05/2001 y llegaría (sin relación laboral acreditada) hasta el 17/12/2012; un segundo periodo que se solapa con el anterior, en lo que a la convivencia se refiere, en el que la demandante dada de alta en la Seguridad Social como cuidadora del causante, esto es, como trabajadora por cuenta ajena, va desde el 17/12/2012 hasta el 11/08/2014. Finalmente hay un tercer período en el que sigue habiendo convivencia en el domicilio entre la beneficiaria y el causante, pero cambia a juicio de la Sala, la naturaleza de la relación, como consecuencia de la publicidad que supone la inscripción como pareja de hecho el 05/08/2014 en el Registro de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. De allí que se afirma que no fue sino hasta esa fecha cuando la pareja de hecho fue constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, porque hasta entonces la demandante estaba dada de alta como trabajadora, incumpliendo así el requisito de una convivencia estable y notoria de carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años, porque el causante fallece el

20/09/2018 y la convivencia estable e ininterrumpida análoga a la conyugal comienza el 05/08/2014.

La sentencia de confronte, del País Vasco, había considerado: la convivencia como pareja sentimental en el domicilio propiedad del causante desde 2005; que contrajeron matrimonio en agosto de 2014; que el cónyuge falleció en octubre de 2014, reconociendo la pensión por haberse demostrado por prueba de testigos que se reúnen los requisitos exigidos en el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social (1994).

La demandante no cumplió con el requisito exigido en el art. 221 de la Ley General de la Seguridad Social de constituir con el causante de la pensión de viudedad, que reclama, una pareja de hecho con análoga relación de afectividad a la conyugal, con una convivencia estable y notoria de carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años, porque se acreditó únicamente que la convivencia afectiva comenzó en agosto de 2014 (fecha de la inscripción) y el causante falleció en 2018; por el contrario, en la sentencia citada de contraste, quedó demostrado mediante prueba de testigos, la reunión de los requisitos.

En otro fallo, esta vez dictado en fecha 07/04/2021 que llegó a la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo ante el recurso de casación interpuesto por el Estado por haberse hecho lugar a la demanda de la pareja de hecho del causante, fundada en la relación durante más de 30 años de la que nacieron en 1986, 1987 y 1989 tres hijos en común, y con documentación aportada que acreditaba que desde el año 1996, la actora y el causante han convivido en domicilio en común, de forma análoga a la relación conyugal, el criterio también es de mayor amplitud.

Se había acreditado que adquirieron una vivienda en 2004, que ha constituido la vivienda familiar acompañándose certificado de empadronamiento, dando cuenta de una convivencia durante más de

5 años, de manera ininterrumpida y estable hasta la fecha del fallecimiento del causante.

El art. 38 de Ley Clases Pasivas exige el requisito de la inscripción en el Registro de Parejas de hecho, lo que no estaba cumplido.

Luego de adjetivar el caso como singular, y hacer referencia a una sentencia del TS del 31/09/2017, que brinda las pautas para establecer una excepción a la regla general expuesta se afirma: *"existe una acreditación palpable de que ha existido una convivencia entre la recurrente y el causante durante 30 años, por lo que nos encontramos ante ese concepto de pareja de hecho que da el art. 38: la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años"*.

El Estado, en su recurso, había planteado que por sentencia de 28/05/2020, el TS había subrayado que el requisito formal de la existencia de pareja de hecho a los efectos del art. 38.4 del TRLCPE solo puede acreditarse mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante, y que esos medios no podían sustituirse.

La controversia giró en torno al párrafo que se ocupa de establecer la forma de acreditar la convivencia estable y notoria anterior al fallecimiento del causante. Con cita del art. 174.3 del real dec. leg. 1/1994 se señala que son dos los requisitos impuestos por ese precepto (el citado art. 38): *"uno material, la convivencia estable durante los cinco años previos al fallecimiento del causante, la cual se puede acreditar por cualquier medio de prueba válido en Derecho; y otro formal, la existencia de la pareja y esta solamente se puede probar del modo establecido: su inscripción en*

registro específico o su formalización en documento público y en uno y otro caso, dos años, por lo menos, antes del fallecimiento del causante" (19). Con base en esos argumentos, se establece como admisible a esos fines, el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca, fijándolo como doctrina legal.

