Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Directores

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Tomo II

Libro Segundo
Artículos 401 a 723

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Directores

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Tomo II

Libro Segundo
Artículos 401 a 723

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

AUTORIDADES

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN
Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA
Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA
Lic. María Florencia Carignano

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA
Dra. María Paula Pontoriero

Caramelo, Gustavo
Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015.
v. 2, 640 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-3720-31-4

1. Derecho Civil. 2. Derecho Comercial. I. Sebastián Picasso II. Herrera, Marisa III. Título
CDD 346

Fecha de catalogación: 29/05/2015

ISBN Obra completa: 978-987-3720-29-1
ISBN Tomo 2: 978-987-3720-31-4
Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

1ra. edición - julio 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras
Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin
Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar

Infojus agradece el asesoramiento técnico brindado por la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral, Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (DNRUA), Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble; la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa; la Dirección Nacional de Relaciones con el Poder Legislativo; y el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS).

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

DIRECTORES

MARISA HERRERA

GUSTAVO CARAMELO

SEBASTIÁN PICASSO

DIRECCIÓN EDITORIAL

JULIÁN ÁLVAREZ

COORDINADORAS GENERALES

MARÍA PAULA PONTORIERO

LAURA PEREIRAS

COORDINADORES

NATALIA DE LA TORRE
Tomo I, II y VI

FIORELLA VIGO
Tomo I, II y VI

CECILIA KANDUS
Tomo III, IV y VI

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA
Tomo III y IV

LUIS R. J. SÁENZ
Tomo III y IV

FEDERICO CARESTIA
Tomo III y IV

FEDERICO CAUSSE
Tomo V

CHRISTIAN PETTIS
Tomo V

Infojus agradece el asesoramiento técnico brindado
por la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral,
Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes
a Guarda con fines Adoptivos (DNRUA),
Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble;
la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa;
la Dirección Nacional de Relaciones con el Poder Legislativo;
y el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad
en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS).

COMENTARIOS
A LOS ARTÍCULOS DEL TOMO

MARIEL MOLINA DE JUAN
Arts. 401 a 420
Arts. 431 a 434
Arts. 537 a 554

CAROLINA DUPRAT
Arts. 421 a 430
Arts. 435 a 445

ANA PERACCA
Arts. 446 a 508

NATALIA DE LA TORRE
Arts. 509 a 528

MARISA HERRERA
Arts. 529 a 536
Arts. 555 a 593

MARIELA GONZÁLEZ DE VICEL
Arts. 594 a 637
Arts. 705 a 723

MARÍA VICTORIA PELLEGRINI
Arts. 638 a 704

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

INTRODUCCIÓN AL LIBRO SEGUNDO

MARISA HERRERA, SEBASTIÁN PICASSO y GUSTAVO CARAMELO

La realidad social y, en especial, las relaciones de familia, son mucho más complejas que aquellas que circundaban a Vélez Sarsfield cuando redactó el Código Civil, incluso cuando lo reformó de manera sustancial Borda en 1968 al sancionarse la ley 17.711. Como dijo Mario Benedetti: *"Sé que el sol es el mismo, que la lluvia y los hongos son los mismos, pero el futuro es otro, más compulsivo y arduo con épocas que están aún por inventarse"*.[1]

Hay una gran cantidad de parejas que no se casan —de igual o de diverso sexo—; familias ensambladas o más conocidas como los "tuyos, los míos y los nuestros"; familias monoparentales que nacen de decisiones de mujeres que deciden tener un hijo apelando a las técnicas de reproducción asistida; segundas o terceras uniones en las que los adultos ya vienen con una estructura económica o patrimonial y, por ende, quisieran elegir un régimen de bienes en el cual no deban compartir o generar bienes "gananciales"; personas con capacidades restringidas o padecimientos mentales que pueden contraer matrimonio a pesar de su discapacidad siendo hasta terapéutico y beneficioso para su mejoría el compartir la vida con alguien; padres adolescentes que llevan adelante la crianza de sus hijos; exparejas que se llevan muy bien y que comparten el cuidado de los hijos tras la separación; personas cuya ruptura matrimonial o convivencial las dejan en una situación patrimonial desventajosa que deben verse compensadas por ese desequilibrio producto de haberse retirado del mercado laboral para hacerse cargo del hogar; hijos que tienen el derecho a portar el apellido de ambos padres saliéndose de una imposición legal machista de que se debe llevar siempre el apellido del hombre; cantidad de niños que nacen de técnicas de reproducción humana asistida y que necesitan de reglas claras en lo relativo a la determinación de su filiación (¿quiénes son sus padres para la ley?: ¿quienes aportan el material genético o quienes tienen la voluntad procreacional o el deseo de ser padres?); y otra cantidad de niños que tienen el derecho de vivir en familia, en primer lugar, en la suya, y si eso no es posible, en otra familia a través de la adopción, por citar solo algunas de las tantas realidades y conflictos familiares que observa la sociedad contemporánea.

(1) Benedetti, Mario, "Dos cielos", en *El mundo que respiro*, Bs. As., Seix Barral, 2001, p. 11.

Todas estas son realidades sociales bien palpables que el texto civil que nos regía hasta hoy invisibilizaba, escondía o renegaba, conculcándose una normativa constitucional básica y fundacional de un Estado democrático como prevé el art. 19 de la Constitución Nacional, que reconoce y promueve el respeto por la libertad y la intimidad; en este caso, de formar la familia que se quiera, desee o se pueda, en total consonancia con el art. 14 bis, que se preocupa por la protección integral de la familia sin definirla, es decir, considerándola de manera amplia e inclusiva.

El Código Civil y Comercial en su Libro Segundo dedicado a las "Relaciones de Familia" coloca sobre el escenario legal, y así otorga visibilidad, a todas las realidades sociales mencionadas y a tantísimas otras más.

Este reconocimiento legislativo es el resultado de varios hitos normativos que se han dado en los últimos años y que han posicionado a la Argentina en un lugar de vanguardia en el campo del derecho de familia. La Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (26.061); la Ley de Matrimonio Igualitario (26.618); la Ley de Identidad de Género (26.742); la Ley de Protección Integral de las Mujeres (26.485) o de Cobertura Médica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (26.862), por citar algunas, han venido a interpelar de manera profunda la legislación civil existente, llegando incluso a alcanzar un caso jurídico a la luz de la obligada mirada constitucional-convencional, a tal punto que varias normativas han sido decretas inconstitucionales con el impacto desestabilizador que se deriva de ello.

En este contexto, el Código Civil y Comercial viene a saldar una deuda pendiente con el justiciable que necesita de reglas claras para resolver sus conflictos familiares, encontrando soluciones a nuevas controversias y respuestas a interrogantes que hasta hace un tiempo eran impensadas.

En este segundo tomo, el lector encontrará la mayor cantidad de modificaciones que observa el nuevo texto civil y comercial, siendo en el campo de las relaciones de familia donde más cambios se introducen, en total consonancia con los nuevos aires legislativos y sociales sintetizados. En definitiva, es aquí donde se observa uno de los mayores esfuerzos en esta búsqueda constante y sonante por un derecho más humano; es decir, por un derecho de familia plural, inclusivo, solidario y responsable.

ÍNDICE GENERAL

Página

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado 1

LIBRO SEGUNDO. RELACIONES DE FAMILIA

TÍTULO I - Matrimonio

CAPÍTULO 1 - Principios de libertad y de igualdad

Comentarios de Mariel Molina de Juan

Artículo 401.- Esponsales 1
Artículo 402.- Interpretación y aplicación de las normas 4

CAPÍTULO 2 - Requisitos del matrimonio

Artículo 403.- Impedimentos matrimoniales 6
Artículo 404.- Falta de edad nupcial. Dispensa judicial 9
Artículo 405.- Falta de salud mental y dispensa judicial 12
Artículo 406.- Requisitos de existencia del matrimonio 13
Artículo 407.- Incompetencia de la autoridad que celebra el acto 14
Artículo 408.- Consentimiento puro y simple 15
Artículo 409.- Vicios del consentimiento 16

CAPÍTULO 3 - Oposición a la celebración del matrimonio

Artículo 410.- Oposición a la celebración del matrimonio 18
Artículo 411.- Legitimados para la oposición 19
Artículo 412.- Denuncia de impedimentos 20
Artículo 413.- Forma y requisitos de la oposición 20
Artículo 414.- Procedimiento de la oposición 21
Artículo 415.- Cumplimiento de la sentencia 22

CAPÍTULO 4 - Celebración del matrimonio

SECCIÓN 1ª. MODALIDAD ORDINARIA DE CELEBRACIÓN

Artículo 416.- Solicitud inicial 23
Artículo 417.- Suspensión de la celebración 24
Artículo 418.- Celebración del matrimonio 24

Página

Artículo 419.- Idioma 26
Artículo 420.- Acta de matrimonio y copia 26

SECCIÓN 2ª. MODALIDAD EXTRAORDINARIA DE CELEBRACIÓN

Comentarios de Carolina Duprat

Artículo 421.- Matrimonio en artículo de muerte 28
Artículo 422.- Matrimonio a distancia 29

CAPÍTULO 5 - Prueba del matrimonio

Artículo 423.- Regla general. Excepciones. Posesión de estado 30

CAPÍTULO 6 - Nulidad del matrimonio

Artículo 424.- Nulidad absoluta. Legitimados 32
Artículo 425.- Nulidad relativa. Legitimados 34
Artículo 426.- Nulidad matrimonial y terceros 40
Artículo 427.- Buena fe en la celebración del matrimonio 40
Artículo 428.- Efectos de la buena fe de ambos cónyuges 42
Artículo 429.- Efectos de la buena fe de uno de los cónyuges 45
Artículo 430.- Efectos de la mala fe de ambos cónyuges 48

CAPÍTULO 7 - Derechos y deberes de los cónyuges

Comentarios de Mariel Molina de Juan

Artículo 431.- Asistencia 48
Artículo 432.- Alimentos 51
Artículo 433.- Pautas para la fijación de los alimentos 53
Artículo 434.- Alimentos posteriores al divorcio 56

CAPÍTULO 8 - Disolución del matrimonio

Comentarios de Carolina Duprat

SECCIÓN 1ª. CAUSALES

Artículo 435.- Causas de disolución del matrimonio 60

SECCIÓN 2ª. PROCESO DE DIVORCIO

Artículo 436.- Nulidad de la renuncia 62
Artículo 437.- Divorcio. Legitimación 64
Artículo 438.- Requisitos y procedimiento del divorcio 67

SECCIÓN 3ª. EFECTOS DEL DIVORCIO

Artículo 439.- Convenio regulador. Contenido 70
Artículo 440.- Eficacia y modificación del convenio regulador 72
Artículo 441.- Compensación económica 75
Artículo 442.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad 78
Artículo 443.- Atribución del uso de la vivienda. Pautas 79
Artículo 444.- Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar 82
Artículo 445.- Cese 84

Página

TÍTULO II - Régimen patrimonial del matrimonio

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

SECCIÓN 1ª. CONVENCIONES MATRIMONIALES

Comentarios de Ana Peracca

Artículo 446.- Objeto 86
Artículo 447.- Nulidad de otros acuerdos 89
Artículo 448.- Forma 89
Artículo 449.- Modificación de régimen 90
Artículo 450.- Personas menores de edad 92

SECCIÓN 2ª. DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO

Artículo 451.- Normas aplicables 93
Artículo 452.- Condición implícita 94
Artículo 453.- Oferta de donación 94

SECCIÓN 3ª. DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS REGÍMENES

Artículo 454.- Aplicación. Inderogabilidad 95
Artículo 455.- Deber de contribución 97
Artículo 456.- Actos que requieren asentimiento 98
Artículo 457.- Requisitos del asentimiento 101
Artículo 458.- Autorización judicial 102
Artículo 459.- Mandato entre cónyuges 103
Artículo 460.- Ausencia o impedimento 104
Artículo 461.- Responsabilidad solidaria 105
Artículo 462.- Cosas muebles no registrables 106

CAPÍTULO 2 - Régimen de comunidad

SECCIÓN 1ª. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 463.- Carácter supletorio 108

SECCIÓN 2ª. BIENES DE LOS CÓNYUGES

Artículo 464.- Bienes propios 110
Artículo 465.- Bienes gananciales 119
Artículo 466.- Prueba del carácter propio o ganancial 126

SECCIÓN 3ª. DEUDAS DE LOS CÓNYUGES

Artículo 467.- Responsabilidad 128
Artículo 468.- Recompensa 130

SECCIÓN 4ª. GESTIÓN DE LOS BIENES EN LA COMUNIDAD

Artículo 469.- Bienes propios 131
Artículo 470.- Bienes gananciales 132
Artículo 471.- Bienes adquiridos conjuntamente 134
Artículo 472.- Ausencia de prueba 134
Artículo 473.- Fraude 135
Artículo 474.- Administración sin mandato expreso 136

Página

SECCIÓN 5ª. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD

Artículo 475.- Causas 137
Artículo 476.- Muerte real y presunta 139
Artículo 477.- Separación judicial de bienes..... 140
Artículo 478.- Exclusión de la subrogación..... 144
Artículo 479.- Medidas cautelares 145
Artículo 480.- Momento de la extinción 146

SECCIÓN 6ª. INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA

Artículo 481.- Reglas aplicables 148
Artículo 482.- Reglas de administración..... 150
Artículo 483.- Medidas protectorias 154
Artículo 484.- Uso de los bienes indivisos..... 157
Artículo 485.- Frutos y rentas..... 159
Artículo 486.- Pasivo..... 160
Artículo 487.- Efectos frente a los acreedores 162

SECCIÓN 7ª. LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD

Artículo 488.- Recompensas..... 164
Artículo 489.- Cargas de la comunidad. 166
Artículo 490.- Obligaciones personales 169
Artículo 491.- Casos de recompensas 170
Artículo 492.- Prueba. 173
Artículo 493.- Monto 173
Artículo 494.- Valuación de las recompensas 173
Artículo 495.- Liquidación..... 175

SECCIÓN 8ª. PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD

Artículo 496.- Derecho de pedirla 176
Artículo 497.- Masa partible 176
Artículo 498.- División 177
Artículo 499.- Atribución preferencial..... 178
Artículo 500.- Forma de la partición 179
Artículo 501.- Gastos..... 180
Artículo 502.- Responsabilidad posterior a la partición por deudas anteriores 181
Artículo 503.- Liquidación de dos o más comunidades..... 182
Artículo 504.- Bigamia..... 182

CAPÍTULO 3 - Régimen de separación de bienes

Artículo 505.- Gestión de los bienes 183
Artículo 506.- Prueba de la propiedad..... 186
Artículo 507.- Cese del régimen 188
Artículo 508.- Disolución del matrimonio 188

Página

TÍTULO III - Uniones convivenciales

CAPÍTULO 1 - Constitución y prueba

Comentarios de Natalia De la Torre

Artículo 509.- Ámbito de aplicación 194
Artículo 510.- Requisitos 197
Artículo 511.- Registración 200
Artículo 512.- Prueba de la unión convivencial 201

CAPÍTULO 2 - Pactos de convivencia

Artículo 513.- Autonomía de la voluntad de los convivientes 202
Artículo 514.- Contenido del pacto de convivencia 204
Artículo 515.- Límites 204
Artículo 516.- Modificación, rescisión y extinción 206
Artículo 517.- Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros ... 208

CAPÍTULO 3 - Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia

Artículo 518.- Relaciones patrimoniales 210
Artículo 519.- Asistencia 211
Artículo 520.- Contribución a los gastos del hogar 212
Artículo 521.- Responsabilidad por las deudas frente a terceros 213
Artículo 522.- Protección de la vivienda familiar 216

CAPÍTULO 4 - Cese de la convivencia. Efectos

Artículo 523.- Causas del cese de la unión convivencial 218
Artículo 524.- Compensación económica 220
Artículo 525.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad 223
Artículo 526.- Atribución del uso de la vivienda familiar 225
Artículo 527.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes 228
Artículo 528.- Distribución de los bienes 230

TÍTULO IV - Parentesco

Comentarios de Marisa Herrera

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

Artículo 529.- Concepto y terminología 231
Artículo 530.- Elementos del cómputo. 234
Artículo 531.- Grado. Línea. Tronco 235
Artículo 532.- Clases de líneas 236
Artículo 533.- Cómputo del parentesco 237
Artículo 534.- Hermanos bilaterales y unilaterales 237
Artículo 535.- Parentesco por adopción 238
Artículo 536.- Parentesco por afinidad. Cómputo. Exclusión 240

Página

CAPÍTULO 2 - Deberes y derechos de los parientes

Comentarios de Mariel Molina de Juan

SECCIÓN 1ª. ALIMENTOS

Artículo 537.- Enumeración. 243
Artículo 538.- Parientes por afinidad 245
Artículo 539.- Prohibiciones 247
Artículo 540.- Alimentos devengados y no percibidos 249
Artículo 541.- Contenido de la obligación alimentaria 250
Artículo 542.- Modo de cumplimiento 252
Artículo 543.- Proceso 255
Artículo 544.- Alimentos provisorios 257
Artículo 545.- Prueba 258
Artículo 546.- Existencia de otros obligados 260
Artículo 547.- Recursos 262
Artículo 548.- Retroactividad de la sentencia 264
Artículo 549.- Repetición 265
Artículo 550.- Medidas cautelares 266
Artículo 551.- Incumplimiento de órdenes judiciales 268
Artículo 552.- Intereses 269
Artículo 553.- Otras medidas para asegurar el cumplimiento 270
Artículo 554.- Cese de la obligación alimentaria 273

SECCIÓN 2ª. DERECHO DE COMUNICACIÓN

Comentarios de Marisa Herrera

Artículo 555.- Legitimados. Oposición 275
Artículo 556.- Otros beneficiarios 277
Artículo 557.- Medidas para asegurar el cumplimiento 279

TÍTULO V - Filiación

CAPÍTULO I - Disposiciones generales

Artículo 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos 280
Artículo 559.- Certificado de nacimiento 283

CAPÍTULO 2 - Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

Artículo 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida 285
Artículo 561.- Forma y requisitos del consentimiento 287
Artículo 562.- Voluntad procreacional 290
Artículo 563.- Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida 292
Artículo 564.- Contenido de la información 294

Página

CAPÍTULO 3 - Determinación de la maternidad

Artículo 565.- Principio general 296

CAPÍTULO 4 - Determinación de la filiación matrimonial

Artículo 566.- Presunción de filiación 299
Artículo 567.- Situación especial en la separación de hecho 302
Artículo 568.- Matrimonios sucesivos 303
Artículo 569.- Formas de determinación 305

CAPÍTULO 5 - Determinación de la filiación extramatrimonial

Artículo 570.- Principio general 306
Artículo 571.- Formas del reconocimiento 309
Artículo 572.- Notificación del reconocimiento 311
Artículo 573.- Caracteres del reconocimiento 312
Artículo 574.- Reconocimiento del hijo por nacer 314
Artículo 575.- Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida 315

CAPÍTULO 6 - Acciones de filiación. Disposiciones generales

Artículo 576.- Caracteres 317
Artículo 577.- Inadmisibilidad de la demanda 319
Artículo 578.- Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial 322
Artículo 579.- Prueba genética 324
Artículo 580.- Prueba genética *post mortem* 328
Artículo 581.- Competencia 330

CAPÍTULO 7 - Acciones de reclamación de filiación

Artículo 582.- Reglas generales 332
Artículo 583.- Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad 336
Artículo 584.- Posesión de estado 338
Artículo 585.- Convivencia 340
Artículo 586.- Alimentos provisorios 341
Artículo 587.- Reparación del daño causado 343

CAPÍTULO 8 - Acciones de impugnación de filiación

Artículo 588.- Impugnación de la maternidad 345
Artículo 589.- Impugnación de la filiación presumida por la ley 347
Artículo 590.- Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y caducidad 350
Artículo 591.- Acción de negación de filiación presumida por la ley 354
Artículo 592.- Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley 357
Artículo 593.- Impugnación del reconocimiento 358

TÍTULO VI - Adopción

Comentarios de Mariela González de Vicel

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

Artículo 594.- Concepto 360
Artículo 595.- Principios generales 366

Página

Artículo 596.- Derecho a conocer los orígenes 373
Artículo 597.- Personas que pueden ser adoptadas 377
Artículo 598.- Pluralidad de adoptados 380
Artículo 599.- Personas que pueden ser adoptantes 382
Artículo 600.- Plazo de residencia en el país e inscripción 385
Artículo 601.- Restricciones 387
Artículo 602.- Regla general de la adopción por personas casadas o en unión convivencial 390
Artículo 603.- Adopción unipersonal por parte de personas casadas o en unión convivencial ... 392
Artículo 604.- Adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial 394
Artículo 605.- Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores 396
Artículo 606.- Adopción por tutor 398

CAPÍTULO 2 -Declaración judicial de la situación de adoptabilidad

Artículo 607.- Supuestos 399
Artículo 608.- Sujetos del procedimiento 406
Artículo 609.- Reglas del procedimiento 410
Artículo 610.- Equivalencia 413

CAPÍTULO 3 - Guarda con fines de adopción

Artículo 611.- Guarda de hecho. Prohibición 414
Artículo 612.- Competencia 418
Artículo 613.- Elección del guardador e intervención del organismo administrativo 420
Artículo 614.- Sentencia de guarda con fines de adopción 423

CAPÍTULO 4 - Juicio de adopción

Artículo 615.- Competencia 424
Artículo 616.- Inicio del proceso de adopción 427
Artículo 617.- Reglas del procedimiento 430
Artículo 618.- Efecto temporal de la sentencia 435

CAPÍTULO 5 - Tipos de adopción

SECCIÓN 1ª. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 619.- Enumeración 437
Artículo 620.- Concepto 439
Artículo 621.- Facultades judiciales 440
Artículo 622.- Conversión 443
Artículo 623.- Prenombre del adoptado 445

SECCIÓN 2ª. ADOPCIÓN PLENA

Artículo 624.- Irrevocabilidad. Otros efectos 447
Artículo 625.- Pautas para el otorgamiento de la adopción plena 449
Artículo 626.- Apellido 452

Página

SECCIÓN 3ª. ADOPCIÓN SIMPLE

Artículo 627.- Efectos 456
Artículo 628.- Acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción 460
Artículo 629.- Revocación 460

SECCIÓN 4ª. ADOPCIÓN DE INTEGRACIÓN

Artículo 630.- Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen 462
Artículo 631.- Efectos entre el adoptado y el adoptante 463
Artículo 632.- Reglas aplicables 465
Artículo 633.- Revocación 467

CAPÍTULO 6 - Nulidad e inscripción

Artículo 634.- Nulidades absolutas 468
Artículo 635.- Nulidad relativa 474
Artículo 636.- Normas supletorias 477
Artículo 637.- Inscripción 478

TÍTULO VII - Responsabilidad parental

Comentarios de María Victoria Pellegrini

CAPÍTULO 1 - Principios generales de la responsabilidad parental

Artículo 638.- Responsabilidad parental. Concepto 479
Artículo 639.- Principios generales. Enumeración 482
Artículo 640.- Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental 482