VI. Los vínculos extensos: lazos con los abuelos

La Audiencia Provincial de Barcelona, por sentencia 116/2021 del 22/02/2021 resuelve el recurso interpuesto por la progenitora contra la sentencia de fecha 21/10/2019 interpuesta respecto de la posición sostenida por la Direcció General d' Atenció a la Infància i l'Adolescència (DGAIÀ). La recurrente resultó vencida en su solicitud de revocación de la resolución de 28/12/2018, por la que se dispuso el acogimiento provisional de su hija con sus abuelos paternos por haberse determinado administrativamente que se hallaba en situación de desamparo preventivo y acogimiento provisional en familia extensa.

La resolución objetada hacía referencia a indicadores de desamparo apreciados por el equipo técnico (ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que se concretaban en incapacidad de preservar a la niña de los conflictos existentes entre sus progenitores, presunta existencia de incidentes con violencia física y verbal por parte del padre hacia la madre, el cambio provisional de guardador de un hijo anterior de la madre por resolución judicial). Con tales antecedentes, se dispuso que la niña debería quedarse en el domicilio de los abuelos paternos, con visitas para los progenitores de una hora/semana y supervisada. La madre presenta demanda de oposición solicitando que se modificara dicha resolución por considerar más idóneos para asumir el cuidado de su hija sus propios padres, quienes además, tenían atribuida la guarda de su otro hijo de dos años, por resolución de fecha 21/11/2018, del Juzgado de Violencia contra la Mujer. Agregaba en su postulación *"para fomentar la vinculación con ambas familias, sería mejor que la menor permaneciera de lunes a viernes con los abuelos*

maternos y los sábados y domingos con los paternos", todo lo cual fue desestimado por la sentencia recurrida.

Al momento de resolver el recurso, es valorado el informe de la EAIA de 28/12/2018 en estos términos: *"refiere un alto grado de confusión en el relato de los progenitores y de sus respectivas familias extensas en cuanto a la realidad de los hechos, dando todos ellos versiones diferentes. Los abuelos maternos acusaban al padre de maltratador y los paternos aseguraban que su hijo se encontraba amenazado por la madre de la menor. También la progenitora manifestó que sus padres habían presentado denuncias falsas contra su pareja porque pretendían llevarse la custodia de su hijo. En el informe se destacaron diversos elementos de grave riesgo que se detectaron en el núcleo familiar, como la organización caótica de la familia en cuanto a las diferentes versiones, denuncias y amenazas, relación enfermiza entre la progenitora y los abuelos maternos, falta de habilidades relacionales entre los progenitores y sus familias de origen, relación conflictiva entre todos ellos, diversos antecedentes policiales de la madre por delitos de robo y agresiones, información facilitada por la abuela materna en cuanto a la desatención de aquella con sus hijos y discusiones continuadas en el domicilio en presencia de los niños".*

Para resolver, la AP se hace eco de los informes que dan cuenta de la profunda conflictiva familiar, la sugerencia de tratamientos terapéuticos, y el intento de vías de solución apelando a la mediación, iniciada en mayo de 2019 y que ha dado un resultado positivo. Además, se valora que *"la abuela acogedora ha ejercido de manera adecuada sus funciones, estableciendo un contexto donde el buen clima, la dinámica y la red familiar han favorecido el desarrollo integral de A. La familia muestra una adecuada actitud de colaboración con los profesionales de los diferentes servicios del territorio y complementa adecuadamente con las indicaciones que se le sugiere, con lo cual, a falta de prueba que acredite que el acogimiento sea perjudicial para la menor y atendido su interés superior, máxime cuando en este procedimiento solo se puede impugnar la medida, no la familia concreta de acogimiento, es por lo que de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el presente recurso".*

En sentido similar, con fecha 10/06/2020, se estima parcialmente la impugnación de la resolución dictada en fecha 09/10/2017 por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, en virtud de lo resuelto en fecha 19/05/2019 por la Audiencia Provincial de León, y en consecuencia, deben mantenerse las visitas de dos niñas con su abuela, consistentes en una hora cada quince días, realizándose dichas visitas de manera tutelada. Al igual que las dispuestas con la madre, pero en este caso solo respecto de una sola de las niñas, a realizar también de manera tutelada. Los encuentros se diagramaron en fechas distintas, supeditando la incorporación de la otra hija para cuando los técnicos consideren que la misma esté preparada y siempre que ella desee retomar el contacto con la madre.

El organismo administrativo había recurrido el fallo, requiriendo revocación en el sentido de que se dejen también suspendidas las visitas de las dos niñas con su abuela, mientras que progenitora y abuela lo impugnan solicitando se restituya la guarda y custodia para la madre, supervisada trimestralmente con informes médicos, educativos, incluso del equipo psicosocial si así se considera oportuno, pero sin supervisión personal en los encuentros directos entre las personas implicadas. De forma subsidiaria proponen: permanencia con la progenitora fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que serán entregadas en el centro. Todas las vacaciones escolares. Compartir madre e hijas todos los días desde la salida del colegio con reintegro en el centro donde residen, admitiendo supervisión directa de terceras personas por un plazo de tres meses, en que se restituirá la guarda y custodia a la madre. Piden que se considere a cada niña en su individualidad.

Las resoluciones administrativas que se impugnan, y la judicial que las confirma, son revisadas por la Audiencia contando con la exploración de las niñas practicada en la instancia. Es valorado que las medidas dispuestas tuvieron su soporte en la adicción de la madre al alcohol, que la llevo a perder el control de su vida, y a desentenderse

del cuidado de las menores. Se analiza que inicialmente se formalizó un acogimiento familiar con la abuela materna, terminando en septiembre de 2017, momento en que la Junta de Castilla y León asume la tutela de las niñas. La progenitora había ingresado a un centro especializado con la finalidad de rehabilitación, desde el que pasó a un piso terapéutico, consiguiendo una abstinencia prolongada y rehabilitación. Desde hace dos años, mantiene un seguimiento psiquiátrico a través de dos consultas anuales en un Centro de Salud Mental de León. Se dice, entonces que *"parece recuperada de sus problemas de adicción, que tiene una vivienda adecuada y una situación personal más estable, que cuenta con un trabajo al que podrá incorporarse una vez que obtenga el alta médica, no se puede obviar, que a las menores que actualmente tienen 15 años, las vivencias familiares vividas y sufridas las ha marcado profundamente, especialmente a Z. Actualmente ambas residen en un centro-hogar de acogida, tienen sus vidas estabilizadas y se encuentran perfectamente integradas en el centro escolar al que acuden y en la dinámica del centro de acogida, pero según el informe psicosocial ambas evidencian una falta de ajuste emocional con riesgos de inseguridad y preocupación y con estado de ansiedad muy elevado especialmente evidente en Z, que además refleja sintomatología disfórica. R que en principio mostraría una apariencia más adaptada a través de normalizar su discurso, en la evolución psicotécnica refleja una realidad diferente, mostrando una desadaptación personal muy elevada y sintomatología ansiógena, similar a la de su hermana. El estado psicológico actual de las menores se concluye en el informe psicosocial puede considerarse compatible con su trayectoria experiencial, que en la actualidad necesita de un apoyo terapéutico determinado, ajustándose a las necesidades individuales y a la evolución de cada menor. En la exploración de las menores, se observa, una actitud completamente diferente entre ambas hermanas, mientras Z., se encuentra totalmente cerrada a mantener cualquier relación con su madre, R. por el contrario manifiesta el deseo de poder estar con ella más tiempo, y sin la presencia de los técnicos"*.