CAPÍTULO 2 - Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

Artículo 641.- Ejercicio de la responsabilidad parental 484
Artículo 642.- Desacuerdo 487
Artículo 643.- Delegación del ejercicio 490
Artículo 644.- Progenitores adolescentes 492
Artículo 645.- Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores 494

CAPÍTULO 3 - Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales

Artículo 646.- Enumeración 495
Artículo 647.- Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado 495

CAPÍTULO 4 - Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos

Artículo 648.- Cuidado personal 497
Artículo 649.- Clases 497
Artículo 650.- Modalidades del cuidado personal compartido 497
Artículo 651.- Reglas generales 497
Artículo 652.- Derecho y deber de comunicación 500
Artículo 653.- Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración 500

Página

Artículo 654.- Deber de informar 501
Artículo 655.- Plan de parentalidad 502
Artículo 656.- Inexistencia de plan de parentalidad homologado 503
Artículo 657.- Otorgamiento de la guarda a un pariente 505

CAPÍTULO 5 - Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos

Artículo 658.- Regla general 507
Artículo 659.- Contenido 507
Artículo 660.- Tareas de cuidado personal 507
Artículo 661.- Legitimación 510
Artículo 662.- Hijo mayor de edad 510
Artículo 663.- Hijo mayor que se capacita 513
Artículo 664.- Hijo no reconocido 513
Artículo 665.- Mujer embarazada 513
Artículo 666.- Cuidado personal compartido 514
Artículo 667.- Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores 515
Artículo 668.- Reclamo a ascendientes 516
Artículo 669.- Alimentos impagos 518
Artículo 670.- Medidas ante el incumplimiento 519

CAPÍTULO 6 - Deberes de los hijos

Artículo 671.- Enumeración 520

CAPÍTULO 7 - Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines

Artículo 672.- Progenitor afín 521
Artículo 673.- Deberes del progenitor afín 522
Artículo 674.- Delegación en el progenitor afín 523
Artículo 675.- Ejercicio conjunto con el progenitor afín 523
Artículo 676.- Alimentos 525

CAPÍTULO 8 - Representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad

Artículo 677.- Representación 527
Artículo 678.- Oposición al juicio 527
Artículo 679.- Juicio contra los progenitores 530
Artículo 680.- Hijo adolescente en juicio 532
Artículo 681.- Contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años 533
Artículo 682.- Contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años 533
Artículo 683.- Presunción de autorización para hijo mayor de dieciséis años 533
Artículo 684.- Contratos de escasa cuantía 533
Artículo 685.- Administración de los bienes 537
Artículo 686.- Excepciones a la administración 537

Página

Artículo 687.- Designación voluntaria de administrador 539
Artículo 688.- Desacuerdos 539
Artículo 689.- Contratos prohibidos 541
Artículo 690.- Contratos con terceros 541
Artículo 691.- Contratos de locación 541
Artículo 692.- Actos que necesitan autorización judicial 541
Artículo 693.- Obligación de realizar inventario 545
Artículo 694.- Pérdida de la administración 546
Artículo 695.- Administración y privación de responsabilidad parental 546
Artículo 696.- Remoción de la administración 546
Artículo 697.- Rentas 547
Artículo 698.- Utilización de las rentas 548

CAPÍTULO 9 - Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental

Artículo 699.- Extinción de la titularidad 550
Artículo 700.- Privación 550
Artículo 701.- Rehabilitación 550
Artículo 702.- Suspensión del ejercicio 554
Artículo 703.- Casos de privación o suspensión de ejercicio 554
Artículo 704.- Subsistencia del deber alimentario 554

TÍTULO VIII - Procesos de familia

Comentarios de Mariela González de Vicel

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

Artículo 705.- Ámbito de aplicación 556
Artículo 706.- Principios generales de los procesos de familia 559
Artículo 707.- Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes 564
Artículo 708.- Acceso limitado al expediente 569
Artículo 709.- Principio de oficiosidad 570
Artículo 710.- Principios relativos a la prueba 571
Artículo 711.- Testigos 575

CAPÍTULO 2 - Acciones de estado de familia

Artículo 712.- Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad 578
Artículo 713.- Inherencia personal 581
Artículo 714.- Caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges 582
Artículo 715.- Sentencia de nulidad 583

Página

CAPÍTULO 3 - Reglas de competencia

Artículo 716.- Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes 585
Artículo 717.- Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio 589
Artículo 718.- Uniones convivenciales 590
Artículo 719.- Alimentos y pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes 591
Artículo 720.- Acción de filiación 592

CAPÍTULO 4 - Medidas provisionales

Artículo 721.- Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio 594
Artículo 722.- Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio 599
Artículo 723.- Ámbito de aplicación 602

Índice temático 607

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
COMENTADO

LIBRO SEGUNDO
RELACIONES DE FAMILIA

TÍTULO I
Matrimonio

CAPÍTULO 1(*)
Principios de libertad y de igualdad

ARTÍCULO 401.- ***Esponsales.*** *Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera.*

1. Introducción

El Libro que regula las relaciones familiares en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) se ocupa, en primer lugar, del matrimonio (Título I). Organiza un sistema jurídico orientado hacia la protección de la igualdad real de los cónyuges y a la garantía de la determinación autónoma de las funciones que competen a cada uno.

Ambos propósitos son un anticipo de la redefinición del viejo orden público matrimonial que ha pasado a ocupar un espacio diferente. Es que en la sociedad argentina ya no se encuentran ni sociológica ni jurídicamente vigentes las razones que justificaban muchas de las normas imperativas en el matrimonio que, en definitiva, no respondían al interés general de la comunidad, sino solo al particular de los esposos.

De este modo, el derecho que se ocupa de las relaciones conyugales, redefine sus presupuestos y fines, sin que quede fuera de estos replanteos la distribución de roles y de responsabilidades entre sus integrantes. Con ello, reconoce los profundos cambios socioculturales de la familia argentina que han puesto en jaque la visión del matrimonio heterosexual como modelo exclusivo y excluyente de organización familiar, y continúa el camino recorrido desde fines del siglo pasado por las leyes 23.264, 23.515, 25.781 y 26.618.

(*) Comentarios a los arts. 401 a 420 elaborados por Mariel Molina de Juan.

El Capítulo 1 puntualiza dos principios fundamentales que recogen el paradigma constitucional internacional, los que vertebran todo el Título I y se observan como hilos conductores del sistema. El art. 401 CCyC importa la consagración del respeto por la dignidad y libertad de las personas, descartando todo reconocimiento de efectos jurídicos a los esponsales de futuro. El art. 402 CCyC contiene una regla de interpretación y aplicación del derecho matrimonial que es garantía de igualdad y no discriminación.

2. Interpretación

Los esponsales "de futuro", por oposición a los esponsales de presente —que en el derecho canónico histórico equivalían al matrimonio—, son la promesa bilateral, mutuamente aceptada, que dos personas se hacen de contraer matrimonio en el futuro.

2.1. Prohibición de exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio

Para la ley argentina, la promesa recíproca de casarse, realizada entre los novios, nunca ha sido exigible, ni se ha autorizado su cumplimiento forzado. El art. 401 CCyC sigue la tradición jurídica y reitera esta indiscutible prohibición.

La celebración del matrimonio es uno de los actos más trascendentes de la vida de las personas. La decisión de casarse y la elección de con quién hacerlo debe ser adoptada por cada uno en forma libre y sin ninguna clase de condicionamientos. La libertad de elección de la persona con la que se contrae matrimonio impide que pueda realizarse con anterioridad un pacto que constriña al matrimonio. Lo dicho encuentra su fundamento último en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que establece en su art. 16*: "1. 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: El mismo derecho para contraer matrimonio; El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento"*. Por eso, aunque se haya realizado una promesa de matrimonio, si luego uno se arrepiente y la rompe, no es posible que el otro lo demande para obtener su cumplimiento forzado.

2.2. Prohibición de reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura del noviazgo

El art. 401 CCyC establece expresamente que no hay acción "*para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura*". El nuevo texto no considera antijurídica la conducta de quien incumple una promesa de celebrar matrimonio y descarta el reclamo de indemnización por daños que el cese del noviazgo puede provocar, en sintonía con lo dispuesto por el art. 16.2 CEDAW.

De este modo, la norma vuelve a la solución originaria del Código de Vélez que había sido reemplazada por la ley 23.515 que autorizaba el reclamo, aunque debe aclararse que la doctrina y los escasos precedentes judiciales existentes valoraban con estrictez la antijuridicidad, y exigían como factor de atribución, el dolo o culpa del novio que rompió la promesa, y que ese rompimiento sea intempestivo.

La modificación se encuentra en sintonía con la posición cada vez más restrictiva sobre la aplicación de las normas de responsabilidad por daños en materia de derecho matrimonial, que pretende ahuyentar toda coacción o condicionamiento que afecte la libre determinación de las personas.

Naturalmente, si los novios realizan cualquier acto que encuadre dentro de la categoría de aquellos que violan el principio de "no dañar a otro", que afecte la integridad física, el derecho al honor o a la intimidad del otro (por ejemplo, circulando fotos o videos a través de medios electrónicos como internet, etc.), la posibilidad de reclamar indemnización deriva de los principios generales de la responsabilidad civil, y no de la ruptura de la promesa de matrimonio que está prohibida expresamente por el CCyC.

2.3. Acciones admitidas

La norma en comentario establece expresamente la posibilidad de aplicar "*las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera*".

2.3.1. Restitución de las donaciones

A diferencia del sistema del Código Civil (en adelante, CC), de la ley 2393 y del art. 165 CC, el CCyC reconoce expresamente la posibilidad de solicitar la restitución de las donaciones realizadas entre los novios, las que siempre llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido (conf. art. 452 CCyC).

Recoge la posición de la doctrina y la jurisprudencia que, no obstante el silencio de la ley anterior, admitía la posibilidad de plantear acción para obtener la restitución de las donaciones o los regalos que los novios se hubieren efectuado entre sí en razón de un matrimonio que no se ha realizado.

2.3.2. Acción de enriquecimiento sin causa

Se faculta el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa, en consecuencia, si un novio realizó gastos o erogaciones que beneficiaron el patrimonio del otro, puede obtener el reintegro de lo aportado.

La solución responde a uno de los principios generales del derecho que postula que "*nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro*" y, en consecuencia, toda atribución patrimonial debe obedecer a una "justa causa". Protege a aquel que ha coadyuvado al enriquecimiento del otro y que se verá perjudicado a la hora de la ruptura, evitando que sufra un daño patrimonial irreparable.

El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones que da lugar a una acción personal encaminada a obtener el resarcimiento económico, está expresamente contemplado, no solo en las disposiciones del Libro de relaciones familiares (esponsales, uniones convivenciales), sino además se encuentra previsto en el art. 1794 CCyC, que establece sus requisitos: "*Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda*". El artículo siguiente (art. 1795 CCyC) deja en claro el carácter subsidiario de la acción; para que sea procedente, el ordenamiento jurídico no debe conceder al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.

Se debe acreditar: 1) enriquecimiento patrimonial del demandado; 2) empobrecimiento correlativo del actor que supone una pérdida económicamente valorable; 3) relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento; 4) falta de causa en el enriquecimiento patrimonial (no debe existir *animus donandi* porque, en ese caso, la acción sería la restitución de las donaciones por causa de matrimonio); y 5) inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas.

ARTÍCULO 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.*

Fuentes y antecedentes: art. 42, último párrafo, de la cláusula complementaria de la ley 26.618.

1. Introducción

El artículo 402 contiene una norma de hermenéutica jurídica fundada en el principio de igualdad y no discriminación de los integrantes del matrimonio. Encuentra su fuente en el último párrafo de la cláusula complementaria del art. 42 de la ley 26.618. "*Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo*". Se trata de una regla de cierre que atraviesa transversalmente todo el derecho privado argentino, y garantiza —tanto a las personas que integran un matrimonio del mismo sexo como las que se han casado con una persona de otro sexo— la protección de sus derechos en igualdad de condiciones.

En un sentido amplio, concordante con el sistema de los derechos humanos, la norma implica una doble prohibición de discriminar: a) por razones de género (como lo dispone la CEDAW), ya que garantiza la igualdad de derechos y obligaciones entre los integrantes del matrimonio; y b) por razones de orientación sexual, pues no se admiten diferencias, sea el matrimonio constituido por dos personas del mismo o distinto sexo.

2. Interpretación

El principio de igualdad —que exige el respeto por el derecho a la diferencia y que cada uno pueda elegir su propio destino sin ser tratado en forma perjudicial por eso— ha tenido especial impacto en la democratización de las estructuras familiares, recogida por el CCyC.

Merece recalcarse que en el el sistema axiológico vigente (que cambió definitivamente el arquetipo sobre la igualdad decimonónica y avanzó hacia la igualdad real de oportunidades y de trato), no significa igualación o nivelación absoluta, sino garantía de equiparación de puntos de partida por medio de una legislación adecuada. Por eso, el CCyC contiene un plexo normativo que pretende conjugar la igualdad proclamada con la responsabilidad familiar, de modo de garantizar la protección de los derechos fundamentales de los miembros más vulnerables en cada familia y en cada matrimonio (por ejemplo, mediante la protección de la vivienda, art. 443 CCyC; la compensación económica, art. 441 CCyC; la obligación de contribuir a las cargas del hogar en proporción a sus recursos, art. 455 CCyC, etc.).

2.1. Prohibición de discriminar por razones de género

El sistema de derechos humanos —en especial, la CEDAW— procura erradicar la tradicional visión de la mujer en la familia y en la sociedad, asentada en el rol dedicado a las

funciones domésticas frente a un marido "proveedor de sustento". Consagra, en forma expresa, la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos miembros de la pareja respecto del hogar y de los hijos. Además, impone a los Estados la obligación de adoptar medidas en todas las esferas de la vida tendientes a modificar patrones de conducta, prejuicios y prácticas consuetudinarias fundadas en la idea de inferioridad del sexo femenino.

Sin embargo, debe reconocerse que la igualdad proclamada en los textos no siempre se alcanza a concretar en la realidad social argentina, y que muchas mujeres todavía se encuentran sometidas a formas crueles de discriminación en diferentes ámbitos de su vida. De ahí la importancia de que el CCyC insista sobre este principio que aparece como una regla troncal y de cierre frente a cualquier posible debate, pues, al consagrar la *"igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio"*, excluye toda justificación a cualquier diferencia de trato entre los cónyuges por razones de género.

2.2. Prohibición de discriminar por razones de orientación sexual

El sistema de principios que sustenta el CCyC reconoce que no existe una única forma de vivir y gozar la sexualidad. La prohibición de discriminar por razones de orientación sexual ha sido abordada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso "Atala Riffo c/ Chile", que versó sobre la responsabilidad internacional en la que incurrió Chile, pues la justicia de ese país impidió a una madre tener la custodia de sus tres hijas por ser lesbiana. En el párr. 92 se lee: *"... la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido"*.

El avance hacia el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de las personas del mismo sexo en Argentina no ha sido sencillo. En este camino, el papel proactivo de los tribunales fue determinante mediante el dictado de sentencias que acogieron el planteo de inconstitucionalidad del requisito de diversidad de sexos estipulado en el art. 172 CC. La libertad para contraer matrimonio comprende la libertad de elección del futuro cónyuge y, por ende, de su sexo. En consecuencia, un Estado que prohíbe a una persona casarse con otra de su mismo sexo, comete una injerencia arbitraria que no satisface ningún interés legítimo que la justifique.

En 2010 se concretó la equiparación legal mediante la ley 26.618 que modificó el Código Civil. Esta norma significó un avance importantísimo en la visión pluralista de la institución matrimonial. El art. 172 CC quedó redactado de la siguiente forma*: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo…"*.

El art. 402 CCyC retoma el antecedente del art. 42 de la ley 26.618; en consecuencia, el matrimonio celebrado por personas homosexuales produce los mismos efectos que el celebrado por heterosexuales, de modo que las uniones de un hombre y una mujer, de dos mujeres o de dos hombres quedan equiparadas en todos sus aspectos.

CAPÍTULO 2
Requisitos del matrimonio

ARTÍCULO 403.- ***Impedimentos matrimoniales.*** *Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio:*

a. *el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo;*
b. *el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo;*
c. *la afinidad en línea recta en todos los grados;*
d. *el matrimonio anterior, mientras subsista;*
e. *haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges;*
f. *tener menos de dieciocho años;*
g. *la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.*

Fuentes y antecedentes: art. 166 CC.

1. Introducción

Los impedimentos matrimoniales son "*prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio*".[1]

El art. 403 tiene su fuente en el art. 166 CC, aunque presenta algunas modificaciones que adecuan la terminología y recogen las críticas formuladas al texto anterior. Por ello, se suprime el impedimento de sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera (inc. 9 del art. 166 CCyC); respecto del cual, la doctrina sostenía que más que impedimento, implicaba la ausencia de consentimiento.

Tradicionalmente se han formulado diferentes clasificaciones de los impedimentos (dirimentes/impedientes, perpetuos/temporales, dispensables/no dispensables, absolutos/relativos). Entre estas categorías, la de mayor relevancia práctica es la que distinguió entre dirimentes e impedientes, tomando en consideración las consecuencias de la celebración del matrimonio no obstante la prohibición. Mientras que los dirimentes dan lugar a nulidad, los impedientes son meramente prohibitivos, y el acto celebrado es válido. Antes de la entrada en vigencia del CCyC, esta categoría se integraba por los llamados "impedimentos eugenésicos" estipulados para la prevención de enfermedades de transmisión en período de contagio (conf. leyes 12.331 y 16.668). El art. 416 CCyC, que no exige la presentación de certificados prenupciales (a diferencia del art. 187 CC), permite aseverar que no se mantienen estas prohibiciones —por lo demás, muy cuestionadas por su falta de sustento, atento el cambio de las costumbres sociales—. También se consideraban impedientes, las restricciones previstas en el art. 168 CC (carencia de asentimiento de los representantes legales) y el art. 171 CC (falta de aprobación de las cuentas de la tutela).

(1) Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, 5ª ed., Bs. As., Astrea, 2006, p. 259.

2. Interpretación

El art. 403 CCyC enumera los impedimentos dirimentes, es decir, aquellos que tienen prevista sanción de nulidad.

Si de las diligencias previas (conf. art. 416 CCyC) surge la existencia de alguna de las prohibiciones enunciadas en la norma, el oficial público encargado de llevar adelante la ceremonia debe suspenderla (art. 417 CCyC). Además, quienes conozcan la existencia de alguna de estas circunstancias, pueden oponerse a la realización, sea en forma directa (art. 411 CCyC), o sea mediante denuncia al Ministerio Público, para que este, si lo considera, realice la oposición (art. 412 CCyC). Si las nupcias ya se hubieran contraído, podrá solicitarse la nulidad del matrimonio, siempre que no hubiera operado la caducidad en aquellos casos en que fuera procedente (conf. art. 425 CCyC).

2.1. Análisis de los incisos

a. ***el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo;***

b. ***el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo;***

No pueden contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta en todos los grados, ni en línea colateral hasta el segundo grado (hermanos), sean de doble o simple vínculo. Sí pueden casarse tíos y sobrinos, y por lógica consecuencia, primos.

Los incisos reiteran las prohibiciones contenidas en el art. 166, incs. 1 y 2, CC, con una formulación más adecuada porque se suprime la voz "consanguinidad" y se recoge el principio de igualdad de los efectos del parentesco receptado por el art. 529 CCyC, cualquiera sea su fuente (naturaleza, TRHA, adopción).

La equiparación de los efectos del parentesco con independencia de la fuente filial justifica la supresión del inciso relativo a la adopción (inciso 3 del artículo 166 CC). La prohibición de casarse entre personas unidas por un vínculo adoptivo queda comprendida en los dos primeros supuestos, eliminándose la distinción entre adopción plena y simple que preveía una multiplicidad de hipótesis confusas, sin justificación razonable y con escaso impacto práctico. Como se lee en los "Fundamentos del Anteproyecto":[2] "*cuando la adopción implica diferentes consecuencias jurídicas en materia de parentesco por tratarse de adopción simple o plena, se lo señala de manera expresa; de lo contrario, cuando se alude a parentesco de manera general, incluye a la filiación adoptiva cualquiera sea su tipología*". Así es como debe ser interpretada toda la legislación en materia de parentesco cuando se trata de la filiación adoptiva.

c. ***la afinidad en línea recta en todos los grados;***

Como se explica al comentar el art. 536 CCyC, la afinidad no queda incluida dentro de la voz "parentesco" en sentido estricto, pues sus efectos son mucho más limitados que en los otros casos.

El inc. c reitera la solución del CC y fulmina de nulidad el matrimonio celebrado por parientes afines en línea recta en todos los grados (suegros con yernos o nueras, hijos y padres afines, u otros).

(2) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

La prohibición no se extiende al caso de los convivientes, pues la unión convivencial (art. 509 CCyC) no es fuente de parentesco por afinidad. En consecuencia, no está prohibido que un exconviviente se case con alguno de los padres o hijos de aquella persona con la que ha convivido.

La solución es distinta si, luego del divorcio, uno de los excónyuges inicia una convivencia con el padre o el hijo del otro. Conforme lo establece el inc. c) del art. 510 CCyC, la unión que eventualmente se inicie no produce efectos jurídicos en los términos previstos por el Título III, y queda fuera del régimen jurídico previsto para las uniones convivenciales.

d. *el matrimonio anterior, mientras subsista;*

El inciso se refiere al llamado, por la doctrina, "impedimento de ligamen", que opera toda vez que uno de los contrayentes integra un matrimonio anterior que no ha sido disuelto por muerte, divorcio o ausencia con presunción de fallecimiento (art. 435 CCyC). El fundamento de la prohibición se encuentra en uno de los caracteres esenciales del matrimonio: la monogamia.

e. *haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges;*

La nueva redacción del impedimento por "crimen", contenido originariamente en el inc. 7 del art. 166 CC, resuelve la discusión anterior sobre la exigencia o no de condena penal, recogiendo la opinión mayoritaria. En consecuencia, mientras no se dicte esa sentencia, el impedimento estaría sujeto a la resolución de una cuestión prejudicial.

Aunque no se exige que el homicidio tenga como móvil la celebración de las nupcias, debe ser cometido con dolo, quedando excluidos los supuestos de homicidios culposos o preterintencionales, o los casos de inimputabilidad.

f. *tener menos de dieciocho años;*

La edad exigida para contraer matrimonio tiene por finalidad asegurar que los contrayentes tengan la madurez suficiente y comprendan cabalmente el compromiso que asumen. La Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, en su art. 2°, expresa: *"Los Estados partes en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad".*

A partir del 2008, la edad mínima para contraer matrimonio se fijó en 18 años para ambos cónyuges, elevando la edad mínima de la mujer, que hasta entonces era de 16 años (ley 26.449). El CCyC mantiene esta exigencia, con lo cual la edad núbil coincide con la mayoría de edad (art. 25 CCyC).

g. *la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.*

El impedimento procede, exista o no una sentencia que restrinja la capacidad del contrayente, pues la nota definitoria de la prohibición es la falta de discernimiento para el acto matrimonial, o sea, la norma obsta que una persona que no comprende el significado del

matrimonio, se case. Para entender cómo funciona este impedimento, es necesario tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- La sentencia de restricción de capacidad deja a salvo la posibilidad de casarse, si no lo prohíbe expresamente. Así lo expresa el art. 38 CCyC: "*La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible...*".
- Si la sentencia contiene expresamente la restricción, el impedimento procede, aunque el contrayente siempre puede solicitar la revisión en los términos de lo expresado por el art. 40 CCyC o la dispensa, conforme lo dispuesto por el art. 405 CCyC.
- Si no se ha dictado sentencia, o no se ha planteado judicialmente la restricción de la capacidad, para que funcione el impedimento debe acreditarse la falta permanente o transitoria de salud mental, entendida en el sentido amplio al que se refiere este inciso, de modo que el discernimiento esté afectado al momento de celebrar el acto. El impedimento procede aunque la falta de discernimiento para el acto se deba a factores momentáneos, como el consumo de alcohol o de drogas.

ARTÍCULO 404.- ***Falta de edad nupcial. Dispensa judicial.*** *En el supuesto del inciso f) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial.*

El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales.

La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.

La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela sólo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 inciso d).

Remisiones: ver comentario al art. 420 CCyC.

1. Introducción

Los impedimentos matrimoniales pueden ser dispensables o no dispensables, según exista o no la posibilidad de removerlos mediante autorización para contraer matrimonio.

El CC solo admitía la dispensa por falta de edad mínima para casarse (art. 167 CC), supuesto previsto en el art. 404 CCyC. A esta hipótesis se agrega ahora la dispensa judicial por falta permanente o transitoria de salud mental (art. 405 CCyC).

2. Interpretación

Para interpretar esta disposición debe hacerse una salvedad en forma previa. La redacción del artículo en el Proyecto elaborado por la Comisión reformadora contempló la dispensa judicial para todos los casos de matrimonios celebrados por personas menores de edad, sin ninguna distinción. En consecuencia, todo adolescente que quisiera casarse debía necesariamente recurrir ante el juez. La solución se fundaba en que, por tratarse de un requisito legal, su falta opera como impedimento matrimonial y causa nulidad del matrimonio; en consecuencia no podría ser subsanada por los representantes legales, y solo podía ser "dispensada" por un juez. La situación que se presenta guarda diferencia con la prevista en el art. 168 CC, que originariamente funcionaba para el contrayente que tenía edad núbil pero no era mayor de edad, y que después de la reforma de la mayoría de edad generó dificultades de interpretación.

Durante el trámite parlamentario se modificó la redacción, y el texto del art. 404 CCyC que fue aprobado solo exige la dispensa judicial para los menores de 16 años o para los mayores que no cuentan con autorización de sus representantes legales.

2.1. Supuestos previstos

La norma distingue según el contrayente sea mayor o menor de 16 años: prevé un procedimiento diferente para uno y otro, sin replicar en forma expresa la originaria dualidad entre dispensa judicial (art. 167 CC) y juicio de disenso (arts. 168 y 169 CC).

Véanse los supuestos previstos:

a. Contrayente mayor de 16 años:
   - Si cuenta con autorización de sus representantes legales, no necesita dispensa judicial.
   - Si los representantes legales no dan el permiso para que la persona se case, es indispensable que solicite la autorización judicial supletoria.

b. Contrayente menor de 16 años: la única forma de celebrar matrimonio es con la dispensa judicial, siendo insuficiente la autorización de los representantes legales.

2.2. Trámite de la dispensa judicial

Cuando el adolescente es menor de 16 años, puede remover el obstáculo de falta de edad si solicita la autorización judicial mediante la dispensa judicial para contraer matrimonio (siempre que cuente con edad y grado de madurez suficiente). Debe intervenir con el correspondiente patrocinio letrado y notificar a ambos representantes legales. Si no comparecen al proceso, se requiere la participación del defensor oficial.

El juez mantiene una entrevista personal, no solo con la persona menor de edad, sino también con el otro contrayente. También recibe a los representantes legales, quienes tienen la oportunidad de manifestar su opinión sobre ese matrimonio, sin perjuicio de la posibilidad de informar sobre otros impedimentos para la celebración de las nupcias, en los términos del art. 411 CCyC, como se verá más adelante.

El trámite tiene por finalidad que el magistrado evalúe si, no obstante la falta de edad núbil, la persona tiene la madurez suficiente para comprender el alcance y las consecuencias

del acto que pretende celebrar. Lo dispuesto responde al respeto por la condición de sujetos de derechos de los adolescentes, el principio de capacidad progresiva y la necesidad de ofrecer reglas flexibles que permitan dar respuestas a las múltiples circunstancias que pueden presentarse en las familias de una sociedad altamente plural como la argentina.

La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.

2.3. Trámite de autorización judicial supletoria (disenso)

Aunque la norma no replica expresamente la dualidad del CC —que diferenciaba entre dispensa judicial y juicio de disenso— pueden aplicarse algunas reglas construidas en torno de la misma.

De este modo, en el supuesto de que los padres o tutores no presten el consentimiento para la celebración de matrimonio de adolescentes entre 16 y 18 años, ya sea por negativa expresa o por ausencia, el pretenso contrayente adolescente está facultado para solicitar la correspondiente autorización judicial supletoria, del mismo modo que en el viejo juicio de "disenso".

El o los pretensos contrayentes adolescentes deben actuar con el correspondiente patrocinio letrado. La demanda de autorización para contraer matrimonio se interpone en contra de los representantes legales que se niegan a prestarla, quienes deben expresar los motivos de su negativa (existencia de alguno de los impedimentos legales, falta de madurez del adolescente que solicita autorización para casarse), excepto que estén ausentes o no se conozca su paradero. Luego de la audiencia con los involucrados, el juez resuelve. Si otorga la autorización, el testimonio se presenta al oficial del registro civil, quien deja constancia en el acta del matrimonio —sobre las razones de la omisión normativa, ver comentario al art. 420 CCyC—.

2.4. Dispensa para el matrimonio con el tutor o sus descendientes

El último párrafo prevé el supuesto especial del matrimonio de una persona menor de edad con su tutor o con los descendientes del tutor. En este caso, para otorgar la dispensa judicial, además del trámite previsto, se requiere que se encuentren aprobadas las cuentas de la tutela. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 129, inc. d, CCyC.

Si el contrayente es el tutor, cualquiera sea la edad del adolescente, siempre se requiere dispensa judicial, pues no existe representante legal que pueda otorgar la autorización. En cambio, si el contrayente es el descendiente del tutor, el representante legal —tutor— podría otorgar la autorización, aunque siempre sería necesaria la participación del juez, quien será el encargado de constatar que se encuentren aprobadas las cuentas de la tutela. Esta exigencia tiene por finalidad impedir que, pendiente la rendición, el tutor pretenda obtener mediante el matrimonio una forma de liquidación en condiciones irregulares.

ARTÍCULO 405.- ***Falta de salud mental y dispensa judicial.*** *En el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial. La decisión judicial requiere dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada.*

El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente.

1. Introducción

No obstante encontrarse afectada su salud mental, una persona puede casarse si media dispensa judicial.

La remoción del obstáculo legal para celebrar matrimonio mediante esta vía puede ser necesaria cuando el silencio de la sentencia que restringe la capacidad no permita concluir si la persona está o no en condiciones de casarse y comprender las consecuencias del acto que realiza.

También puede suceder que la sentencia contenga la restricción expresa de celebrar matrimonio, pero que el contrayente solicite la revisión en los términos del art. 40 CCyC (que puede ser planteada por él en cualquier momento), sin perjuicio de la obligación de ser revisada por el juez en el plazo no superior a tres años.

2. Interpretación

El CCyC recepta el concepto de salud mental recogido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su art. 12, inc. 2, hoy con jerarquía constitucional (ley 27.044). En sintonía con ello, el art. 405 CCyC innova respecto del régimen derogado ya que posibilita la dispensa judicial para sortear el impedimento previsto en el art. 403, inc. g, siempre que se constate que la persona comprende las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y cuenta con aptitud para llevar la vida de relación que el matrimonio requiere.

Los "Fundamentos del Proyecto" explican: "*Para adaptar el régimen matrimonial al de salud mental regulado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 26.657, se dispone, como en el régimen vigente, el impedimento dirimente de falta permanente o transitoria de salud mental, pero se alude expresamente a que ello es así en el supuesto de que esa falta le impida tener discernimiento para el acto matrimonial. En este caso, el matrimonio se puede celebrar previa dispensa judicial*".[3]

El trámite requiere:

a. que la persona que padece la falta permanente o transitoria de salud mental solicite la autorización para contraer matrimonio;

b. el dictamen de los equipos de interdisciplinarios que se pronuncie sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada;

(3) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

c. la entrevista personal del juez, no solo con la persona afectada sino también con el otro contrayente, que le permita indagar sobre el conocimiento que el otro tenga de la situación y el impacto de la falta de salud mental en la vida de relación de esa pareja. La entrevista personal garantiza la inmediatez; el Ministerio Público debe estar presente (art. 35 CCyC);

d. en caso de que el juez lo considere pertinente, la citación a los representantes legales, apoyos y cuidadores a fin de que formulen su opinión al respecto —no obstante, resulta lógico que la citación se realice en todos los casos—. En esta audiencia estos también podrían denunciar la existencia de otros impedimentos para contraer matrimonio, o bien hacerlo ante el Ministerio Público en los términos del art. 412 CCyC, atento se ha suprimido la legitimación de los curadores para oponerse a la celebración del matrimonio (art. 411 CCyC).

ARTÍCULO 406.- ***Requisitos de existencia del matrimonio.*** *Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo, excepto lo previsto en este Código para el matrimonio a distancia.*

El acto que carece de este requisito no produce efectos civiles.

1. Introducción

El matrimonio es uno de los actos jurídicos familiares de mayor trascendencia; por esta razón la norma enuncia los elementos estructurales que operan en la formación del acto a modo de **condiciones de existencia**:

a. el consentimiento personal y conjunto de los contrayentes (excepto el caso del matrimonio a distancia); y

b. la exigencia de que ese consentimiento sea expresado ante la autoridad competente para celebrarlo.

Las condiciones de existencia se encontraban mencionadas en el art. 172 CC, que desde el año 2010 (con la sanción de la ley 26.618) no contiene la exigencia de diversidad de sexos.

2. Interpretación

La celebración del matrimonio pone en marcha la implementación de un acto subjetivamente complejo. Ello es así porque para que los contrayentes queden emplazados en un estado de familia matrimonial no es suficiente que manifiesten su voluntad recíproca de casarse, sino que además esa voluntad debe ser expresada en el marco de un acto administrativo, que permite al Estado realizar el control de legalidad por medio del oficial del registro civil. La falta de estas condiciones intrínsecas del acto conlleva la inexistencia del mismo, que no debe confundirse con la nulidad.

Con una redacción clara, la norma recoge la clásica distinción que realizaba la doctrina entre condiciones de existencia y condiciones de validez del matrimonio, que versan sobre los presupuestos que exige la ley para que el acto produzca sus efectos propios.

2.1. Manifestación del consentimiento

Aunque los ordenamientos jurídicos no definen el consentimiento matrimonial, puede sostenerse que es un acto en el cual cada uno de los contrayentes expresa su propia

voluntad para contraer matrimonio con el otro; dicha manifestación debe ser personal. A partir de la reforma de la ley 23.515, el consentimiento tiene carácter personalísimo, y se rechaza la intervención de apoderados.

La expresión de la voluntad de casarse debe ser conjunta, salvo cuando se trate de un matrimonio a distancia, que es aquel en el que el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en el que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonio según las normas del derecho internacional privado (conf. art. 422 CCyC).

Se enumeran diversas situaciones en las que no se cumple con este requisito, por ejemplo: en el matrimonio a distancia, cuando el ausente da su consentimiento para casarse con una persona distinta de la que en definitiva concurre a la ceremonia, o si, luego de darlo, fallece; cuando las personas que comparecen ante el oficial público no son las que dicen ser —es decir, aparentan una identidad falsa—; cuando el acta de matrimonio refleja un acto que en realidad no se realizó; cuando hay un error sobre la naturaleza del acto que consta en el acta; etc.

A diferencia de su antecedente —el art. 172 CC—, el art. 406 CCyC no califica el consentimiento exigido como "pleno y libre", expresión que había sido cuestionada por la doctrina por su carácter redundante. Ciertamente, el consentimiento libre no hace a la existencia del matrimonio, sino a su validez por la falta de vicios, mientras que el consentimiento pleno hace referencia a la ausencia de modalidades (conf. art. 408 CCyC).

2.2. Expresión del consentimiento ante autoridad competente

De igual modo que en el CC, el consentimiento debe ser prestado ante la autoridad competente para celebrarlo, o sea, ante un oficial público encargado del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas —a excepción de la modalidad extraordinaria en la que puede celebrarse ante cualquier juez o funcionario judicial (conf. art. 421 CCyC)—. Por eso, no existe matrimonio si el consentimiento ha sido dado solo ante autoridad religiosa, funcionarios consulares o escribano público.

> **ARTÍCULO 407.-** ***Incompetencia de la autoridad que celebra el acto.*** *La existencia del matrimonio no resulta afectada por la incompetencia o falta del nombramiento legítimo de la autoridad para celebrarlo, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, y aquellos ejercieran sus funciones públicamente.*

Fuentes y antecedentes: art. 53 CC español.

1. Introducción

El CC se enfrentaba con la dificultad de no prever las consecuencias de la celebración del matrimonio ante funcionario incompetente o sin nombramiento legítimo. La nueva norma resuelve el problema aplicando el principio *favor matrimonii* y se inclina por considerarlo existente.

La solución fue tomada del art. 53 del CC español que expresa: *"La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez, Alcalde o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente"*.

2. Interpretación

La falta de competencia de la autoridad que celebra el acto puede deberse a diferentes motivos. Puede existir incompetencia territorial por no ser el oficial público correspondiente al domicilio de los contrayentes o usurpación de la función de quien lo celebra —que, sin ser el verdadero oficial del registro civil habilitado para la celebración de los matrimonios, ejerce públicamente las funciones de tal—, etc.

La disposición protege el acto y se inclina por considerarlo existente; sin embargo, para ello requiere la concurrencia de dos presupuestos:

a. que al menos uno de los contrayentes haya procedido de buena fe, es decir, que haya actuado con ignorancia o error de hecho excusable y contemporáneo a la celebración del matrimonio, sobre la falta de competencia de la autoridad que lo celebra (art. 427 CCyC); y

b. que quien lo celebró ejerza sus funciones públicamente, generando así la apariencia de legitimidad y competencia.

ARTÍCULO 408.- ***Consentimiento puro y simple.*** *El consentimiento matrimonial no puede someterse a modalidad alguna. Cualquier plazo, condición o cargo se tiene por no expresado, sin que ello afecte la validez del matrimonio.*

1. Introducción

La norma replica su antecedente —art. 193 CC—, que no produjo inconvenientes en su interpretación; excluye expresamente toda posibilidad de someter el consentimiento a modalidades. Se trata de una consagración del principio de libertad enunciado en el Capítulo I y explicitado al comentar el art. 402 CCyC.

2. Interpretación

El art. 408 CCyC indica claramente que el consentimiento matrimonial no puede someterse a modalidad alguna. Cualquier plazo, condición o cargo se tiene por no expresado, sin que ello afecte la validez del matrimonio. En esta línea, el art. 344 CCyC, relativo a las modalidades de los actos jurídicos, establece expresamente: *"Se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave la libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil"*. En otras palabras, este tipo de cláusulas operan del mismo modo que lo establecía el art. 531 CC — referido a las condiciones prohibidas—, norma que comprendía la condición impuesta a una obligación de *"casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, o no casarse"*.

En consecuencia, si no obstante la prohibición, los contrayentes manifiestan el consentimiento bajo modalidades, estas deben tenerse por no legítimas y el matrimonio será válido; no cabe duda, pues, que la libertad tanto para contraer matrimonio o no, como para la elección del cónyuge es un valor esencial en el derecho matrimonial argentino.

ARTÍCULO 409.- ***Vicios del consentimiento.*** *Son vicios del consentimiento:*

a. *la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente;*

b. *el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía.*

El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega.

Remisiones: Capítulos 2, 3 y 4 del Título IV del Libro Primero CCyC.

1. Introducción

La libertad para prestar el consentimiento matrimonial, consagrada en los artículos precedentes, se manifiesta también en la regulación de sus vicios y del sistema de nulidades matrimoniales, pues la violencia y el dolo son considerados vicios que afectan el consentimiento. A ello se suma el error acerca de la persona, y el error sobre las cualidades personales del otro contrayente, en los términos indicados por el inc. b.

El CCyC desarrolla la teoría de los vicios del consentimiento del acto jurídico en el Libro Primero, Título IV, Capítulos 2, 3 y 4 —a cuyo estudio debe remitirse, con las necesarias adecuaciones que exige la naturaleza de este acto jurídico familiar—. La metodología utilizada replica el art. 175 CC, que no generaba controversias.

2. Interpretación

La teoría de los vicios del consentimiento matrimonial se asienta en el CC, resultando aplicables los desarrollos de la doctrina y jurisprudencia entonces vigentes.

2.1. Violencia

En sentido amplio, la violencia importa una afectación a la libertad para la celebración de un acto jurídico. La hipótesis comprende los viejos conceptos de *vis* compulsiva física y *vis* compulsiva moral (intimidación). El 276 CCyC, sobre la fuerza e intimidación, dice: "*La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso*".

La violencia física exige una fuerza física irresistible sobre uno de los contrayentes. En este caso, no hay ausencia de consentimiento, sino que el mismo se ha prestado, pero el acto nace viciado en la voluntad. Ciertamente, la hipótesis de violencia física es bastante imposible en la práctica, atento a que el acto de celebración del matrimonio reviste carácter público y se realiza en las oficinas del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, salvo que exista connivencia del oficial público, o la violencia física sea ejercida también contra él —supuestos absolutamente excepcionales—.

En relación con la intimidación que importa el celebrar matrimonio bajo "*amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente*" (art. 276 CCyC), tiene directa relación con la falta de efectos jurídicos de la promesa de matrimonio (esponsales, art. 401 CCyC) y con el hecho de que nadie pueda casarse bajo presión.

El mal que se teme sufrir debe ser inminente, es decir, que no permita al contrayente tomar los recaudos para hacer cesar la amenaza. Con respecto a la gravedad, se aplica la última parte del art. 276 CCyC que recalca que *"la relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso"*. Es decir, debe valorarse la magnitud que tiene para la persona que lo padece, al punto que para evitarlo preste el consentimiento en contra de su voluntad.

La violencia puede ser ejercida por el otro contrayente o bien por un tercero (conf. art. 277 CCyC).

A diferencia del CC, no se menciona el temor reverencial (art. 940 CC). Tampoco se hace consideración alguna al estado de necesidad sobre el que se discutía si era o no un supuesto de violencia.

2.2. Dolo

El dolo como vicio de la voluntad capaz de provocar la nulidad del matrimonio puede configurarse por acción u omisión. En el primer caso implica *"toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación"* (art. 271 CCyC).

Para viciar el consentimiento y causar la nulidad del matrimonio, el dolo debe ser esencial, *"grave, (...) determinante de la voluntad, causa[r] un daño importante..."* (art. 272 CCyC).

La entidad que el ardid o engaño debe tener exige que sea la razón por la cual se presta el consentimiento, de modo que de no haberse concretado la maniobra, el matrimonio no se hubiera celebrado, siempre que la víctima haya actuado con la debida prudencia y diligencia y no haya podido advertir la estrategia dolosa.

Se han enumerado como ejemplos de dolo: la ocultación del embarazo anterior al matrimonio proveniente de un tercero que no es el cónyuge; el ardid para generar la convicción del contrayente que es el progenitor del hijo concebido antes del matrimonio; el ardid o engaño para ocultar las cualidades personales y el estado de familia; la ocultación de una enfermedad contagiosa o hereditaria, siempre y cuando la enfermedad tenga la suficiente entidad como para poner en peligro la salud del cónyuge engañado o los hijos; etc. En cambio, se han rechazado planteos vinculados con el ocultamiento de la condición social o la nacionalidad del contrayente.

El autor del dolo puede ser uno de los contrayentes o un tercero (art. 274 CCyC).

2.3. Error

El error es el falso conocimiento o la falta de conocimiento que se tiene de algo.

El tema del error como vicio del consentimiento para anular las nupcias reconoce una larga historia y atravesó diferentes etapas. Desde una primera fase, en la que solo se aceptaba el error en la persona física, pasó por una intermedia que incluía el error en la identidad civil, para llegar —finalmente— a la postura actual y receptada por distintos códigos, que incorpora la posibilidad de solicitar la nulidad del matrimonio cuando medie error en las cualidades esenciales del otro contrayente.[4] Los supuestos comprendidos en el art. 409 reiteran

(4) Chechile, M., en Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera y Nora Lloveras (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, t. I, Bs. As., Rubinzal - Culzoni Editores, 2014, p. 181.

los enumerados por el art. 175 CC. Recoge el criterio amplio y diferencia dos supuestos: a) el error acerca de la persona del otro contrayente (*error in personam*); y b) el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente (*error in sustantia*), consideradas determinantes de la prestación del consentimiento, lo que se encuentra sujeto a la razonable valoración judicial en función de las circunstancias personales de quien lo alega.

El error de hecho como vicio de la voluntad y causal de nulidad debe ser esencial (art. 267 CCyC). Además, debe ser reconocible por el destinatario (art. 265 CCyC), esto es, que el destinatario de la declaración lo haya podido conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 266 CCyC). Por último, debe ser determinante para la celebración del matrimonio, de manera que si se hubiese conocido el real estado de cosas y apreciado razonablemente, el matrimonio no se hubiera contraído.

Si el error es provocado mediante un ardid doloso, se aplica lo dispuesto para el dolo como vicio del consentimiento matrimonial.

CAPÍTULO 3

Oposición a la celebración del matrimonio

ARTÍCULO 410.- ***Oposición a la celebración del matrimonio.*** *Sólo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos por ley.*

La oposición que no se funde en la existencia de alguno de esos impedimentos debe ser rechazada sin más trámite.

1. Introducción

El régimen para la oposición a la celebración del matrimonio mantiene —en líneas generales— la regulación del CC. El art. 410 CCyC reitera el precepto del art. 176 CC, que era claro y no ofrecía dificultades de interpretación.

2. Interpretación

La oposición a la celebración del matrimonio es el mecanismo legal que autoriza a ciertas personas —que se encuentran expresamente legitimadas— a presentarse ante el Oficial del Registro Civil y manifestar que uno o ambos contrayentes presentan impedimentos para casarse con la finalidad de que ese matrimonio no se concrete.