En la sentencia se hace mérito que ni la madre ni la abuela, *"dan muestras de ser plenamente conscientes, de hasta qué punto la vivencias de las menores en el hogar familiar, han marcado y dañado el estado emocional y psíquico de las mismas, por lo que la vuelta a dicho entorno, cuando las menores se encuentran plenamente integradas en el hogar que comparten con otros jóvenes, en*

el colegio, con la familia de acogida, y demás miembros de su entorno social, que por las circunstancias concurrentes su propia familia por el momento no puede proporcionarles, no parece que sea lo más conveniente". Esta apreciación, en definitiva, está marcando la realidad socioafectiva en que estas dos personas menores de edad se desplazan, y el fallo lo atiende.

Establecido lo anterior, se sostiene que la situación de cada una de las hijas es distinta, una *"se siente totalmente amparada por el entorno que la acoge, y no quiere salir de ese ámbito de protección, y sigue manteniéndose reacia a comunicarse con su madre, se encuentra en tratamiento psiquiátrico y psicológico, con apoyo farmacológico antidepresivo. En estas circunstancias, siendo el fin al que debe atenderse de forma preferente, el interés de la menor, no ofrece duda que dicho interés pasa por no obligarla a mantener un régimen de comunicaciones y visitas con su madre, que no desea, pues lo único que se iba a conseguir es más ansiedad, desasosiego para ella, y desestabilización en su afectada trayectoria de vida, lo que sin duda afectaría aún más, a su ya dañado estado psíquico y emocional"*.

Por el contrario, la otra hija, *"que ya está cumpliendo un régimen de visitas con su madre, aunque limitado a una hora cada quince días en APROME, manifiesta su deseo de ampliar la relaciones con su madre, de poder estar más tiempo con ella, y sin la presencia de los técnicos, por lo que teniendo en cuenta su edad, 15 años, que cuando cumpla la mayoría de edad va a poder si lo desea volver con su madre, se estima conveniente, sin obviar que su estado emocional, precisa de toda la ayuda que en los distintos aspectos de su vida se le presta a través de la asunción de la guarda y tutela por la Junta de Castilla y León, fijar un régimen de visitas más amplio a favor de la madre biológica"*.

Por todo ello disponen revocar parcialmente lo resuelto, acordando en relación con una de las hijas un régimen comunicacional de fines de semana alternos con pernocte, la mitad de las vacaciones de Navidad, las de Semana Santa enteras, y 15 días continuados en verano, que podrá elegir la madre, comunicándolo con mes de antelación al Centro, respetando en lo restante la voluntad de la otra hija, y dejándolo firme respecto de la abuela.

Referencias Bibliográficas

- (1) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *"Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014"*, LA LEY 2014-E, 1267.
- (2) HERRERA, Marisa, en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), *Tratado de niños, niñas y adolescentes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 975.
- (3) Rec. nro. 3110/2019, res. 175/2021.
- (4) Particularmente la elección de colegio, clases particulares, actividades extraescolares, cursos en el extranjero, viajes o salidas al extranjero en el que no vayan acompañados por algún progenitor, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas y, en general, aquellas de mayor relevancia e importancia vital
- (5) De dos horas durante dos días a la semana y fines de semana alternos desde la salida del colegio a las 20 hs. del domingo correspondiente.
- (6) A la madre la primera mitad de los años pares y la segunda los impares, y al padre a la inversa; la festividad de los Reyes Magos conferirá al o la no custodio/a el disfrute desde las 14.00 horas hasta las 21.00 horas. Puntualiza los días que se considerarán en cada supuesto, tanto el comienzo como el día de reintegro, y en particular se establece para las vacaciones escolares un primer mes con cada progenitor y una alternancia de 15 días con cada uno/a para el resto del receso, con un tope horario para la entrega, y con inicio por parte de la madre.
- (7) Se cita el art. 233.11.3 de la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece que: *"En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas"*; el art. 3.8 de la ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de

Navarra, norma que dispone: "No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos". Por su parte, el art. 80.6 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone: *"No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género".* En similar sentido el art. 11.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores norma, que dice: *"No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal".*

(8) TS, sala Civil, sents. 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 553/2016, de 20 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 442/2017, de 13 de julio; 630/2018, de 13 de noviembre o 311/2020, de 16 de junio, entre otras.