A partir de la presentación de la solicitud de los contrayentes al funcionario público correspondiente a su domicilio —a la que se refiere el art. 416 CCyC—, queda expedita la posibilidad para formular oposición a la celebración del matrimonio.

El art. 410 CCyC es preciso: la oposición solo puede fundarse en la existencia de algunos de los impedimentos establecidos en el art. 403 CCyC (el parentesco de los contrayentes en línea recta en todos los grados; el parentesco colateral en segundo grado; la afinidad en línea recta en todos los grados; el matrimonio anterior, mientras subsista; haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; tener menos de 18 años; la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial). Cualquier otro planteo será rechazado sin más trámite.

ARTÍCULO 411.- ***Legitimados para la oposición.*** *El derecho a deducir oposición a la celebración del matrimonio por razón de impedimentos compete:*

a. *al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio;*
b. *a los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos, cualquiera sea el origen del vínculo;*
c. *al Ministerio Público, que debe deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos, especialmente, por la denuncia de cualquier persona realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.*

Fuentes y antecedentes: art. 177 CC.

1. Introducción

La doctrina distinguió entre oposición a la celebración del matrimonio propiamente dicha y denuncia de impedimentos.

El art. 411 CCyC se refiere a la primera hipótesis, enumerando los legitimados para deducirla. Tiene como antecedente el art. 177 CC, al que realiza algunas modificaciones. En efecto, no incluye la legitimación del adoptado y adoptante en la adopción simple. En razón de la igualdad de efectos del parentesco, cualquiera sea la fuente filial (art. 529 CCyC), el supuesto queda comprendido en el inc. b) al tratarse de ascendientes y descendientes, cualquiera sea el origen del vínculo.

En el supuesto excepcional de matrimonio entre tutor y su protegido, como se trata de una persona menor de edad cuyo representante legal es con quien se pretende contraer matrimonio, sería otro supuesto de juicio de dispensa permitiéndose así un adecuado control judicial.

2. Interpretación

La disposición enumera al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio; a los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos, cualquiera sea el origen del vínculo; y al Ministerio Público, que debe deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos, especialmente, por la denuncia de cualquier persona realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente. Reconoce que estos sujetos tienen un interés legítimo en deducir la oposición y son parte en el trámite.

No reitera la legitimación del tutor prevista en el art. 177 CC. Cuando quien pretende contraer matrimonio se encuentra sujeto a tutela, procede lo dispuesto en el art. 404 CCyC, atento a que debe suplirse la falta de requisito de edad núbil. En principio, la oportunidad de denunciar la existencia del impedimento sería durante el trámite de autorización judicial (que procede siempre si el futuro contrayente es menor de 16 años y cuando el representante legal —en el caso el tutor— no brinda autorización si tiene entre 16 y 18 años). En el supuesto del adolescente que no ha solicitado la dispensa (por ejemplo, aduciendo ser mayor de edad), atento que ahora no se lo menciona, no estaría legitimado directamente, sino que debería recurrir al Ministerio Público a hacer la denuncia para que este formule la oposición.

En relación con la supresión del curador, la modificación del régimen de capacidad y la posibilidad de contraer matrimonio mediante dispensa judicial por falta de salud mental implican que este puede ser citado por el juez en los términos del art. 405 CCyC, o solicitar ser escuchado manifestando las razones de su oposición.

La legitimación activa para oponerse al matrimonio faculta, asimismo, a plantear la nulidad absoluta del matrimonio (art. 424 CCyC) y, en algunos supuestos, nulidad relativa (art. 425, incs. a y b, CCyC).

ARTÍCULO 412.- ***Denuncia de impedimentos.*** *Cualquier persona puede denunciar la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 403 desde el inicio de las diligencias previas y hasta la celebración del matrimonio por ante el Ministerio Público, para que deduzca la correspondiente oposición, si lo considera procedente, con las formalidades y el procedimiento previstos en los artículos 413 y 414.*

1. Introducción

La norma clarifica la distinción entre oposición y denuncia. Mientras la oposición a la celebración del matrimonio solo puede ser deducida por los legitimados en el art. 411 CCyC, la denuncia de la existencia de impedimentos la puede formular cualquier persona ante el Ministerio Público.

Asimismo, indica la oportunidad para concretar la denuncia y fija el trámite que debe realizarse.

2. Interpretación

La disposición se refiere al caso en que una persona conozca la existencia de impedimentos para celebrar matrimonio, pero no se encuentre dentro de los sujetos enumerados en el art. 411 CCyC. En esta hipótesis, no puede concurrir directamente ante el oficial del Registro Civil, sino que debe formular la denuncia ante el Ministerio Público, quien valorará la procedencia o no de las circunstancias denunciadas y, en caso de considerarlo pertinente, llevará adelante la oposición.

Los legitimados para la oposición son parte en el trámite de la misma; en cambio, los denunciantes no. Su actuación se limita a formular la denuncia, lo que posibilita que se entere el Ministerio Público.

El art. 412 CCyC deja en claro que la forma, los requisitos y el trámite para la oposición, una vez realizada la denuncia y valorada su pertinencia por el Ministerio Público, se encuentra regulado en los artículos siguientes.

ARTÍCULO 413.- ***Forma y requisitos de la oposición.*** *La oposición se presenta al oficial público del Registro que ha de celebrar el matrimonio verbalmente o por escrito con expresión de:*

a. *nombre y apellido, edad, estado de familia, profesión y domicilio del oponente;*

b. *vínculo que une al oponente con alguno de los futuros contrayentes;*

c. *impedimento en que se funda la oposición;*

d. *documentación que prueba la existencia del impedimento y sus referencias, si la tiene; si no la tiene, el lugar donde está, y cualquier otra información útil.*

Cuando la oposición se deduce en forma verbal, el oficial público debe levantar acta circunstanciada, que firma con el oponente o con quien firme a su ruego, si aquél no sabe o no puede firmar. Cuando se deduce por escrito, se debe transcribir en el libro de actas con las mismas formalidades.

1. Introducción

La norma estipula la forma y requisitos para la oposición. Indica ante quién debe plantearse, su forma y su contenido. Reitera sin mayores cambios la redacción del art. 181 CC, cuya interpretación y aplicación no generó dificultades.

2. Interpretación

El art. 413 CCyC regula el primer paso o apertura del trámite de oposición que se realiza ante el oficial público del Registro Civil que interviene en la celebración del matrimonio. Aunque la norma no reitere el art. 180 CC —que, entre las diligencias previas a la celebración del matrimonio, mencionaba la oportunidad para formular la oposición—, esta no puede plantearse antes de la presentación de la solicitud de matrimonio por los contrayentes que demuestra su intención seria de casarse, y no podría deducirse con posterioridad a la finalización del acto de celebración, sin perjuicio de que si el matrimonio se hubiera celebrado podría plantear la nulidad conforme lo dispuesto en los arts. 424 y 425 CCyC.

Indica los requisitos que la oposición debe contener: datos personales del oponente que permitan individualizarlo; vínculo con el futuro contrayente; causal, o sea el impedimento en que se funda; acompañar u ofrecer la prueba. En caso que tenga en su poder los documentos que acreditan el impedimento, debe acompañarlos; si no los tiene, debe individualizar donde están y cualquier información útil para obtenerlos. Por ejemplo, si la oposición se funda en el impedimento de parentesco, acompañar las partidas de nacimiento que así lo acrediten, y si no las tiene en su poder, indicar en qué Registro Civil se inscribieron esos nacimientos.

Existen dos formas de iniciar la oposición:

a. verbal, en cuyo caso el oficial público labra un acta que debe firmar junto con el oponente o con quien firme a su ruego si no sabe o no puede firmar; y

b. escrita, hipótesis en que el oficial que la recibe debe transcribirla en el libro de actas y firmarla con idénticas formalidades.

ARTÍCULO 414.- ***Procedimiento de la oposición.*** *Deducida la oposición el oficial público la hace conocer a los contrayentes. Si alguno de ellos o ambos admite la existencia del impedimento legal, el oficial público lo hace constar en acta y no celebra el matrimonio. Si los contrayentes no lo reconocen, deben expresarlo ante el oficial público dentro de los tres días siguientes al de la notificación; éste levanta un acta, remite al juez competente copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados y suspende la celebración del matrimonio.*

El juez competente debe sustanciar y decidir la oposición por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Recibida la oposición, da vista por tres días al Ministerio Público. Resuelta la cuestión, el juez remite copia de la sentencia al oficial público.

Fuentes y antecedentes: arts. 182 y 183 CC.

1. Introducción

La norma tiene como fuente los arts. 182 y 183 CC sin mayores modificaciones, más allá de la unificación del articulado en una sola disposición. Reglamenta el procedimiento de la oposición con una redacción clara que no exige mayor explicación.

2. Interpretación

Una vez que el oficial público toma conocimiento de la oposición, la hace conocer a los futuros contrayentes. Aunque la norma no establece plazo, se coincide en que debe evitar dilaciones y hacerlo en el término más breve que sea posible. Frente a ello, pueden darse dos situaciones:

a. que alguno o ambos reconozcan el impedimento. En esta hipótesis, el oficial público lo hace constar en acta y, lógicamente, no se celebra el matrimonio.

b. que no reconozcan la existencia del impedimento. En este caso, los contrayentes lo deben expresar ante el oficial público dentro de los tres días contados a partir del día siguiente al de la notificación. Aquí se abre la vía judicial pues el oficial público levanta acta y remite al juez competente la copia autenticada de todo lo actuado, más los documentos probatorios aportados. Se suspende la celebración.

A partir de ese instante el trámite deja de ser administrativo. El juez debe dar curso a la oposición por el procedimiento más breve que prevea la ley del lugar, y dictada la sentencia, una vez que haya pasado en autoridad de cosa juzgada, la remite al jefe del Registro Civil. La disposición exige una vista por tres días al Ministerio Público.

ARTÍCULO 415.- ***Cumplimiento de la sentencia.*** *Recibido el testimonio de la sentencia firme que desestima la oposición, el oficial público procede a celebrar el matrimonio.*

Si la sentencia declara la existencia del impedimento, el matrimonio no puede celebrarse.

En ambos casos, el oficial público debe anotar la parte dispositiva de la sentencia al margen del acta respectiva.

1. Introducción

El art. 415 CCyC complementa la norma anterior y se refiere únicamente al supuesto en que el trámite de oposición se judicializó.

2. Interpretación

Una vez que se dictó sentencia sobre la oposición y se envió el testimonio, el oficial público procede en consecuencia.

Si la sentencia admite la oposición, el matrimonio no se lleva a cabo, en cambio si la rechaza, el matrimonio se celebra. En todos los casos se deja constancia de la parte resolutiva de la sentencia al margen del acta respectiva.

CAPÍTULO 4
Celebración del matrimonio

SECCIÓN 1ª
Modalidad ordinaria de celebración

ARTÍCULO 416.- ***Solicitud inicial.*** *Quienes pretenden contraer matrimonio deben presentar ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos, una solicitud que debe contener:*

a. *nombres y apellidos, y número de documento de identidad, si lo tienen;*
b. *edad;*
c. *nacionalidad, domicilio y el lugar de su nacimiento;*
d. *profesión;*
e. *nombres y apellidos de los padres, nacionalidad, números de documentos de identidad si los conocen, profesión y domicilio;*
f. *declaración sobre si han contraído matrimonio con anterioridad. En caso afirmativo, el nombre y apellido del anterior cónyuge, lugar de celebración del matrimonio y causa de su disolución, acompañando certificado de defunción o copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiera anulado o disuelto el matrimonio anterior, o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, según el caso.*

Si los contrayentes o alguno de ellos no sabe escribir, el oficial público debe levantar acta que contenga las mismas enunciaciones.

1. Introducción

El Capítulo 4 se ocupa de la celebración del matrimonio y comprende sus dos modalidades: la ordinaria y la extraordinaria, que ya estaban previstas en el CC. La primera se regula en los arts. 416 a 420 CCyC, mientras que la segunda tiene sustento normativo en los arts. 421 y 422 CCyC.

En sentido semejante a los arts. 186 y 187 CC, el art. 416 CCyC se ocupa de las diligencias previas a la celebración del matrimonio, con algunas modificaciones como la relativa al asentimiento de los representantes legales, la supresión de los dos testigos que declaren sobre la identidad y habilidad de los contrayentes, y los certificados prenupciales.

2. Interpretación

Las diligencias previas se llevan a cabo en el ámbito administrativo y tienen por finalidad que el funcionario público que va a celebrar el matrimonio constate la identidad, aptitud e intención de los futuros contrayentes a fin de que pueda realizar el adecuado control de legalidad del acto.

El trámite comienza con la presentación de una solicitud al funcionario competente (del domicilio de cualquiera de los contrayentes), que debe contener todos los datos que hacen a la individualización de los presentantes y permite descartar la existencia del impedimento

de edad. También debe acompañarse declaración y prueba de la inexistencia de impedimento de ligamen. El art. 52 de la ley 26.413 estipula que *"si el matrimonio anterior hubiere sido disuelto por divorcio vincular, nulidad (...) deberá acreditarse la habilidad nupcial con testimonio del acta debidamente referenciada. Si alguno de los contrayentes fuere viudo, o su cónyuge hubiera sido declarado ausente por presunción de fallecimiento, o por desaparición forzada, deberá acompañar el testimonio del acta de defunción o de la sentencia dictada respecto de su anterior cónyuge, así como también acta de matrimonio".*

Si bien el artículo en comentario no alude de manera expresa, como lo hacía el art. 187 CC respecto de la necesidad de acompañar *"declaración auténtica de las personas cuyo asentimiento es exigido por este Código, si no la prestaran en ese acto, o la venia supletoria del juez cuando proceda"*, lo cierto es que ello se deriva del sistema legal desde la coherencia al que alude el art. 2 CCyC. Por lo tanto, cuando se trata del supuesto de un adolescente que tiene entre 16 y 18 años de edad que pretende contraer matrimonio, entre los requisitos que hay que acompañar para solicitar su celebración, obviamente, se debe adjuntar correspondiente declaración de voluntad de los padres o representantes legales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 645, inc. a, CCyC.

ARTÍCULO 417.- ***Suspensión de la celebración.*** ***Si de las diligencias previas no resulta probada la habilidad de los contrayentes, o se deduce oposición, el oficial público debe suspender la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad o se rechace la oposición, haciéndolo constar en acta, de la que debe dar copia certificada a los interesados, si la piden.***

1. Introducción

La norma reitera la previsión del art. 195 CC y es una consecuencia lógica del trámite dado a las diligencias previas, que tiene por finalidad brindar elementos suficientes para el control de legalidad del acto. No existe controversia sobre su interpretación.

2. Interpretación

Como resulta lógico, si se dedujo oposición en los términos del art. 411 CCyC y ss., el matrimonio no puede celebrarse hasta que no sea rechazada, conforme lo dispone el art. 415 CCyC.

Aunque no se haya deducido oposición, si de las diligencias previas no resulta probada la habilidad de los contrayentes (por ejemplo, por surgir la existencia de un matrimonio anterior y no constar la anotación del divorcio), se deja constancia en acta y el matrimonio se suspende hasta tanto se acompañen los elementos de convicción sobre la habilidad y ausencia de impedimentos.

ARTÍCULO 418.- ***Celebración del matrimonio.*** ***El matrimonio debe celebrarse públicamente, con la comparecencia de los futuros cónyuges, por ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de ellos.***

Si se celebra en la oficina que corresponde a ese oficial público, se requiere la presencia de dos testigos y las demás formalidades previstas en la ley. El número de testigos se eleva a cuatro si el matrimonio se celebra fuera de esa oficina.

En el acto de la celebración del matrimonio el oficial público da lectura al artículo 431, recibe de cada uno de los contrayentes la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronuncia que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley.

La persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral debe expresar su voluntad por escrito o por cualquier otra manera inequívoca.

Fuentes y antecedentes: art. 188 CC.

1. Introducción

El artículo se refiere específicamente al acto jurídico en el que se celebra el matrimonio. Tiene como fuente el art. 188 CC, con algunas modificaciones que responden a los cambios relativos a los deberes matrimoniales y a la costumbre de celebrar el matrimonio fuera de la oficina del registro civil.

Destaca como requisito la publicidad del acto, el funcionario competente y el lugar de realización, cuya trascendencia radica en que, según dónde se lleve a cabo, varía el número de testigos exigidos. Asimismo, individualiza los pasos a seguir y contempla la situación de las personas que tienen alguna discapacidad para comunicarse.

2. Interpretación

El matrimonio no puede ser un acto celebrado en secreto, debe gozar de publicidad, y se practica con la presencia de los contrayentes y los testigos ante el oficial público del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Es competente el funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los cónyuges.

Como se anticipó al comentar el art. 406 CCyC, es requisito de existencia del matrimonio que la manifestación del consentimiento personal se realice ante el funcionario público. Sin embargo, no se exige que se lleve adelante en su oficina. Conforme surge de la norma, puede celebrarse en la oficina del Registro Civil o fuera de ella; la diferencia está dada por el número de testigos exigidos. En el primer caso, se exige la presencia de dos testigos; en el segundo, el número se eleva a cuatro. A diferencia del CC, para la celebración del matrimonio fuera de la oficina del registro civil no es necesario que uno de los contrayentes esté imposibilitado de concurrir; la solución responde a la práctica cada vez más frecuente de casarse fuera de esa oficina, a veces, en el mismo lugar en donde se realizan los festejos de la celebración. Se trata de testigos de acto y no de conocimiento.

De idéntico modo a lo que disponía el art. 188 CC, el acto se concreta en tres pasos sucesivos:

a. la lectura de la norma que establece los deberes de los cónyuges (el art. 431 CCyC expresa: *"Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua"*);

b. la declaración de los contrayentes que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, es decir, manifestación del consentimiento personal y conjunto de querer casarse entre ellos; y

c. el oficial público pronuncia, en nombre de la ley que han quedado unidos en matrimonio.

El último párrafo de la norma contempla expresamente el caso de aquellas personas que padecen alguna limitación para comunicarse en forma oral, hipótesis en que para casarse deben expresar su voluntad por escrito o por cualquier otra manera inequívoca.

ARTÍCULO 419.- ***Idioma.*** *Si uno o ambos contrayentes ignoran el idioma nacional, deben ser asistidos por un traductor público matriculado y, si no lo hay, por un intérprete de reconocida idoneidad, dejándose debida constancia en la inscripción.*

1. Introducción

La disposición replica sin cambios el art. 190 CC. Su fórmula es sencilla y de fácil comprensión.

2. Interpretación

La norma es clara y su interpretación no ofrece obstáculos. En caso de que uno u ambos contrayentes desconozcan el idioma español, se requiere la presencia de un traductor público matriculado. Sin embargo, puede suceder que por tratarse de un idioma no frecuente o de una población que carezca de traductor; se habilita la celebración con la asistencia de una persona que opere como intérprete, cuya idoneidad sea reconocida.

ARTÍCULO 420.- ***Acta de matrimonio y copia.*** *La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener:*

a. *fecha del acto;*

b. *nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y lugar de nacimiento de los comparecientes;*

c. *nombre y apellido, número de documento de identidad, nacionalidad, profesión, y domicilio de sus respectivos padres, si son conocidos;*

d. *lugar de celebración;*

e. *dispensa del juez cuando corresponda;*

f. *mención de si hubo oposición y de su rechazo;*

g. *declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y del oficial público de que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley;*

h. *nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, estado de familia, profesión y domicilio de los testigos del acto;*

i. *declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó;*

j. *declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes;*

k. *documentación en la cual consta el consentimiento del contrayente ausente, si el matrimonio es celebrado a distancia.*

El acta debe ser redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervienen en el acto, o por otros a su ruego, si no pueden o no saben hacerlo.

El oficial público debe entregar a los cónyuges, de modo gratuito, copia del acta de matrimonio y de la libreta de familia expedida por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

1. Introducción

El artículo enuncia el contenido del acta de matrimonio y toma como antecedente el art. 191 CC, con algunas modificaciones que mejoran la técnica legislativa. Otras variantes se realizan para adecuarlo a los cambios introducidos por el CCyC, como la dispensa judicial y la posibilidad de optar por el régimen patrimonial del matrimonio.

2. Interpretación

La confección del acta de matrimonio y su firma es un paso trascendente en tanto es el instrumento de prueba del matrimonio por excelencia (art. 423 CCyC). La ley 26.413 dice, en su art. 23, que *"los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la dirección general y/o sus dependencias que correspondan a inscripciones registradas en sus libros (...) son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido en los términos prescritos por el Código Civil"*.

El acta se redacta y firma inmediatamente luego de la celebración, por todos los que intervienen, o por otros a su ruego, si no pueden o no saben hacerlo. Se entrega a los cónyuges una copia del acta de matrimonio y la libreta de familia expedida por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Respecto de las modificaciones realizadas al CC en cuanto a los requisitos o menciones que debe tener el acta de matrimonio, a la luz del mencionado principio de integralidad y coherencia (art. 2 CCyC), fácil se advierte que en el supuesto especial de matrimonio celebrado por personas menores de edad, cuando se trata de un adolescente de menos de 16 años, se debe hacer mención a la correspondiente dispensa judicial. En cambio, en el supuesto de personas de 16 a 18 años, a la correspondiente autorización por parte de los representantes legales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 645, inc. a, CCyC.

En razón del cambio introducido en el régimen patrimonial del matrimonio que faculta a los futuros esposos a realizar convenciones prematrimoniales (art. 446, el inc. i, CCyC), se indica que los cónyuges deben especificar si la han concretado y, en caso de haberlo hecho, la fecha y el registro notarial en el que se otorgó. En todos los casos, la convención se realiza por escritura pública (art. 448 CCyC) —que es condición de validez debido a razones de seguridad jurídica, pues la trascendencia del acto y la afectación de derechos de terceros exigen tomar los recaudos necesarios para garantizar el adecuado asesoramiento de los futuros contrayentes y un estricto control al momento de su celebración—.

Por otra parte, el inc. j indica que, si los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes, esta declaración debe figurar en el acta de matrimonio, de modo de favorecer la publicidad de la decisión.

SECCIÓN 2ª(*)

Modalidad extraordinaria de celebración

ARTÍCULO 421.- ***Matrimonio en artículo de muerte.*** *El oficial público puede celebrar matrimonio con prescindencia de todas o de alguna de las formalidades previstas en la Sección 1ª, cuando se justifica que alguno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte, con el certificado de un médico y, donde no lo hay, con la declaración de dos personas.*

En caso de no poder hallarse al oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el matrimonio en artículo de muerte puede celebrarse ante cualquier juez o funcionario judicial, quien debe levantar acta de la celebración, haciendo constar las circunstancias mencionadas en el artículo 420 con excepción del inciso f) y remitirla al oficial público para que la protocolice.

1. Introducción

La norma sigue la línea del art. 196 CC. Contempla el supuesto excepcional del matrimonio que se celebre cuando uno de los contrayentes se encuentre en peligro de muerte, por lo cual, en razón de la urgencia, puede prescindirse de todas o alguna de las formalidades exigidas para la celebración.

Comprobadas las graves razones de salud, ya sea mediante certificado médico y si no lo hubiere mediante declaración de dos personas, el matrimonio podrá celebrarse ante el encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, un juez o un funcionario judicial, autoridades que labrarán el acta respectiva y la remitirán al oficial público del registro competente para su protocolización.

Se lo ha denominado matrimonio *in extremis* o en *artículo mortis.*

2. Interpretación

El peligro debe ser inminente, en razón de una grave enfermedad o accidente. No se incluyen las personas que por la actividad que desarrollan se puedan encontrar en riesgo de muerte, sino aquellas que, ante la inminencia de la muerte, desean contraer matrimonio antes de que esto ocurra.

Las razones de salud deben ser acreditadas por un médico, quien deberá expedir el certificado correspondiente. En caso de imposibilidad de contar con el certificado médico, dicha prueba debe resultar de la declaración de dos testigos.

El art. 196 CC establecía que debía tratarse de "*dos vecinos*". Esto fue correctamente reemplazado por "*dos personas*", por lo que no resultará necesario probar la vecindad (como ocurría en la anterior regulación), teniendo en cuenta que otras personas —por ejemplo, un familiar— pueden tener un mejor conocimiento de la enfermedad.

El oficial público puede prescindir del cumplimiento de las diligencias preliminares.

Asimismo, podrá celebrarse ante un juez o funcionario judicial —un juez de paz, el secretario de un juzgado—, pero esta circunstancia es excepcional y debido a la urgencia, frente a la imposibilidad de realizarlo ante el oficial encargado del Registro del Estado Civil y

..... .

(*) Comentarios a los arts. 421 a 430 elaborados por Carolina Duprat.

Capacidad de las Personas. Al referirse a "*cualquier juez o funcionario judicial*", la norma está señalando que podría celebrarse ante un prosecretario o auxiliar letrado.

Cabe agregar que el capitán de buque también resulta competente para la celebración del matrimonio *in extremis,* de conformidad con lo establecido por la ley 20.094.[5]

El funcionario ante quien se celebre el matrimonio deberá levantar un acta donde conste el acto y las circunstancias previstas en el art. 420 CCyC, salvo la mención de si hubo oposición y de su rechazo (art. 420, inc. f, CCyC).

Aun en el caso que haya habido oposición, el funcionario podrá celebrar el matrimonio y el oponente podrá luego deducir su nulidad.

Se puede prescindir de todas las formalidades, pero el funcionario deberá hacer constar los datos con los que cuente, tales como nombres, documentos, domicilios, lugar de celebración, declaración de voluntad expresa de los contrayentes, etc.

El matrimonio celebrado en estas circunstancias tiene plena validez, sin perjuicio de lo establecido en el art. 2436 CCyC, dispuesto para evitar la captación de herencias. En efecto, el cónyuge no tendrá vocación sucesoria si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio como consecuencia de una enfermedad existente que, al momento de la celebración, era conocida por el supérstite y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial.

ARTÍCULO 422.- ***Matrimonio a distancia.*** ***El matrimonio a distancia es aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonios, según lo previsto en este Código en las normas de derecho internacional privado.***

Fuentes y antecedentes: Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (Nueva York, 1962), ratificada por ley 18.444.[6]

Remisiones: ver Libro VI, Título IV, CCyC.

1. Introducción

Se trata del matrimonio que se celebra entre dos contrayentes que no se encuentran en el mismo lugar. El ausente expresará su consentimiento ante la autoridad competente para celebrar el matrimonio en el sitio donde se encuentre. Es un matrimonio entre presentes que se encuentran a distancia, ya que ambos deben prestar el consentimiento en forma personal, pero en lugares distintos.

2. Interpretación

La norma sigue la misma línea de los arts. 173 y 174 CC, que autorizaban el casamiento a distancia y establecían el plazo de validez del consentimiento.

Por razones de orden y economía, se suprimió del art. 422 CCyC el tema del plazo, remitiéndose a las normas de este Código referidas al derecho internacional privado —Título IV,

(5) BO, 02/03/1973.

(6) BO, 24/11/1969.

arts. 2594 a 2671 CCyC—. Respecto del matrimonio, se regula a partir del art. 2621 CCyC. El tema que nos ocupa se trata en el art. 2623 CCyC, que establece que la documentación que acredite el consentimiento del ausente solo puede ser ofrecida dentro de los 90 días de la fecha del otorgamiento.

El matrimonio a distancia se considera celebrado en el lugar donde se preste el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio debe verificar que los contrayentes no estén afectados por impedimentos legales y decidir sobre las causas alegadas para justificar la ausencia.

Entonces, van a intervenir dos funcionarios: el del lugar donde se encuentra el ausente, que recibirá el consentimiento personalmente del contrayente y expedirá la documentación correspondiente al acto —que tiene vigencia temporal de 90 días—. Posteriormente, el oficial público del domicilio del restante analizará las razones invocadas y comprobará que no existan impedimentos, teniendo por celebrado el matrimonio en el lugar donde se perfecciona el acto. Conforme lo establecido el art. 420, inc. k, CCyC, el acta de matrimonio deberá contener la documentación en la cual consta el consentimiento del contrayente ausente, si el matrimonio es celebrado a distancia.

Como el consentimiento debe prestarse personalmente, no se admite el matrimonio por poder. Asimismo, este se encuentra prohibido por la Convención de Nueva York de 1962 (ratificada por la ley 18.444), y solo autoriza el denominado "matrimonio a distancia" o sin comparecencia personal. En efecto, la Convención exige que quien comparezca al acto haya prestado su consentimiento ante otra autoridad competente, por lo que no basta con que uno de los contrayentes esté representado por un apoderado (art. 1°.1, Convención de Nueva York, 1962).

Aun en el caso en que la persona ausente se encuentre en un lugar donde se admita el mandato para prestar el consentimiento, dicho mandato no tendrá valor para contraer matrimonio, atento que la norma exige que el consentimiento se preste en forma personal.

Como nuestro país admite el matrimonio igualitario, aun en el caso en que el ausente se encuentre en un país en el que este no está permitido, se podrá celebrar el matrimonio a distancia por aplicación de lo establecido por el art. 2622 CCyC, que dispone que la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración. Y el tercer párrafo del art. 2623 CCyC considera celebrado el matrimonio a distancia en el lugar donde se preste el consentimiento que perfeccione el auto.

Esta es la correcta interpretación de la norma teniendo en cuenta que el Título que regula el matrimonio señala que la celebración, vigencia y ruptura, así como la interpretación de las normas, será con base al principio constitucional de igualdad. En toda la regulación se han considerado los tratados internacionales que protegen la igualdad, tales como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la ley 26.618, que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo.

CAPÍTULO 5
Prueba del matrimonio

ARTÍCULO 423.- ***Regla general. Excepciones. Posesión de estado.*** *El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*

Cuando existe imposibilidad de presentarlos, la celebración del matrimonio puede probarse por otros medios, justificando esta imposibilidad.

La posesión de estado, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio.

Si existe acta de matrimonio y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio.

1. Introducción

La forma en que se prueba el matrimonio es con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia, documentación que expide el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas donde se celebró.

Esta documentación es el título de estado de familia que atañe a la oponibilidad.

Cuando no sea posible obtener esta documentación, el matrimonio puede probarse por cualquier medio de prueba siempre que se justifique la imposibilidad, pero la posesión de estado no es prueba suficiente. Distinto es el caso cuando existe un acta de matrimonio que carece de alguna formalidad y hay posesión de estado, porque en ese caso no puede cuestionarse la existencia del matrimonio.

2. Interpretación

Este artículo mantiene la redacción del art. 197 CC, que había sido redactado por ley 23.515.[7] También había sido la redacción propuesta por el Proyecto de 1998, ya que no se han generado dificultades de interpretación.

El acta de celebración, su testimonio, copia, certificado o libreta de familia acreditan el estado de familia. El título de estado es el instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales surge el estado de familia. Estos documentos con carácter de instrumento público (ley 26.413, art. 23) acreditan el matrimonio y lo hacen oponible *erga omnes.*

Conforme el párrafo final del art. 420 CCyC, el oficial público debe entregar a los cónyuges, de modo gratuito, copia del acta de matrimonio y de la libreta de familia expedida por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Si no es posible presentar esta documentación que acredita el matrimonio (por ejemplo, por pérdida o destrucción de los archivos de los Registros), este se puede probar con cualquier medio de prueba, justificando previamente la imposibilidad. La prueba del matrimonio puede consistir en fotografías de la boda, invitaciones, video o declaraciones de testigos, entre otras, pero no es suficiente con acreditar la posesión de estado.

La posesión de estado es el goce de hecho de un determinado estado de familia sin un título que pruebe el emplazamiento en ese estado de familia. No alcanza para tener el estado de familia, pero se podrá complementar con otras pruebas para acreditar el estado de casados o bien para reclamar los efectos civiles del matrimonio.

Distinto es el caso previsto en el último párrafo del artículo, puesto que si existe acta de matrimonio con vicios y hay posesión de estado, la inobservancia de las formalidades no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio, por lo que el mismo resulta válido.

(7) BO 06/10/2008.

Por ejemplo, si a los fines de tramitar una pensión por fallecimiento del esposo, se presentara un acta de matrimonio celebrado en el extranjero sin legalizar y la prueba de la posesión de estado de casados, debe tenerse por acreditado el matrimonio.[8]

CAPÍTULO 6
Nulidad del matrimonio

ARTÍCULO 424.- ***Nulidad absoluta. Legitimados.*** *Es de nulidad absoluta el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 403.*

La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges y por los que podían oponerse a la celebración del matrimonio.

1. Introducción

La regulación de la nulidad absoluta del matrimonio no difiere de la del CC.

El CCyC mantiene las categorías de nulidad e inexistencia del matrimonio. El matrimonio nulo es el que se ha celebrado mediando algún impedimento de aquellos establecidos en el art. 403 CCyC. El matrimonio inexistente se define a través del art. 406 CCyC, que establece que, para que exista matrimonio, es indispensable el consentimiento de ambos, expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo (excepto en el matrimonio a distancia). El acto que carece de este requisito no produce efectos civiles.

El CCyC recepta la doctrina de la especialidad del sistema de nulidad matrimonial, siguiendo la línea de la ley 23.515 —que, durante años, había dividido a la doctrina entre quienes entendían que debían aplicarse las normas genéricas de nulidad de los actos jurídicos y quienes consideraban que el régimen de las nulidades matrimoniales era independiente—.

Se mantienen causales de nulidad absoluta y relativa del matrimonio, dependiendo de la naturaleza del interés en juego. Si está comprometido el orden público, se trata de nulidad absoluta; cuando se encuentre en juego un interés particular, se trata de una causal de nulidad relativa.

2. Interpretación

2.1. Concepto

La nulidad absoluta del matrimonio requiere la existencia de un vicio o defecto que afecte alguno de los presupuestos que exige el Código para que el matrimonio produzca efectos. Los mismos se encuentran establecidos en el art. 403 CCyC y se refieren a la falta de aptitud nupcial, ya sea porque los cónyuges son parientes, porque existe un vínculo matrimonial subsistente, o porque uno de los cónyuges fue condenado por homicidio doloso del otro (ya sea como autor, cómplice o instigador).

La configuración del vicio importará la privación de efectos propios al acto matrimonial.

(8) SCBA, "J. de B., M. E. c/ Provincia de Buenos Aires 16/09/1997. LLBA, 1997-1250.

2.2. Causales de nulidad absoluta

La diferencia entre nulidad absoluta y relativa se define por el mayor rigor de la sanción legal de invalidez. La nulidad absoluta incide en el orden público; la relativa, solo en el interés particular. En relación a este Capítulo, en los "Fundamentos del Anteproyecto..." se dice: "*No se cambia el doble régimen de nulidad absoluta y relativa del matrimonio, pero se introducen algunas modificaciones a la segunda*".[9] Las causas de nulidad absoluta son:

2.2.1. Parentesco

Se incluye el parentesco en línea recta en todos los grados. También el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, y la afinidad en línea recta en todos los grados. Se han adecuado los términos a los nuevos conceptos que introduce la Reforma y se ha sustituido la palabra "*consanguinidad*" por "*cualquiera que sea el origen del vínculo*", pues cuando se regula el parentesco (art. 529 CCyC y ss.) se establece que este puede ser por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida, por adopción y por afinidad. Cuando el Código se refiere a parentesco sin distinción, su regulación se aplica solo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral. La prohibición, en lugar de pasar por la consanguinidad (art. 166, incs. 1 y 2, CC), pasa por el parentesco, sin importar origen ni grado. La adopción, tanto la plena como la simple, está incluida. El parentesco por afinidad se establece en un inciso separado, para dar mayor claridad y evitar controversias respecto de si está o no incluido (art. 403, inc. c, CCyC). Al respecto se ha mantenido la solución originaria que no ha generado conflictos.

2.2.2. Matrimonio anterior, mientras subsista

No se puede contraer un nuevo matrimonio mientras se encuentre vigente uno anterior que no esté disuelto por nulidad, divorcio, muerte o ausencia con presunción de fallecimiento. Esta causal no ha generado controversias en vigencia del CC.

2.2.3. Crimen

Se trata del caso en el que uno de los esposos haya sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso del otro cónyuge. La nueva regulación establece que debe existir condena. De este modo, se superan las discusiones existentes en vigencia del régimen anterior (art. 166, inc. 7, CC) respecto de la necesidad de contar con sentencia judicial para que se configure la causal, ya que solo hacía referencia a la calidad de autor, cómplice o instigador. No quedan comprendidos los homicidios culposos ni los supuestos de inimputabilidad. Para que se configure el impedimento no es necesario que el delito haya sido cometido con el objeto de contraer nupcias con el supérstite; es suficiente el hecho, con prescindencia del móvil que se haya tenido, atento a que resulta disvalioso permitir un matrimonio con quien ha asesinado al cónyuge anterior de uno de los contrayentes.

2.3. Acción de nulidad. Legitimación. Prueba. Prescripción

En cuanto a la legitimación activa, se mantiene la solución amplia de la ley 23.515, que establece que podrá demandar cualquiera de los cónyuges —incluyendo al que conocía el impedimento que lo afectaba— y también quienes podrían oponerse a la celebración

(9) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 574

del matrimonio. Los terceros (conforme el art. 411 CCyC) son el cónyuge de la persona que contrajo otro matrimonio, y los ascendientes, descendientes y hermanos de los cónyuges, cualquiera sea el origen del vínculo. También podrá accionar el Ministerio Público, al tomar conocimiento de la existencia de alguno de los impedimentos (de acuerdo a la posibilidad que otorga el art. 412 CCyC).

La legitimación pasiva depende de quién acciona. Si lo hace uno de los esposos, el demandado será el otro. En los demás casos, deberá demandarse a ambos cónyuges.

No resulta procedente la declaración de nulidad de oficio por el juez, atento a que la norma es clara cuando establece que la acción debe ser entablada por alguno de los legitimados para hacerlo.

Los legitimados podrán valerse de cualquier tipo de prueba, pero no es suficiente la prueba de confesión; esta deberá ser acompañada de algún otro medio probatorio.

Si se trata de la nulidad por parentesco, deberá adjuntarse la partida o las partidas respectivas expedidas por el Registro de las Personas que acrediten el vínculo de parentesco prohibido para contraer matrimonio válido (art. 403, incs. a, b y c, CCyC). Si el vínculo se corresponde con una acción de filiación o una adopción aún no inscripta, con el testimonio de la sentencia firme.

Si la causal de nulidad es el matrimonio anterior, deberá adjuntarse al expediente el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o libreta de familia expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (de conformidad con lo establecido por el art. 423 CCyC). Será a cargo del demandado probar que el mismo no subsiste.

En el caso en que el actor no cuente con las partidas respectivas que acrediten los vínculos de parentesco al momento de interponer la demanda, podrá solicitar el libramiento de oficios a los Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas respectivos, con el fin de que las mismas sean adjuntadas al expediente.

En caso de alegarse la nulidad por crimen, y como la norma requiere la existencia de condena, corresponderá agregar la copia certificada de la sentencia condenatoria así como la prueba de los dos matrimonios del cónyuge de la víctima, con esta y con el victimario. También podrá ofrecerse prueba informativa a los fines de acreditar ambas circunstancias a librarse al juzgado donde tramitó el expediente penal, y al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas para probar los matrimonios.

La acción de nulidad absoluta del matrimonio es imprescriptible. A diferencia de lo que ocurre con la nulidad relativa, no podrá confirmarse el matrimonio por el transcurso del tiempo.

ARTÍCULO 425.- ***Nulidad relativa. Legitimados.*** *Es de nulidad relativa:*

a. *el matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso f) del artículo 403; la nulidad puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. En este último caso, el juez debe oír al adolescente, y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez hace lugar o no al pedido de nulidad.*

Si se rechaza, el matrimonio tiene los mismos efectos que si se hubiera celebrado con la correspondiente dispensa. La petición de nulidad

es inadmisible después de que el cónyuge o los cónyuges hubiesen alcanzado la edad legal.

b. *el matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso g) del artículo 403. La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges si desconocían el impedimento;*

La nulidad no puede ser solicitada si el cónyuge que padece el impedimento ha continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud; y en el caso del cónyuge sano, luego de haber conocido el impedimento.

El plazo para interponer la demanda es de un año, que se computa, para el que sufre el impedimento, desde que recuperó la salud mental, y para el cónyuge sano desde que conoció el impedimento.

La nulidad también puede ser demandada por los parientes de la persona que padece el impedimento y que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. El plazo para interponer la demanda es de tres meses desde la celebración del matrimonio. En este caso, el juez debe oír a los cónyuges, y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto.

c. *el matrimonio celebrado con alguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el artículo 409. La nulidad sólo puede ser demandada por el cónyuge que ha sufrido el vicio de error, dolo o violencia. La nulidad no puede ser solicitada si se ha continuado la cohabitación por más de treinta días después de haber conocido el error o de haber cesado la violencia. El plazo para interponer la demanda es de un año desde que cesa la cohabitación.*

1. Introducción

Aquí se regulan las causales de nulidad relativa. Como ya se ha dicho, en este caso no está en juego el orden público ni las buenas costumbres, encontrándose afectado solo el interés particular. Consecuencia de ello es que se posibilita el saneamiento de la nulidad en algunos supuestos, atento a que no es tan grave la entidad del vicio.

Se mantienen, en esencia, las mismas causales de nulidad relativa que en la regulación anterior, con algunas precisiones que mejoran la antigua redacción, las que se refieren a la edad para contraer matrimonio, a la consagración del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, y a la nueva concepción respecto de la salud mental —de conformidad con el respeto a los preceptos constitucionales internacionales y locales de protección a la persona que padece una falta permanente o transitoria de salud mental—.

2. Interpretación

Las causales de nulidad relativa son:

2.1. Falta de edad

De conformidad con lo establecido en el art. 403, inc. f, CCyC, resulta una causal de nulidad relativa haber contraído matrimonio sin haber alcanzado la edad de 18 años. Cabe agregar que el Código adecua sus disposiciones en cuanto a la celebración y nulidad del matrimonio a las últimas reformas legales sobre mayoría de edad (ley 26.449, que igualó

en 18 años la edad para celebrar nupcias, independientemente del sexo de los contrayentes; y ley 26.579, del año 2010, que redujo la mayoría de edad a los 18 años).

Es importante el reemplazo que la nueva norma ha hecho de la palabra "*incapaz*" —establecida en el art. 220, inc. 1, CC—, en consonancia con el respeto a las normas constitucionales.

La causal de nulidad se configura cuando se ha violado el requisito de edad mínima para contraer matrimonio sin haber solicitado la autorización de los representantes si fuese mayor de 16 años, o la correspondiente dispensa judicial a falta de ella o si fuere menor de esa edad.

2.1.1. Legitimación

El legitimado para demandar es el cónyuge menor de edad —no podrá hacerlo el cónyuge mayor de edad que contrajo matrimonio con el menor— y los que, en su representación, podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio —los mencionados en el art. 411 CCyC—, que son los padres y el Ministerio Público.

Si demanda el propio cónyuge menor de edad, y como la acción se le brinda directamente a este, podrá hacerlo mediante la designación de un tutor *ad litem* (conforme el art. 109, inc. a, CCyC) o podrá iniciar el proceso el propio adolescente con la asistencia de un abogado (art. 27 de la ley 26.061).

En el caso que quien demande no sea el propio menor que contrajo matrimonio sino los que, en su representación, pudieran haberse opuesto al mismo (padres en ejercicio de la responsabilidad parental o Ministerio Público), es imperativo para el juez oír al adolescente y, teniendo en cuenta el principio de capacidad progresiva, hacer lugar o no al pedido de nulidad.

Debe tenerse presente que en todas las normas donde se afecten derechos de niños, niñas o adolescentes, el juez deberá tener en cuenta los principios constitucionales de interés superior; la autonomía progresiva 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 el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639 CCyC).

Tanto el principio de capacidad progresiva como la posibilidad de designación de abogado del niño se encuentran previstos en la ley 26.061. Se trata de una consecuencia de la consideración de los niños y adolescentes como sujetos de derecho, que comenzó con la Reforma Constitucional de 1994 y continuó afianzándose con el dictado de aquella ley.

En consecuencia, aun en el caso en que el adolescente haya contraído matrimonio sin la correspondiente dispensa que establece el art. 404 CCyC, y habiéndose demandado la nulidad por algún tercero legitimado, dicho matrimonio podrá igualmente convalidarse si el juez entendiera que resultan razonables los motivos aducidos por el adolescente y considera beneficioso para el mismo el rechazo de la acción de nulidad del matrimonio.

2.1.2. Caducidad

En el caso en que los cónyuges alcancen la mayoría de edad y no se haya accionado por nulidad, la causal queda convalidada por el transcurso del tiempo y la continuación del matrimonio. En este tema existe una diferencia respecto de la regulación anterior, que

establecía que los cónyuges debían haber continuado la cohabitación o la esposa haber concebido, cualquiera sea la edad (art. 220, inc. 1, CC). Estos recaudos no se exigen en la norma actual, sino solo que se haya cumplido los 18 años.

La hipótesis de caducidad en el caso de concepción de un hijo no se adecua a la realidad de la sociedad actual, y tenía su fuente en la discriminación existente entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, así como en el mal concepto que se tenía de la mujer que mantenía relaciones extramatrimoniales. Estos conceptos han desaparecido (al menos en la mayoría de las personas) y en modo alguno puede argumentarse que el hecho del embarazo sea un indicativo de madurez de la persona que concibió.

En caso de pedido de nulidad por un tercero, el juez debe oír al adolescente, y sobre la base de esa escucha —que supone considerar al mismo sujeto de derecho y tener en cuenta su opinión—, analizar la conveniencia del matrimonio que han celebrado, así como la comprensión que el adolescente tiene del acto que celebró.