(9) TS, sala Civil, sents. 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio y 654/2018, de 30 de noviembre, entre otra.

(10) TS, sala Civil, sents. 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio y 559/2020, de 26 de octubre, entre otras.

(11) TS, sala Civil, sents. 242/2016, 12 de abril; 369/2016, de 3 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 116/2017, de 22 de febrero y 311/2020, de 16 de junio; entre otras muchas

(12) TS, sala Civil, sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras.

(13) TS, sent. del 16/10/2014, rec. 683/2013 y sents. 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio. En el mismo sentido, la sentencia 242/2018, de 24 de abril, según rememora el fallo.

(14) *"Los trabajos de los servicios sociales siguen la misma dinámica que cuando nació Martín, y además se incluye una actuación de los padres en la Unidad de Salud Mental del Sergas el 29 de junio de 2017 que no pudo tener lugar porque estos no acudieron, constando que ante esta situación el 30 de junio de 2017 se tiene una reunión de los padres con los técnicos en el que se apercibe de los reiterados incumplimiento de los horarios de visitas, de inasistencia a las visitas programadas de Salud Mental, la falta de colaboración con la UAD, manifestándoles que las visitas a partir de entonces serían supervisadas en el punto de encuentro, produciéndose una tensa discusión con los padres e incluso Doña María Rosario agredió a una técnico. Finalmente, en la reunión de coordinación con los técnicos de la UAD el 4 de septiembre de 2017, consta también informan que no se puede llevar un trabajo efectivo con Federico, porque no colaboraba, faltaba a las citas y mandaba su mujer a recoger la metadona. Las visitas posteriormente a octubre de 2017 ya se realizaron en el punto de encuentro con los menores, siendo Doña María Rosario la que cumplía con ellas no así Federico, pero sin que mejoraran las intervenciones de los servicios sociales en relación a la situación de los padres por su falta o imposibilidad de colaboración, puesto que*

tampoco acudían a la Unidad de Salud Mental, figurando en fecha 5 de febrero de 2018 un informe del Equipo Técnico del Menor que presentaban déficits severos en sus competencia parentales, que unidos a su situación personal y socioeconómica propiciaban un contexto familiar que no garantizaba el cuidado, seguridad y protección de Martin y Elisabeth, sin que tampoco sus respectivas familias puedan ofrecer condiciones que garanticen su cuidado".

(15) Art. 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el art. 172 del Código Civil y en el art. 118 del Código de Derecho Foral de Aragón, así como en las disposiciones concordantes de la Ley 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia en Aragón y del Decreto 190/2008 por el que se aprueba el Reglamento aragonés de medidas de protección de menores en situación de desamparo, como la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. 2 jurisprudencia 2. El art. 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, dice: 1. Se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral y material. 2. En particular, se entiende que existe situación de desamparo cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor. b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas. c) Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o

terceros, producidos en el ambiente familiar del menor. d) Explotación de menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación. e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de estos. f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo de este.

(16) Allí se apeló al art. 160 del Cód. Civil en cuanto dice que *"los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el art. 178.4 del Cód. Civ."*, y en su apart. 2º, recalca que *"No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, y que en caso de oposición el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias"*; añadiendo, que *"especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos no faculten la infracción de resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores"*.

(17) Introducido por el art. 2.21 de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

(18) En virtud del informe de 11/03/2014 por parte de la EAIA de Girona, que sugiere y resuelve el cese de la acogida en familia extensa y mantener la situación de desamparo del niño y la asunción de las funciones tutelares por parte de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia (DGAIA), y proponer como medida idónea el acogimiento preadoptivo.

(19) Siguiendo con la importancia que se confiere a los precedentes se dice en el fallo: *"Esta Sala ha observado en la interpretación del párrafo cuarto del art. 38.4 del real dec. leg. 670/1987 el mismo criterio seguido por la Sala Cuarta en la interpretación del art. 174.3 del real dec. leg. 1/1994 respecto de la acreditación de la convivencia estable. En ese sentido se pronunció nuestra sentencia 1668/2019, de 3 de diciembre (recurso de casación 5178/2017)"*.