2.2. Falta de salud mental

El art. 425, inc. b, CCyC establece como causal de nulidad el matrimonio celebrado cuando uno o ambos cónyuges tienen problemas de salud mental, ya sea permanentes o transitorios, que les hayan impedido tener discernimiento para el acto matrimonial.

Debe tenerse presente que la capacidad se presume (art. 31 CCyC) y solo puede ser limitada por sentencia judicial (art. 23 CCyC). Por ello, quien alegue la falta de salud mental deberá probarlo, independientemente de que exista o no sentencia que restrinja la capacidad.

La nueva regulación recepta la terminología introducida por las normas locales e internacionales que abordan la problemática de la salud mental, tales como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280, del año 2000); la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378, del año 2008) y la Ley 26.657 de Salud Mental. En consecuencia, se eliminan las palabras "*incapaz*" y "*carencia de razón*" (art. 220, inc. 2, CC).

2.2.1. Legitimación

La legitimación para demandar la tiene cualquiera de los cónyuges si desconocía el impedimento. También se encuentran legitimados para demandar los parientes de la persona que padece el impedimento y que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio.

Se trata de los parientes del enfermo, pues no resulta razonable que los parientes del sano tengan legitimación y pidan la nulidad del matrimonio cuando el propio interesado no lo hace.

En este punto, se introduce una modificación respecto de la regulación anterior ya que se habilita al propio cónyuge enfermo, cuando el mismo desconocía su problema de salud mental. Antes solo estaban legitimados el sano que desconociera el impedimento y el enfermo "*cuando recobrase la razón si no continuare la cohabitación*"—art. 220, inc. 2, CC—. Es decir que, conforme la redacción actual, si desconocen la incapacidad, están habilitados ambos.

En el caso que la demanda sea interpuesta por un tercero legitimado, resulta imperativo para el juez oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende que ha celebrado un matrimonio y cuál es su deseo al respecto.

Merece destacarse la imposición que la norma realiza al juez para oír a los cónyuges ya que, de este modo, se consagra el respeto y consideración a la persona con padecimientos mentales en cumplimiento con las convenciones internacionales. Son los propios cónyuges los que deben expresar su opinión y deseo respecto de la continuación del matrimonio. De resultar positiva la entrevista con el magistrado, sumado el dictamen favorable que realice el equipo interdisciplinario, podrá rechazarse la demanda y la validez del matrimonio no podrá ser atacada.

En este punto es importante afirmar que la reforma prioriza la validez del matrimonio y la protección de la autonomía de la voluntad de la persona afectada con base en las obligaciones internacionales impuestas al Estado, las que consagran el principio del reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, así como también la implementación de sistemas de apoyo, salvaguardas y ajustes, tendientes a que quienes están afectados por estos padecimientos puedan ejercer esa capacidad jurídica en iguales condiciones que los demás.

2.2.2. Caducidad

Tanto para el supuesto en que demand e el cónyuge enfermo como en el que lo haga el sano, el plazo para interponer la demanda de nulidad es de un año, pero el cómputo del plazo es distinto, ya que en el caso del cónyuge que sufre la incapacidad se computa desde que recuperó la salud mental y, en el caso del sano, desde que conoció el impedimento.

En consecuencia, si los esposos continuaron la cohabitación por el plazo de un año (computado, para el enfermo, desde que recuperó su salud mental; y, para el sano, desde que tomó conocimiento de la enfermedad de su cónyuge), el matrimonio queda definitivamente consolidado.

Se interpreta que si continúan conviviendo y realizando vida marital a pesar del impedimento, el matrimonio queda confirmado para ambos.

La valoración del momento en que se interrumpió la cohabitación deberá ser realizada por el juez con alguna flexibilidad, teniendo en cuenta que el conocimiento de la enfermedad por parte del sano puede haberle llevado algún tiempo. Este momento no puede ser determinado con precisión.

En el caso de que la demanda sea interpuesta por un tercero legitimado, el plazo para interponer la acción de nulidad es mucho menor, atento que se dispone que el mismo es de tres meses desde la celebración del matrimonio. La consagración de plazos de caducidad de la acción distintos según los demandantes sean los cónyuges o los terceros es una novedad introducida por el CCyC, que pretende la consolidación del matrimonio en el caso en el que no se haya accionado.

Se expresa en los "Fundamentos..." respecto de este tema: *"Para la causal de falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto matrimonial se establece que cualquiera de los cónyuges que desconocía el impedimento puede peticionar la nulidad, excepto que hayan continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud el que sufre el impedimento, o luego de conocido el impedimento por parte del cónyuge sano. Se fija el plazo de un año, pues el estado de familia no puede quedar en la incertidumbre de manera indefinida. Vencido el término, solo queda habilitada la vía del divorcio. El juez debe oír a los cónyuges y evaluar la situación*

del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto".[10]

Se interpreta, de este modo, que si no han demandado por nulidad en los plazos previstos, se han superado las dificultades, sin perjuicio de que siempre queda la posibilidad de promover el divorcio, que en la actual regulación es un trámite muy simplificado, que puede ser pedido por uno o por ambos cónyuges, sin necesidad de cumplimiento de requisitos de plazos de convivencia o separación.

2.3. Vicios del consentimiento

El tercer supuesto de nulidad relativa del matrimonio se refiere al celebrado con vicios del consentimiento, los que conforme el art. 409 CCyC son:

a. la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente;
b. el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía.

2.3.1. Legitimación

La legitimación solo la tiene el cónyuge que ha sufrido el vicio de error, dolo o violencia.

Quien acciona es quien deberá probar el vicio que alega.

En la actualidad, y conforme las nuevas realidades de los noviazgos, es muy difícil que se den estos casos, toda vez que normalmente los esposos se conocen muy bien antes de contraer matrimonio. Es frecuente, incluso, que cohabiten, pero aunque no convivan, el conocimiento que tiene el uno del otro hace improbable que se den los supuestos referidos en la norma.

2.3.2. Caducidad

También en este caso existe un plazo de caducidad toda vez que, si se continuó la cohabitación por más de 30 días luego de haber conocido el error o haber cesado la violencia, la nulidad no podrá ser demandada.

A diferencia de la causal de falta de salud mental, en este caso se establece un plazo en el cual se debe producir el cese de la convivencia; caso contrario, el matrimonio quedará confirmado. Desde que cesa la cohabitación, el plazo es de un año para interponer la demanda.

2.4. Eliminación de la causal de impotencia

Queda suprimida, en la nueva regulación, la causal de impotencia de alguno o de ambos cónyuges que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos (art. 220, inc. 3, CC).

Al respecto, en los "Fundamentos..." del Anteproyecto se explica: *"se suprime la posibilidad de solicitar la nulidad por impotencia por diversas razones: atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de intimidades en un proceso judicial cuya prueba es invasiva a*

(10) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 574.

la intimidad; las causas de la impotencia pueden ser diversas, de carácter objetivas y subjetivas, es decir, con determinada persona y no con otras, todo lo cual dificulta la prueba".[11]

Surge evidente que la prueba tendiente a acreditar esta causal, además de ser de dificultosa producción, atenta contra la dignidad e intimidad de las personas, si por hipótesis desconociera esa disfuncionalidad. Las causas de la impotencia, además de ser objetivas y subjetivas como se explica en los "Fundamentos", pueden ser físicas o psíquicas —y, en casos, temporarias—. En el proceso, el actor debía probar que el cónyuge estaba impedido de tener relaciones sexuales y el demandado, intentar probar lo contrario —es decir, que es hábil para mantenerlas—. Es imposible pensar que, luego de este proceso, y aunque el demandado logre probar que sí resulta capaz de mantener relaciones sexuales, la demanda se rechace y el matrimonio esté en condiciones de subsistir. No existe razón para que se autorice esta intrusión a la intimidad de las personas.

Asimismo, en la práctica, ha resultado muy difícil el determinar la buena o mala fe del cónyuge que la alega, por lo que la supresión de la misma en la actual regulación resulta un avance.

Al regular un trámite de divorcio ágil y expeditivo, también pierde sustento la nulidad de matrimonio por impotencia. Por otro lado, la impotencia no es un impedimento para contraer nupcias y, si el cónyuge sano la tolera, no puede después pedir la nulidad para beneficiarse con los efectos previstos para el cónyuge de buena fe.

ARTÍCULO 426.- ***Nulidad matrimonial y terceros.*** *La nulidad del matrimonio y la buena o mala fe de los cónyuges no perjudica los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hayan contratado con los cónyuges.*

1. Introducción

Se protege a los terceros de buena fe que hayan contratado con los cónyuges. Por eso, la nulidad del matrimonio, sea imputable a uno o a ambos, inclusive a ninguno, no puede perjudicar los derechos de los terceros de buena fe. En este tema no hay variaciones respecto de la regulación anterior (art. 226 CC).

2. Interpretación

La buena fe se presume. Si alguno de los cónyuges alega mala fe del tercero, es decir, que conocía o debía conocer que el matrimonio se encontraba afectado por algún vicio, deberá probarlo.

Queda aclarado que la buena fe del tercero debía existir al momento de la celebración del matrimonio y no con posterioridad.

Se mantiene, en este tema, el principio general de la apariencia jurídica y de la presunción de buena fe de los terceros contratantes.

ARTÍCULO 427.- ***Buena fe en la celebración del matrimonio.*** *La buena fe consiste en la ignorancia o error de hecho excusables y contemporáneos a la celebración del matrimonio sobre el impedimento o la circunstancia*

(11) "Fundamentos…", en *Proyecto…, op. cit.*

que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero.

Fuentes: art. 508 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

La novedad de este artículo es que define la buena fe en el acto de celebración del matrimonio. En sus fundamentos, el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 sostiene que *"el concepto de la 'buena fe' sustituye el actual de 'mala fe', con una fórmula que procura ser clara. Las menciones del actual art. 224 del CC al error o ignorancia de derecho, se encuentran cubiertos por las disposiciones comunes a todos los actos jurídicos"*.

Tal como se expresa en los "Fundamentos...", se precisa y define en forma clara en qué consiste la buena fe cuando hablamos de nulidades matrimoniales. De esta forma, se superan las discusiones doctrinarias en vigencia de la anterior regulación, que definía la buena fe a *contrario sensu* de la definición de mala fe, que establecía: *"La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho. Tampoco lo habrá por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuere ocasionado por dolo"* (art. 224 CC).

2. Interpretación

2.1. Definición de buena fe matrimonial

La buena fe matrimonial consiste en: ignorancia o error de hecho sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o violencia ejercida por el otro contrayente o un tercero. Ambas deben ser excusables y contemporáneas a la celebración del matrimonio. El conocimiento posterior no tiene incidencia alguna.

El error o la ignorancia deben ser excusables, es decir, debe existir una razón para errar o ignorar obrando de manera diligente. No es suficiente el obrar negligente; el error no puede provenir de la negligencia culpable del que lo invoca.

El contraer matrimonio es un acto trascendente para la vida de las personas y, como consecuencia de ello, se exige un obrar responsable que impone a los contrayentes efectuar las indagaciones necesarias. No se trata del caso en que, averiguando solo un poco, se pueda conocer la verdad. Existe un deber de interiorizarse en todo lo que sea posible respecto de las cualidades y características de la persona con la que se va a contraer nupcias.

En vigencia de la regulación anterior, la doctrina explicaba con relación al art. 224 CC, que no se habla solo del conocimiento que se tuvo al momento de contraer matrimonio, sino del que se debió tener obrando de manera diligente. De conformidad con el art. 926 CC, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias de los hechos.

En un precedente en vigencia de la regulación anterior se decretó la nulidad por error respecto de las cualidades personales fundado en la orientación sexual del contrayente. En el caso, se probó que, por la rígida educación de la actora, le fue imposible concretar un encuentro sexual antes del matrimonio, por lo que no pudo prever ni sospechar

respecto de esa característica del demandado. El error fue considerado excusable tomando en cuenta las circunstancias particulares de los cónyuges.[12]

En otro caso más reciente, bajo la normativa anterior a la reforma, se decretó la nulidad de un matrimonio celebrado en el exterior, por exclusiva mala fe del marido, quien ocultó a su cónyuge que se encontraba casado, configurándose el impedimento de bigamia internacional.[13] El matrimonio había sido celebrado en la ciudad de Las Vegas, Nevada, EEUU. Se reconoció la buena fe de la actora y la mala fe del demandado, quien no logró probar que su cónyuge conocía el impedimento de ligamen que afectaba el matrimonio. Del art. 224 CC los jueces infieren que la buena fe radica en el desconocimiento del impedimento o circunstancia que provoca la invalidez. Esa ignorancia y, por ende, la buena fe, ha de ser presumida, conforme lo establecido por los arts. 2364 y 4008 CC, y la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que cita el fallo.

2.2. Prueba

El CCyC no establece reglas respecto de la carga probatoria en cuanto a la buena o mala fe de los contrayentes. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria han interpretado que la buena fe se presume y que la mala fe debe ser probada, ya que debe considerarse que las personas actúan con corrección hasta que se demuestre lo contrario.

No obstante, dependerá de las circunstancias concretas del caso y corresponderá apartarse de este principio cuando surge claro que no podría haber existido buena fe. Por ejemplo, si se promueve demanda de nulidad por bigamia y se adjunta el certificado del matrimonio anterior sin disolver, es claro que el demandado actuó de mala fe, ya que no podía desconocer esa circunstancia.

Es decir, que podrá desvirtuarse la presunción de buena fe con cualquier tipo de prueba, incluso con presunciones.

2.3. Momento en el cual debe existir

Es importante reiterar que la buena fe debe existir al momento de la celebración del matrimonio.

2.4. Efectos de la nulidad

Decretada la nulidad, se disuelve el matrimonio y también la sociedad conyugal, quedando los cónyuges en el estado de familia que gozaban antes de contraer nupcias.

ARTÍCULO 428.- ***Efectos de la buena fe de ambos cónyuges.*** *Si el matrimonio anulado ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad.*

La sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio.

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.

(12) CNac. Apel. Civ., Sala C, "K. A. E. c/ R. D. J. s/ nulidad del matrimonio", 23/05/2011.

(13) CNac. Apel. Civ., Sala G, "M. A. C. c/ I. A. R. s/ nulidad de matrimonio", 01/09/2014.

1. Introducción

Se elimina la previsión que tenía el anterior ordenamiento al regular efectos generales de la nulidad; en cambio, se precisan los efectos para cada supuesto en que haya buena o mala fe de los contrayentes.

El principio sigue la misma línea que la regulación anterior (arts. 221 a 223 CC). El matrimonio celebrado de buena fe por uno o por ambos, produce todos los efectos hasta el día en que se decrete la nulidad; inclusive luego de la sentencia puede generar consecuencias.

Se introducen cambios en consonancia con la posibilidad que se brinda a los cónyuges de optar por el régimen de separación de bienes.

Asimismo, se otorga la posibilidad al cónyuge de buena fe de solicitar la compensación económica, figura nueva que se introduce al derecho argentino también para los casos de divorcio y cese de la unión convivencial.

2. Interpretación

2.1. Efectos sobre el régimen patrimonial

La sentencia de nulidad disuelve el régimen patrimonial del matrimonio, ya sea el convencional como el legal supletorio. La norma se adecua al art. 446, inc. d, CCyC, que posibilita a los cónyuges a elegir el régimen económico.

Si se ha optado por el régimen de separación, cada uno se lleva lo suyo. Si se han regido por el régimen de comunidad, este se disuelve y cada uno recibe el 50% de los bienes gananciales conforme las pautas establecidas en el CCyC.

2.2. Compensación económica

El CC establecía que el cónyuge de buena fe podía solicitar los alimentos de extrema necesidad previstos en el art. 209 CC.

En la nueva regulación no existe posibilidad de reclamar alimentos, pero si la nulidad generó un desequilibrio económico de uno de ellos con relación al otro, el cónyuge de buena fe puede solicitar una compensación económica, si se encuentran reunidos los presupuestos establecidos en los arts. 441 y 442 CCyC.

La compensación económica se establece con el fin de equilibrar la situación económica de los cónyuges. Si la nulidad produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado —o, excepcionalmente, por plazo indeterminado—. También puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Conforme el art. 442 CCyC, a los fines de la fijación de la misma y a falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez determinará la procedencia y monto de la compensación económica tomando como 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 (art. 442 CCyC).

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia que decreta la nulidad del matrimonio.

2.3. Apellido

El art. 67 CCyC establece que, si el matrimonio ha sido declarado nulo, no puede el cónyuge continuar usando el apellido del otro, excepto que, por motivos razonables, el juez lo autorice a conservarlo.

El CCyC ha derogado la Ley 18.248 del Nombre de las Personas, cuyo art. 11 establecía que, aunque la nulidad acarreaba la pérdida del apellido marital, podía autorizarse a la mujer a seguir usándolo cuando tenía hijos y era cónyuge de buena fe. Respecto de la ley 26.618, que consagra el matrimonio igualitario, si bien no modificó dicha disposición, del art. 42 se infiere que esta también es aplicable a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo —pero, en estos casos, cualquiera podría elegir si utiliza el apellido del otro precedido de la preposición "de"— y, en caso de nulidad del matrimonio, se podría autorizar a continuar el uso del apellido al cónyuge de buena fe, en iguales condiciones que se le daban a la mujer.

En el CCyC se regula en forma clara y precisa que la nulidad trae aparejada la imposibilidad de continuar con el uso del apellido del otro, salvo que el juez lo autorice por razones fundadas.

2.4. Emancipación

Conforme lo establecido por el art. 27 CCyC, la celebración del matrimonio antes de los 18 años emancipa a la persona menor de edad. Asimismo, la norma establece que la emancipación es irrevocable y que la nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación para el cónyuge de buena fe. Para el de mala fe cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

En consecuencia, en el supuesto de cónyuge de buena fe, la persona menor de 18 años que ha contraído matrimonio sigue estando emancipada y goza de la plena capacidad de ejercicio, con las limitaciones previstas en el Código.

2.5. Responsabilidad parental y cuidado personal de los hijos

El CCyC modifica el principio de la responsabilidad parental cuando los progenitores no conviven. A diferencia del CC (art. 264, inc. 2) —que establecía que en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad lo tenía el padre o madre que ejerza legalmente la tenencia—, la

reforma ha receptado las propuestas de la doctrina y jurisprudencia estableciendo como principio la responsabilidad parental compartida, aun frente a la ruptura (art. 641, inc. b, CCyC), y el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta, a falta de acuerdo (art. 651 CCyC).

El Código regula en forma separada la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, y el cuidado personal del hijo por los progenitores, como figuras derivadas de la responsabilidad parental (art. 640 CCyC). Se denomina "cuidado personal" a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo (art. 648 CCyC).

El art. 641 CCyC establece el principio de responsabilidad parental compartida, tanto durante la convivencia de los progenitores como luego del cese. Expresamente establece: "*El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: (…) b) en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades...*".

En cuanto al cuidado del hijo y conforme el art. 651 CCyC, como primera alternativa, se establece el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta. En consecuencia, decretada la nulidad matrimonial, la responsabilidad parental continuará siendo compartida, salvo el supuesto de excepción. Y respecto del cuidado del hijo, se aplicarán las reglas generales establecidas en el art. 651 CCyC.

La nueva normativa se aplica independientemente de la buena o mala fe de los cónyuges, ya que no tiene porqué incidir en la relación con los hijos. El cambio, reside en las normas referidas a la responsabilidad parental y el cuidado personal del hijo en caso de cese de la convivencia.

2.6. Derecho hereditario

Cesa la vocación hereditaria de los cónyuges con la sentencia que decreta la nulidad matrimonial, se trate de cónyuges de buena o mala fe.

La doctrina ha discutido, respecto del caso en el que se produzca la muerte habiéndose iniciado la demanda de nulidad y antes del dictado de la sentencia, preguntándose si en este caso cesa o no la vocación hereditaria.

Como el matrimonio produce todos sus efectos, hasta tanto se dicte la sentencia que lo disuelva, debe interpretarse que el cónyuge goza de derecho hereditario.

El caso se complica en caso de bigamia, en cuyo supuesto se discute si el cónyuge de buena fe concurre con el legítimo o si este lo excluye. La doctrina se encuentra dividida al respecto, aunque no han sido muchos los casos que se han presentado en la jurisprudencia.

De cualquier modo, debe tenerse presente que, salvo que el bígamo haya convivido simultáneamente con los dos cónyuges, de uno se encontrará separado de hecho, probablemente del primero, y la separación de hecho hace cesar la vocación sucesoria de conformidad con lo establecido por el art. 2437 CCyC.

ARTÍCULO 429.- ***Efectos de la buena fe de uno de los cónyuges.*** *Si uno solo de los cónyuges es de buena fe, el matrimonio produce todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad.*

La nulidad otorga al cónyuge de buena fe derecho a:

a. *solicitar compensaciones económicas, en la extensión mencionada en los artículos 441 y 442; el plazo se computa a partir de la sentencia que declara la nulidad;*

b. *revocar las donaciones realizadas al cónyuge de mala fe;*

c. *demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia.*

Si los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de comunidad, el de buena fe puede optar:

i. *por considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes;*

ii. *por liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad;*

iii. *por exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente.*

1. Introducción

La regla es que el matrimonio produce todos sus efectos hasta tanto se dicte sentencia que decrete la nulidad, pero solo respecto del cónyuge de buena fe.

2. Interpretación

El cónyuge de buena fe tendrá los siguientes derechos:

2.1. Compensación económica

Al igual que en el caso del art. 428 CCyC —que regula los efectos de la buena fe de ambos—, el contrayente de buena fe tiene derecho a solicitar al de mala fe una compensación económica cuando se reúnan los requisitos de los arts. 441 y 442 CCyC, derecho que no se le otorga al cónyuge de mala fe.

Se suprime la posibilidad de solicitar alimentos que otorgaba el art. 222 CC, reemplazándose por la compensación para el caso del cónyuge de buena fe.

2.2. Revocación de donaciones

Asimismo, la norma le otorga al cónyuge de buena fe la posibilidad de revocar las donaciones que, por cualquier causa, haya realizado al de mala fe.

Se elimina el recaudo de la regulación anterior en que solo se lo autorizaba a revocar las donaciones hechas con causa en el matrimonio. Tratándose de un cónyuge de mala fe, se autoriza al de buena fe a revocar cualquier donación que este le haya realizado.

2.3. Daños y perjuicios

También puede demandar indemnización por daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia. En este punto, se reitera lo establecido en el art. 225 CC, que otorgaba acción de daños y perjuicios al cónyuge de buena fe para demandar al de mala fe, y a los terceros que

hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia, en caso de nulidad de matrimonio. Se incluye el daño moral y el material.

En relación del plazo de prescripción, y sin una norma expresa al respecto, este será de tres años, por aplicación de lo dispuesto por el art. 2561 CCyC, que establece ese plazo para el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil. Comenzará a contar desde la sentencia que declara la nulidad ya que, hasta tanto no se anule el matrimonio, se reputa válido. Además, todo plazo de prescripción queda suspendido entre cónyuges durante el matrimonio (art. 2543, inc. a, CCyC).

2.4. División de bienes

Respecto de los bienes, si los cónyuges estaban sometidos al régimen de comunidad, el de buena fe puede elegir, entre las siguientes opciones, la que le resulte más favorable:

a. considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación (aunque ese no sea el régimen que ha elegido oportunamente);
b. liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad;
c. exigir la demostración de aportes hechos por cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos, como si se tratara de una sociedad no constituida regularmente.

2.5. Apellido

Conforme el art. 67 CCyC, en principio, la nulidad hace cesar el derecho de usar el apellido del otro cónyuge, pero excepcionalmente el juez puede autorizar a conservarlo si existen razones fundadas.

2.6. Emancipación

Conserva la emancipación el cónyuge de buena fe y la pierde el de mala fe a partir de que la sentencia de nulidad pasa en autoridad de cosa juzgada, conforme lo establecido por el art. 27 CCyC.

2.7. Responsabilidad parental y cuidado de los hijos

La buena o mala fe del cónyuge en la nulidad matrimonial no incide en las reglas establecidas para el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado del hijo, ya que no tiene que afectar el vínculo padre-hijos. Corresponderá la aplicación de los arts. 641, inc. b, y 651 CCyC, que sientan como principio la responsabilidad parental compartida y el cuidado personal compartido del hijo con la modalidad indistinta, a falta de acuerdo.

2.8. Derecho hereditario

Como ya se ha explicado, cesa el derecho hereditario en todos los casos de nulidad de matrimonio a partir de la sentencia.

El esposo de buena fe conserva el derecho hereditario si el cónyuge fallece una vez iniciada la demanda y antes del dictado de la sentencia, salvo el caso en el que estuvieran separados de hecho, porque esta circunstancia hace cesar la vocación sucesoria.

Si se trata del cónyuge de buena fe, en el caso de bigamia, nos encontramos frente a la controversia planteada en el caso del art. 428 CCyC.

ARTÍCULO 430.- ***Efectos de la mala fe de ambos cónyuges.*** *El matrimonio anulado contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno.*

Las convenciones matrimoniales quedan sin efecto, sin perjuicio de los derechos de terceros.

Los bienes adquiridos hasta la nulidad se distribuyen, si se acreditan los aportes, como si fuese una sociedad no constituida regularmente.

1. Introducción

Si el matrimonio fue contraído de mala fe por ambos cónyuges, no produce efecto alguno. Es que, habiéndose contraído un matrimonio a sabiendas de ambos contrayentes que el mismo no podría reputarse válido, la sanción es severa, impidiendo a ambos gozar de las facultades que brindan los artículos anteriores. El principio coincide con el establecido en la anterior regulación en caso de mala fe de ambos, aunque se mejora la redacción.

2. Interpretación

Al igual que en la norma derogada (art. 223 CC), quedan sin efecto las convenciones matrimoniales, dejándose expresamente a salvo los derechos de los terceros.

Se suprime la frase "*la unión será reputada como concubinato*", atento a la connotación negativa y sancionatoria que surgía de la misma. Es importante recordar que en el CCyC se regulan las uniones convivenciales (palabra que se ha elegido para reemplazar "concubinato"), otorgándoseles derechos que no tiene el cónyuge de mala fe.

El cónyuge de mala fe ha cometido una conducta inapropiada; en cambio, el unido en convivencia no ha infringido ningún deber jurídico.

En lo patrimonial, si hubieren efectuado convenciones matrimoniales, quedarán sin efecto alguno y, conforme lo dispuesto en el art. 426 CCyC, no podrán afectarse los derechos de terceros que de buena fe hubieren contratado con alguno de los esposos.

Respecto de los bienes, también se mantiene la solución que daba la norma del CC, mejorando la redacción. Se establece que, si se acreditan aportes, los mismos deberán distribuirse como si fuesen una sociedad no constituida regularmente.

CAPÍTULO 7(*)

Derechos y deberes de los cónyuges

ARTÍCULO 431.- ***Asistencia.*** ***Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.***

1. Introducción

Los cambios vividos durante las últimas décadas en la sociedad y en la familia argentina provocaron que el régimen jurídico matrimonial del CC haya quedado desarticulado, no obstante las sucesivas reformas que pretendieron acomodarlo a la realidad.

(*) Comentarios a los arts. 431 a 434 elaborados por Mariel Molina de Juan.

Anclado en un sistema axiológico que potencia a la persona como sujeto de derechos humanos, el CCyC revisa los pilares de la institución y los reformula.

En relación a los efectos personales de la unión, el Capítulo 7 introduce significativos cambios, que no deben ser leídos como la pérdida de las virtudes morales, ni interpretados con una visión "apocalíptica" que postule la "aniquilación" del matrimonio y la familia, sino simplemente como la asunción de una realidad incuestionable y el avance hacia un sinceramiento de las relaciones jurídicas matrimoniales.

Si bien el matrimonio es una construcción social y cultural, por lo cual el Código no debe dar una definición acabada del mismo, este artículo enuncia las notas definitorias de esta institución, que operan como marco insustituible para la interpretación de los derechos y deberes conyugales.

2. Interpretación

La norma comienza dejando en claro que el **matrimonio** está indisolublemente unido a un **proyecto de vida compartido**. Esta idea presupone conjugar las aspiraciones de uno con las del otro, para trascender hacia una construcción compartida. Necesariamente implica el compromiso de repartir esfuerzos y que las decisiones que se tomen respeten los intereses de ambos, todo bajo la perspectiva de la responsabilidad familiar.

La nota definitoria del matrimonio es, pues, ser una **comunidad de vida** sustentada en el apoyo mutuo, la contención y la búsqueda de bienestar de sus integrantes. Así concebido, aparece como la base propicia para que los cónyuges convivan, colaboren y se desarrollen, al amparo de los lazos afectivos que unen a la pareja y se proyectan a los otros integrantes de la familia.

El CC consagraba, como efectos personales del matrimonio, la fidelidad, la asistencia, la cohabitación y los alimentos (arts. 198 a 200 CC). El nuevo texto modifica el alcance de los deberes matrimoniales que tienen contenido jurídico, potencia la asistencia y la cooperación, y suprime el deber de fidelidad.

2.1. Compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común

Se reconoce al matrimonio como un potente cauce para la realización del proyecto de vida de sus miembros, que trasciende el destino impuesto por la tradición, orientado a la procreación y la educación de los hijos.

La utilización de la fórmula "*proyecto compartido*" tiene una indudable función pedagógica, en tanto denota la idea de comunidad de vida, que supone el respeto, la tolerancia, y la búsqueda de consensos para el logro de objetivos comunes.

2.2. La cooperación

El concepto de "cooperación" tiene un alcance amplio que deberá ser evaluado en cada caso concreto, pero esencialmente implica el deber de colaborar con el otro para la consecución de un mismo fin, y la obligación de compartir esfuerzos y sacrificios en pos del objetivo buscado. Encuentra su fundamento en el principio de solidaridad que se proyecta en el ejercicio de la responsabilidad familiar. Tiene desarrollo jurídico expreso, en relación a la obligación de contribuir a los gastos del hogar, prevista en el régimen patrimonial primario (art. 455 CCyC).

2.3. La convivencia

El proyecto diagramado por la comisión de reformas suprimió el deber de cohabitación de los cónyuges, que no fue incorporado siquiera como deber moral por estimarse contradictorio con el respeto por la libertad y la consecuente prohibición de injerencias arbitrarias del Estado en la vida de las personas. Esa propuesta tenía la ventaja de abarcar dentro de la institución matrimonial a las llamadas parejas LAT (*Living Apart Together*), parejas que, si bien comparten un proyecto de vida en común fundando en la cooperación, el respeto mutuo y la asistencia, por diversas razones, deciden no vivir en la misma casa. A veces son segundas o posteriores uniones, en algunos casos con hijos de parejas anteriores, que se prefiere no convivan bajo el mismo techo.[14]

Sin embargo, el texto del art. 431 CCyC fue modificado antes de su aprobación por la Cámara de Senadores. La norma reincorpora el deber de convivencia el que desde una obligada mirada sistémica del texto legal y la interpretación coherente al que alude expresamente el art. 2 CCyC, también debe ser considerado un deber moral ya que su violación no produce efectos: ni existe posibilidad de obtener su cumplimiento coactivo, ni sanción para el cónyuge que rompe la convivencia, ni tampoco, puede admitirse acción de daños y perjuicios, que con tanta reticencia son vistos hoy en el derecho matrimonial, incluso en la práctica judicial en los últimos años de la vigencia del régimen civil derogado.

2.4. La fidelidad como deber moral

Durante la vigencia del CC, la fidelidad era considerada un deber jurídico derivado del carácter monogámico del matrimonio.

El nuevo texto no la incluye dentro de las consecuencias jurídicas, dejándolo reservado al ámbito privado de las personas. En su lugar, fomenta la libertad de intimidad, de conciencia y religiosa, valoradas como pilares indiscutibles de la sociedad democrática que se propicia.

La fidelidad escapa a la esfera jurídica, no puede exigirse coactivamente, ni su incumplimiento sancionarse por el derecho. No es más que una manifestación de la conducta humana que pertenece al terreno íntimo de los cónyuges y de cada pareja. Naturalmente, ello no implica que la ley promueva un matrimonio en el que no se respeten los compromisos asumidos, ni que propicie conductas reñidas con las pautas culturales vigentes, o que la conciencia social reprocha o subestima. Simplemente, lo que la norma está reconociendo es que la fidelidad está incluida en el propio proyecto acordado por los cónyuges, y que no puede ser impuesta por el ordenamiento jurídico, porque trasciende su ámbito de incumbencia.

Sin embargo, esta no fue totalmente silenciada en el texto, que la menciona como "*deber moral*", reconociendo su alto valor axiológico como regulador ético entre los esposos. Ahora bien, la expresa consideración de su contenido moral no autoriza por sí la reparación civil de la infidelidad. Los "Fundamentos del Anteproyecto" son claros y no dejan lugar a dudas: *"Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en*

(14) Herrera, M., "El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina: bases para leer el régimen de divorcio incausado", en Marisa Herrera y Marisa Graham (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea,* Bs. As., Infojus, 2014, p. 275 y ss.

los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños".[15] La excepción puede darse cuando la conducta cuestionada implique una afectación a la condición de persona del damnificado. En este caso, la acción puede proceder, pero no por violación a un deber matrimonial, sino por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil; un ejemplo de ello serían los daños causados por hechos de violencia de género en el marco del matrimonio, o bien los provocados por actos intencionados que afecten el honor o la intimidad del otro cónyuge.

2.5. Asistencia mutua

Para finalizar, consagra el único deber jurídico exigible, que da título al artículo: la obligación de prestarse asistencia mutua.

Aunque utiliza la voz genérica "*asistencia*", comprensiva tanto de los cuidados que ambos cónyuges deben dispensarse, la ayuda y el respeto recíproco —que desbordan el aspecto meramente patrimonial— como la prestación alimentaria en sentido estricto, en los artículos siguientes se limita a regular expresamente los alimentos (arts. 432 al 434 CCyC).

ARTÍCULO 432.- ***Alimentos.*** ***Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes.***

Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles.

Remisiones: ver comentarios a los arts. 550 a 553 CCyC.

1. Introducción

Aquí se consagra una de las fuentes legales de la obligación alimentaria, el matrimonio, y se establece la regla y sus excepciones. En principio, existe obligación alimentaria entre cónyuges durante la vida en común y durante la separación de hecho. En forma excepcional, y solo para el caso en el que se den los supuestos previstos expresamente en el art. 434 CCyC, o cuando los propios esposos lo hayan acordado, habrá derecho alimentario a favor del cónyuge divorciado.

2. Interpretación

Los cónyuges se deben alimentos entre sí, o sea que, entre esposos, la obligación alimentaria es recíproca, regla que concuerda con el principio de igualdad consagrado en el art. 402 CCyC. En consecuencia, para determinar la procedencia o no del reclamo alimentario, no debe estarse al género del que pide los alimentos, sino a las concretas circunstancias de ese matrimonio, valorando las características del grupo familiar, la distribución de roles en la pareja, las posibilidades de cada cónyuge, la existencia de bienes productores de rentas, y todos los otros elementos que puedan servir para determinar la necesidad alimentaria y la posibilidad del demandado de atender a ella.

(15) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 576.

Durante la vigencia del sistema anterior, el incumplimiento de la obligación alimentaria era causal de separación personal o divorcio en los términos del art. 202 CC. En el CCyC, el reclamo alimentario que un cónyuge realiza a otro, así como su incumplimiento o mora, no producen consecuencias jurídicas sobre el vínculo matrimonial. Simplemente, dan lugar a la ejecución y, eventualmente, a la adopción de las medidas para garantizar la eficacia de la sentencia que fija la cuota alimentaria. Estas medidas están previstas en los arts. 550 al 553, a cuyo comentario corresponde remitirse.

2.1. Obligación alimentaria de los cónyuges durante la vida en común

En primer lugar, los cónyuges se deben alimentos durante la vida en común, aunque no resulta frecuente que se reclamen judicialmente la fijación de una cuota para atender a sus necesidades, pues generalmente esa prestación se desenvuelve en forma armónica y espontánea, según los roles que desempeñan, y sus ingresos son destinados a los gastos del hogar (que incluyen el sostén alimentario). En otras palabras, mientras se mantiene el proyecto de vida compartido, puede ser difícil observar el contorno nítido de los alimentos como deber jurídico independiente del deber de contribución a las cargas del hogar regulado en el art. 455 CCyC. Sin embargo, esta consagración expresa evita toda discusión posible sobre la procedencia del reclamo, los extremos que deben acreditarse y las pautas para determinar su monto.

Por aplicación de lo dispuesto en las reglas que rigen los alimentos entre parientes, el cónyuge que solicite una cuota alimentaria deberá acreditar su necesidad, la falta de recursos o imposibilidad de conseguirlos, y la posibilidad del alimentante de prestarlos.

2.2. Obligación alimentaria en la separación de hecho

Aunque resulta probable que la extensión temporal de esta obligación se vea considerablemente reducida atento el nuevo régimen de divorcio incausado (conf. art. 437 CCyC y ss.), el art. 432 CCyC recoge la posición de la doctrina y la jurisprudencia desarrollada durante la vigencia del CC, que admitió los reclamos de alimentos luego de cesada la convivencia.

En relación con el contenido y extensión de los alimentos, antes de la reforma se sostuvieron dos posiciones. Para unos, comprendía a los alimentos de toda necesidad (de un modo semejante al art. 209 CC); para otros, al no existir divorcio ni declaración de culpas, se aplicaba el art. 198 CC, quedando equiparados a los alimentos amplios que permitieran preservar el estatus económico de la vida en común (art. 207 CC).

El sistema actual fija las reglas para la cuantificación en el art. 433 CCyC —que se refiere tanto a la convivencia como a la separación de hecho— y exige ponderar las importantes modificaciones que el cese de la convivencia produce en los roles de cada uno de los esposos, en el funcionamiento del grupo familiar, y los mayores gastos que genera (por ejemplo, alquiler, equipamiento y mantenimiento de una nueva vivienda, etc.). En todos los casos, atento la remisión del art. 432 CCyC a las reglas de los alimentos entre parientes, será menester acreditar las necesidades del alimentado, las que siempre van a operar a modo de límite máximo de la cuota que, en definitiva, se fije.

2.3. Reglas supletorias

El último párrafo declara aplicables, en cuanto resulte procedente, las reglas de la obligación alimentaria entre parientes. De este modo, rigen para los alimentos entre los cónyuges,

las prohibiciones explicitadas en el art. 539 CCyC, que se encuentran en estrecha relación con los caracteres esenciales del derecho/deber alimentario: su inherencia personal y la indisponibilidad del derecho a percibirlos. Son incompensables, irrenunciables, irrepetibles y no son susceptibles de transacción, gravamen o embargo. En cambio, las cuotas devengadas y no cobradas no se encuentran alcanzadas por estas prohibiciones al no ser indispensables para satisfacer en forma actual y oportuna las necesidades del alimentado.

También se aplican las disposiciones relativas al contenido de la obligación alimentaria (art. 541 CCyC); el modo de cumplimiento (art. 542 CCyC); el procedimiento para la fijación de los alimentos (arts. 543, 544, 547, 548 CCyC); las medidas cautelares (art. 550 CCyC), las consecuencias del incumplimiento de órdenes judiciales (art. 551 CCyC), los intereses (art. 552 CCyC), y otras medidas para asegurar el cumplimiento (art. 553 CCyC).

ARTÍCULO 433.- ***Pautas para la fijación de los alimentos.*** *Durante la vida en común y la separación de hecho, para la cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas:*

a. *el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades;*
b. *la edad y el estado de salud de ambos cónyuges;*
c. *la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos;*
d. *la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;*
e. *la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar;*
f. *el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona;*
g. *si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial;*
h. *si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación;*
i. *la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho.*

El derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad.

Remisiones: ver comentarios a los arts. 441 y 554 CCyC.

1. Introducción

En el CC, las pautas para la determinación del *quantum* de la cuota alimentaria durante la vida en común o la separación de hecho no estaban fijadas por la ley, y fueron fruto de la interpretación judicial y doctrinaria.

El CCyC establece en forma expresa una serie de indicadores a tener en cuenta, que están relacionados con las circunstancias propias de cada cónyuge y del grupo familiar, de modo que la fijación del monto de los alimentos resulta de un juicio de ponderación de la capacidad económica de cada uno, las condiciones personales, la distribución de roles y funciones, la valoración del tiempo que ha durado el matrimonio o la separación,

las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda y la situación patrimonial de ambos esposos. Todas estas pautas tienen un fundamento objetivo y se asientan en el principio de solidaridad familiar, estando desprovistas de toda idea de culpa o de reproche.

El art. 433 CCyC se aplica a dos supuestos fácticos diferentes: el reclamo durante la vida en común y el reclamo durante la separación de hecho. Deben realizarse las necesarias distinciones conforme la especificidad propia de una situación y de otra, como por ejemplo el elemento temporal en uno y otro caso, la forma en que se ejerce la responsabilidad parental, o la atribución de la vivienda, etc.

En el último párrafo se enumeran las causales de extinción de la obligación alimentaria entre cónyuges.

2. Interpretación

La norma formula las pautas o indicadores para fijar la cuota, que deben ser analizadas en forma integral. La enumeración tiene carácter enunciativo, pues no deben excluirse otros aspectos valiosos, conforme las especiales circunstancias del matrimonio y del grupo familiar involucrado.

La remisión a las normas de los alimentos entre parientes (art. 432 CCyC) hace recaer la carga de la prueba de los presupuestos de procedencia en el cónyuge que demanda los alimentos (art. 545 CCyC). Si bien las necesidades de la vida se presumen, deben acompañarse u ofrecerse la mayor cantidad de elementos que permitan valorar los indicadores enumerados en este artículo para la determinación del monto.

2.1. Análisis de los incisos

a. ***el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades;***

Si bien en la actualidad los roles dentro del matrimonio no son tan diferenciados como en épocas anteriores —pues, en general, ambos esposos son proveedores de recursos económicos para el sostén del hogar, más allá del supuesto de matrimonio de personas del mismo sexo—, ello no impide la fijación de alimentos a favor de uno si necesita del aporte económico del otro para sustentarse, cuando el demandado haya sido quien asumió la responsabilidad económica principal y el otro la realización de las tareas domésticas.

Sea que convivan o que estén separados de hecho, las tareas del hogar, la dedicación y el tiempo que emplea uno de los padres para atender y cuidar la salud y educación de los hijos, tienen un valor económico en tanto implican esfuerzos que se sustraen a la posibilidad de obtener empleos o trabajos remunerados fuera del hogar, a la vez que también sirven para evitar mayores erogaciones.

b. ***la edad y el estado de salud de ambos cónyuges;***

La edad es también un factor determinante que, en general, condiciona la posibilidad de acceso al mercado laboral. Si una persona no ha trabajado durante la mayor parte de su vida, y está próxima a la edad de jubilarse, le será más difícil insertarse en el mercado laboral y será menor la calidad del empleo que eventualmente pueda obtener.

El estado de salud de ambos cónyuges resulta otro elemento importante a tener en cuenta al momento de la fijación de la cuota. Deberá valorarse si alguno de ellos posee una enfer-

medad que le genere gastos periódicos o que limite su capacidad laboral, si tienen cobertura de obra social, si consumen medicamentos regularmente, el costo de los mismos, etc.

c. *la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos;*

Este indicador tiene estrecha relación con el anterior. Su análisis debe ponderar la aptitud del requirente de obtener recursos a través de actividades laborales remuneradas, según el medio social y las posibilidades personales (su profesión, experiencia laboral, la edad, si se encuentra jubilado, etc.).

d. *la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;*

Debe ponderarse si uno de los cónyuges no realiza tareas remuneradas porque —en razón de un acuerdo entre ambos— trabaja en la actividad comercial, industrial o empresarial del otro, obteniendo los recursos para sostener el hogar en forma conjunta. Producido el cese de ese proyecto común o iniciadas las desavenencias matrimoniales, el que venía colaborando con el emprendimiento del otro probablemente ya no pueda continuar con esa tarea y necesite un aporte económico hasta que pueda obtener un nuevo empleo que le permita abastecerse, sin perjuicio de que, producido el divorcio, esta situación puede habilitar el reclamo de las compensaciones económicas reguladas en el art. 441 CCyC, a cuyo comentario se remite.

e. *la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar;*

f. *el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona;*

En el CC, la situación de la vivienda tenía una regulación asociada especialmente al concepto de culpabilidad en el divorcio (art. 211 CC), imposible de reeditar en el contexto del divorcio incausado.

El nuevo derecho valora especialmente el tema habitacional en relación de ciertos derechos, entre ellos, el alimentario, especialmente luego de la separación de hecho.

La solución es razonable pues dentro del concepto de alimentos se encuentra incluida la provisión de vivienda. También podrá ponderarse la calificación del inmueble —si resulta procedente conforme el régimen patrimonial matrimonial aplicable— y la titularidad del mismo, es decir si pertenece al cónyuge que reclama alimentos, al alimentante o a un tercero, y en este caso quién paga el canon locativo.

g. *si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación;*

h. *si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial;*

El elemento temporal tiene aquí una importante función. Si los alimentos se reclaman durante la vida en común, se tendrá en cuenta el tiempo de la unión matrimonial. En cambio si los cónyuges están separados de hecho deberá considerarse, además del tiempo que duró la convivencia, el tiempo que hace que no viven juntos, y de qué modo se han satisfecho las necesidades del alimentado en forma previa al planteo, pues, como señala el art. 10 CCyC, la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho.

i. *la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho.*

La comparación de los bienes y recursos de cada uno de los esposos es necesaria para resolver el conflicto, en especial si ambos cónyuges están separados de hecho, pues la idea que subyace a todo el régimen matrimonial es que si finaliza el proyecto común, cesa el deber de contribución y cada uno de los cónyuges debe autoabastecerse.

2.2. Causales de cese de la obligación alimentaria entre cónyuges

El art. 433 CCyC enumera las causales de cesación de los alimentos fijados durante la vida en común y la separación de hecho. De ese modo, resuelve la anterior polémica planteada frente al silencio normativo respecto de la aplicación supletoria de las reglas previstas para la separación personal y el divorcio. Los alimentos entre cónyuges cesan por:

a. desaparición de las causas que los motivaron. De igual modo que para el resto de las fuentes alimentarias, el deber alimentario está sujeto al principio *rebus sin stanctibus*, en consecuencia, si se modifican las condiciones y desaparecen las causas que los justificaron, la obligación puede cesar;

b. unión convivencial del alimentado. Responde a razones de justicia y equidad, ya que si el cónyuge alimentado ha formado una nueva unión, el sostén económico debe provenir de su nueva pareja (art. 519 CCyC); lo contrario implicaría un abuso de su derecho prohibido en los términos del art. 10 CCyC;

c. configuración de alguna causal de indignidad del alimentado respecto del alimentante. En lugar de injurias, como lo disponía el art. 210 CC, la causal de cese es la "*indignidad*" (art. 2281 CCyC). Esta solución responde al carácter asistencial del derecho alimentario y al fundamento de la solidaridad familiar. Se incorpora aquí la valoración de un elemento subjetivo que pretende evitar el ejercicio abusivo del derecho y la mala fe del alimentado.

d. cesación *ipso iure. L*os alimentos debidos entre los cónyuges cesan *ipso iure* y en forma definitiva con la sentencia que dicta el divorcio a petición de ambos o de uno de los cónyuges (art. 437 CCyC), salvo que procedan las excepciones contempladas en el art. 434 CCyC, detalladas más adelante. También cesan por la muerte del alimentante y del alimentado, sin perjuicio de lo dicho al comentar el art. 554 CCyC, a cuyo comentario se remite.

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 prexistente 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 ma-

trimonio 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.

1. Introducción

El CCyC trae una modificación significativa en el derecho alimentario posterior al divorcio.

El cambio responde a dos motivos centrales: la supresión del divorcio causado que no permite imputar ni valorar la culpa de los cónyuges (conf. art. 437 CCyC y ss.); y el principio de autosuficiencia y la recepción del postulado de igualdad en términos de "igualdad real de oportunidades" que apunta a que, luego de la ruptura del matrimonio, cada uno de los cónyuges desarrolle las estrategias necesarias para su propio sostenimiento en el nuevo proyecto de vida que emprenda, sin depender económicamente del otro. De este modo, se procura evitar las enojosas situaciones que el sometimiento económico genera —que, en definitiva, provocan una estigmatización de uno de los cónyuges y dificultan las relaciones familiares posteriores al divorcio, especialmente cuando hay hijos menores—. Naturalmente, ello no quiere decir que se propicie un abandono del esposo que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, sino que la prestación alimentaria se complementa con otras herramientas pensadas para evitar la desigualdad, y queda reservada solo a supuestos absolutamente excepcionales que se encuentran expresamente previstos por la ley.

El art. 434 CCyC consagra las dos excepciones que autorizan el reclamo de alimentos luego del divorcio. Son casos en que existe vulnerabilidad de uno de los excónyuges (enfermedad, extrema necesidad).

2. Interpretación

Esta norma contempla un piso mínimo de prestaciones alimentarias que subsisten luego del cese del vínculo. En tanto se enmarca en el contexto del divorcio sin valoración de la conducta de los esposos, se trata de una prestación meramente asistencial de naturaleza objetiva, fundada en la solidaridad y responsabilidad familiar, que protege a aquella persona que se encuentra en una especial situación de debilidad luego de la ruptura del matrimonio.

2.1. Alimentos debidos a quien padece una enfermedad grave preexistente

Este supuesto toma el antecedente del art. 208 CC, que reguló los alimentos para el cónyuge enfermo en la separación personal, aunque con algunas modificaciones con las que se pretende superar las críticas y dificultades que la norma generaba. Especifica claramente cuáles son los requisitos de esa enfermedad que habilitan el reclamo alimentario y sus consecuencias:

a. la enfermedad debe ser grave;

b. la enfermedad debe impedirle proveerse de recursos suficientes para mantenerse, conservar un nivel de vida digno y valerse por sí mismo;

c. la enfermedad debe preexistir al divorcio; es decir, haberse manifestado durante la vida en común o la separación de hecho, de modo que al momento del divorcio ya estuviese presente. Por ende, si la patología invocada reúne los requisitos, pero su génesis es posterior al divorcio, el reclamo alimentario no podrá encuadrarse en los

términos de este inciso, sin perjuicio de que proceda si se configuran los presupuestos previstos en el inciso siguiente (falta de medios y posibilidad de procurárselos).

El CC consagraba un derecho vitalicio del enfermo, que debía ser cubierto por los sucesores del alimentante, aunque lo calificaba como "*carga de la sucesión*", solución que mereció acertadas críticas, pues las "*cargas*", en sentido estricto, nacen luego de la muerte del causante. Por eso, la nueva disposición es más acertada al decir que la obligación se transmite a los herederos del alimentante fallecido. En consecuencia, no obstante la separación de hecho y el divorcio extinguen la vocación sucesoria del cónyuge (art. 2437 CCyC), si se han fijado alimentos conforme a esta pauta legal, la obligación alimentaria debe ser asumida por los herederos del alimentante.

De esta manera, se mantiene la vieja excepción a la inherencia personal de la obligación alimentaria con fundamento en razones de solidaridad que imponen priorizar la tutela de la persona enferma frente a los derechos patrimoniales de los herederos —siempre, claro está, que la masa sucesoria tuviere bienes suficientes con que responder—.

En cuanto a la forma de cumplimiento, el CCyC no realiza expresas referencias en relación a que los herederos deben prever el modo de cumplir la obligación alimentaria, como sí hacía el CC. En tanto la realidad puede plantear innumerables matices, a falta de acuerdo entre los propios coherederos y el alimentado, el juez deberá resolver en cada caso.

2.2. Alimentos debidos a quien no tiene recursos propios ni posibilidad de procurárselos

Este inciso tiene su antecedente en el art. 209 CC —que se ocupaba de los "*alimentos de extrema necesidad*", los que podían fijarse con independencia de la culpa en el divorcio—, del mismo modo que su fuente reconoce su fundamento en la solidaridad familiar y en la protección al más necesitado.

Quien reclama la fijación de la cuota debe acreditar sus necesidades, sin perjuicio de la presunción sobre lo que resulta elemental para la vida. Además, deben acreditarse las circunstancias concretas que le impiden procurarse recursos para sostenerse, sea en el trabajo que desempeñaba habitualmente, sea en otro quehacer productivo conforme sus condiciones y posibilidades.

La norma brinda las pautas para la determinación del *quantum* de la cuota, remitiendo a la edad y estado de salud de ambos cónyuges; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita los alimentos; y la atribución judicial y fáctica de la vivienda familiar (art. 433, incs. b, c, e, CCyC). Estas pautas tienen el propósito de orientar al juez para la determinación real de la necesidad invocada por el actor y el monto de alimentos que resulta indispensable establecer; por ello la enumeración no es taxativa.

En cuanto a la extensión de la cuota, el carácter restrictivo de la obligación alimentaria con posterioridad al divorcio lleva a que la suma se limite a cubrir las necesidades para la subsistencia; aunque esa subsistencia pueda eventualmente trascender lo estrictamente material, caso que debe ser analizado con criterio riguroso, pues el divorcio pone en marcha proyectos de vida autónomos para cada cónyuge, y el alimentante tendrá que afrontar también nuevos gastos y obligaciones inherentes a la nueva etapa de la vida que emprende.

En tanto que los alimentos postdivorcio constituyen una obligación a favor de alguien con el que no se tiene ya vínculo jurídico alguno, la propia ley excluye el carácter vitalicio

y dispone que son temporarios. Fija como tope máximo la cantidad de años que duró el matrimonio.

Por último, el carácter excepcional del derecho alimentario con posterioridad al divorcio se refleja en la imposibilidad de reclamar alimentos si se ha recibido una compensación económica. Esta figura, tal como ha sido prevista por el CCyC, no se confunde con la prestación alimentaria. Son dos instituciones distintas que tienen una finalidad diferente, distintos caracteres, requisitos de procedencia y formas de cumplimiento. La exclusión planteada por el art. 434 CCyC tiene el propósito de remarcar la visión restrictiva de la prestación alimentaria posterior al divorcio y revalorizar el principio de autosuficiencia antes explicado. Es decir, si existe una situación de desigualdad que puede ser compensada, hay que atender primero a ella; y para el caso que no se den los presupuestos de procedencia de las compensaciones económicas, no hayan sido reclamadas, o haya caducado la posibilidad de solicitarlas (se establece un plazo de seis meses desde la sentencia de divorcio), entonces queda habilitada la vía de la prestación alimentaria.

2.3 Cese de la obligación alimentaria

El art. 434 CCyC reitera las causales de cese de la obligación alimentaria enumeradas en el art. 433 CCyC, que deben analizarse con la especificidad propia que implica el divorcio. Cualquiera sea el supuesto, los alimentos cesan sí:

a. desaparece la causa que la motivó, pues rige plenamente el principio *rebus sic stantibus*;
b. acontece el nuevo matrimonio o unión convivencial del alimentado, ya que el obligado alimentario es el nuevo cónyuge o conviviente; y
c. se configura alguna causal de indignidad en relación con el alimentante, en los términos del art. 2281 CCyC.

Además de las hipótesis enunciadas, la obligación alimentaria postdivorcio cesa por muerte del beneficiario, pues aunque las prestaciones tienen un contenido económico, no se trata de un derecho inherente al patrimonio, sino a la persona de su titular, por lo que su fallecimiento produce la extinción automática del derecho. También cesa por muerte del alimentante para el supuesto contemplado en el inciso b). En el caso de los alimentos de extrema necesidad, dado su carácter temporal, la prestación se extingue por el vencimiento del plazo por el cual fueron fijados.

2.4. Alimentos convenidos

En virtud del principio de autonomía personal que atraviesa todo el sistema de derecho matrimonial, los cónyuges pueden acordar la prestación alimentaria mediante un convenio, sea en el marco del trámite del divorcio (en los términos de los arts. 438 y 439 CCyC), o bien realizado con posterioridad a la sentencia. Estos acuerdos son de gran valor, pues nadie está en mejores condiciones que los propios interesados para determinar su conveniencia y la justicia de la prestación.

El art. 434 CCyC expresamente establece que si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas. Sin embargo, debe realizarse una advertencia: si la situación del alimentado encuadra dentro de alguno de los supuestos excepcionales (enfermedad o necesidad imperiosa), esta prestación no perdería su naturaleza legal, aunque se hubiera acordado la forma de cumplimiento y el monto

de la cuota, siempre podrían ser reclamados judicialmente. En cambio, si la situación del acreedor no respondiese a los casos expresamente previstos por la norma, y los alimentos se hubiesen fijado en ejercicio del libre juego de las decisiones personales, la prestación, sus modificaciones y su eventual extinción deberían regirse por las normas propias de los contratos, sin que resulten aplicables las reglas derivadas de la obligación alimentaria entre cónyuges, que no está prevista para esos casos.

CAPÍTULO 8(*)
Disolución del matrimonio

SECCIÓN 1ª
Causales

ARTÍCULO 435.- ***Causas de disolución del matrimonio.*** *El matrimonio se disuelve por:*

a. *muerte de uno de los cónyuges;*
b. *sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;*
c. *divorcio declarado judicialmente.*

1. Introducción

Se establecen las causas por las cuales el matrimonio queda disuelto, manteniéndose las mismas que en el art. 213 CC, con la salvedad de que se introduce una modificación en el inciso b), referido a la ausencia con presunción de fallecimiento.

Se dispone que la causa de la disolución es la "*sentencia firme*" de ausencia con presunción de fallecimiento, sustituyendo la regulación anterior que establecía que la disolución operaba con el *"matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento"*. Como la declaración de ausencia no disolvía el matrimonio en la regulación anterior, si reaparecía el ausente, los cónyuges seguían casados.

Resultaba una ficción declarar el fallecimiento presunto y mantener el estado de casado, por lo que, en la norma actual, se establece que el efecto inmediato de la sentencia de ausencia es la disolución del vínculo matrimonial.

De este modo, se establece un sistema más simple en el que no se requiere que el cónyuge del declarado ausente contraiga nuevas nupcias para que se produzca el efecto de disolución del matrimonio.

2. Interpretación

La disolución del matrimonio opera cuando el vínculo se extingue por causas que sobrevienen a la celebración. Esto significa que el acto matrimonial existió y produjo todos los efectos jurídicos, pero en un momento, y por las causas taxativamente enumeradas en la ley, el matrimonio se disuelve y dejan de existir los efectos que tenía.

La disolución debe diferenciarse de la nulidad, porque en tal caso no existió un matrimonio válido que se extingue, sino que se constata que jamás hubo vínculo jurídico. Es decir, el matrimonio no nació porque tenía un vicio sustancial. En la nulidad, y como existe un vicio desde el origen, los efectos son *ex tunc* —se retrotraen a la fecha de celebración—; al contrario de lo que ocurre en la disolución del matrimonio, cuyos efectos son *ex nunc*

(*) Comentarios a los arts. 435 a 445 elaborados por Carolina Duprat.

—para el futuro—, aunque obviamente la nulidad del matrimonio también hace recuperar a los cónyuges la aptitud nupcial.

La disolución del matrimonio importa la extinción del contenido de la relación jurídica matrimonial.

2.1. Antecedentes

Cuando se sancionó el Código Civil en 1871, la muerte era la única causa de extinción del vínculo matrimonial. Con la ley 14.394, de 1954, se incluyeron dos causales más: el matrimonio del cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento y el divorcio vincular (por conversión de la sentencia de separación personal). El divorcio regulado por esta ley tuvo muy corta vigencia, ya que fue suspendido en el año 1956. La ley 23.515 introdujo el divorcio vincular en el país, por lo que se incluyó esta causal de disolución de la sociedad conyugal.

2.2. Análisis de los incisos

a. ***muerte de uno de los cónyuges;***

La muerte de uno de los cónyuges produce la cesación *ipso iure* del vínculo matrimonial, aun en el caso en que se produzca durante el trámite del divorcio.

Producida la muerte, cesan todos los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, pero el cónyuge sobreviviente conserva algunos derechos que se generaron durante el matrimonio. Entre ellos, el derecho del viudo o viuda a continuar usando el apellido del cónyuge fallecido mientras no contraiga nuevas nupcias ni constituya unión convivencial (art. 67 CCyC), se mantiene el parentesco por afinidad con los consanguíneos del esposo fallecido que surgió del matrimonio (art. 536 CCyC), por lo que subsiste el impedimento matrimonial (art. 403, inc. c, CCyC). También continúa vigente la obligación alimentaria entre los parientes por afinidad (art. 538 CCyC), así como el derecho de comunicación (art. 555 CCyC). Subsiste la protección establecida respecto de la vivienda (art. 244 CCyC y ss.), aunque el viudo o viuda sea el único beneficiario sobreviviente, sin perjuicio del derecho de habitación viudal (art. 2383 CCyC), siendo este un derecho que nace con la muerte del cónyuge.

También existen otros derechos que nacen o se modifican con la muerte y la consecuente disolución del vínculo matrimonial, tales como: el cambio del estado de familia con relación al vínculo matrimonial, ya que el cónyuge deja de serlo para ostentar el estado de viudo/a —el sobreviviente recupera la aptitud nupcial—. Se actualiza la vocación sucesoria respecto del esposo/a fallecida (art. 2277 y ss., y art. 2337 CCyC), concurriendo al sucesorio como heredero forzoso (arts. 2424, 2433 y ss., 2444 y ss., CCyC), con la consecuente legitimación para ejercer los derechos y acciones que, como heredero forzoso, le corresponden. Se le reconoce al supérstite el derecho de habitación viudal (art. 2383 CCyC). Se presume la filiación matrimonial de los hijos del o la cónyuge nacidos durante el matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la muerte (art. 566 CCyC). En el caso de utilización de técnicas de reproducción asistida, si muere el o la cónyuge de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento, con el supuesto de excepción establecido en el art. 563 CCyC. Asimismo, se

le reconoce el derecho a pensión al sobreviviente, en caso de muerte de una persona jubilada o afiliada en actividad con derecho a jubilación. En caso de que hubiera hijos, se le atribuye al cónyuge sobreviviente el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641, inc. c, CCyC). Se extingue el régimen de comunidad de ganancias, reglamentado en el Código (arts. 475, inc. a, y 476 CCyC).

b. *sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;*

En este inciso se establece que la sentencia que declara la ausencia con presunción de fallecimiento es otra de las causales de disolución del matrimonio.

Esta figura se encuentra actualmente regulada en el art. 85 CCyC, que establece *"La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado.*

El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente".

En cuanto a los efectos que la muerte presunta produce sobre el vínculo matrimonial, el CCyC modifica la regulación anterior, estableciendo que es la sentencia de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento la que produce la disolución del matrimonio, y no el matrimonio que contrajere el cónyuge del ausente. Si el cónyuge ausente reaparece y quiere continuar el vínculo matrimonial, se deberá contraer nuevo matrimonio. Se sigue el criterio del Código Civil español (art. 85); del Código Civil italiano (art. 65); y de la nueva legislación francesa (art. 128.3 CC).

El matrimonio queda disuelto en forma automática con la sentencia de declaración de muerte presunta, sin sujeción a plazo, condición, ni declaración judicial posterior.

c. *divorcio declarado judicialmente.*

La tercera causa de disolución del matrimonio es "*el divorcio declarado judicialmente*".

Si bien ya existía en la regulación del CC, en el texto actual se han realizado algunas modificaciones formales. En efecto, en el art. 213, inc. 3, CC se establecía *"sentencia de divorcio vincular"* (ahora quedó establecido *"divorcio declarado judicialmente");* porque de ese modo se lo diferenciaba de la separación personal que no disolvía el vínculo matrimonial. Como en el CCyC no se regula la separación personal, no existe motivo para aclarar que el divorcio es vincular. El único divorcio que se regula en el CCyC rompe el vínculo matrimonial, por lo que no tiene sentido utilizar la expresión "divorcio vincular".

Sin perjuicio de que en el artículo se establece que la tercera causa de disolución del matrimonio es el *"divorcio declarado judicialmente"*, es importante dejar aclarado que el único divorcio que se recepta en el CCyC es el divorcio judicial, ya que no se ha regulado el divorcio administrativo, conforme se detallará al comentar el artículo respectivo.

SECCIÓN 2ª

Proceso de divorcio

ARTÍCULO 436.- ***Nulidad de la renuncia.*** ***Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.***

1. Introducción

Se establece expresamente la imposibilidad de renunciar a pedir el divorcio. La reforma no introduce modificaciones importantes en esta materia, pero clarifica la redacción del art. 230 CC adecuando los términos al nuevo trámite de divorcio incausado.

2. Interpretación

En nuestro ordenamiento jurídico, el vínculo matrimonial se disuelve y no es posible renunciar a pedir el divorcio. En el caso en que se hubiese realizado un pacto o convenio en ese sentido, el mismo se tiene por no escrito.

La irrenunciabilidad a la facultad de solicitar el divorcio se funda en los principios constitucionales de libertad, autonomía personal (art. 19 CN) y del derecho a casarse (art. 20 CN).

Este artículo se relaciona con el 447 CCyC, que establece que es nula toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto que no sea los expresamente establecidos en el art. 446 CCyC, y que son:

a. la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;
b. la enunciación de las deudas;
c. las donaciones que se hagan entre ellos; y
d. la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en el Código.

Está prohibido realizar convención alguna respecto de la renuncia a divorciarse, y en el caso que se haga, la misma se tendrá por no escrita.

La regulación de este tema es similar a la anterior en cuanto a la sanción de nulidad, pero con algunas modificaciones.

En principio, se suprime la posibilidad de renunciar a solicitar la separación personal —prevista en la regulación anterior— porque no se regula esta figura, sino solo el divorcio vincular.

Se introduce una modificación adicional, estableciendo, en forma concreta, cuál es la consecuencia en caso de que se realice un acuerdo de este tipo: "*el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito*".

En la redacción anterior se establecía la nulidad de la cláusula que "*restrinja*" o "*amplíe*" las causas que dan derecho a solicitar el divorcio. Se suprime en el artículo actual la posibilidad de ampliar las causas, atento a que han dejado de existir las causales de divorcio y se ha regulado un solo tipo de divorcio incausado.

Se recepta el criterio adoptado oportunamente por la CSJN, que rechazó la demanda de los cónyuges actores que impugnaban el art. 230 CC. En el caso, las partes pretendían contraer matrimonio civil pero renunciando al derecho a solicitar el divorcio vincular, es decir, la intención de los futuros cónyuges era acordar que su matrimonio fuera indisoluble. A tal fin, peticionaron que —al contraer matrimonio— se adicione como nota marginal una cláusula que estableciera la indisolubilidad del vínculo matrimonial, fundado en razones religiosas y en el principio de autonomía de la voluntad. Asimismo, pidieron se declare la inconstitucionalidad del art. 230 CC. La CSJN, por mayoría, confirmó la sentencia de las instancias anteriores que rechazaron la petición. Se entendió que *"la voluntad irrevocable de los cónyuges de renunciar a pedir el divorcio vincular queda dentro del marco de libertad*

del fuero interno o de su expresión, sin validez para el ámbito jurídico, pues sería inadmisible que esa voluntad creencia individual se proyectara o expandiera a categoría normativa general en un planteo en el que no se han demostrado vicios de inconstitucionalidad del art. 230 CC".[16]

ARTÍCULO 437.- ***Divorcio. Legitimación.*** ***El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.***

1. Introducción

El divorcio continúa siendo judicial, no se admite el divorcio administrativo que contemplan algunas legislaciones en el derecho comparado. El juez deberá dictar la sentencia a pedido de uno o de ambos cónyuges.

Se regula un solo tipo de divorcio, el incausado. Se suprimen las causas objetivas y subjetivas, y se elimina la figura de la separación personal.

Se suprimen todos los plazos que establecía el CC, tanto el que se fijaba desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento como los plazos de falta de convivencia que habilitaban el pedido de separación y divorcio por la causal objetiva, así como el trámite de la doble audiencia.

2. Interpretación

2.1. Fundamentos constitucionales y sociales

Las razones de los profundos cambios en materia de divorcio se encuentran claramente expresadas en los "Fundamentos del Anteproyecto...": *"… El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el art. 19 de la CN; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del CC por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial.*

El anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los Derechos Humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites.

Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación, la especialidad, entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social".[17]

(16) CSJN, "S., V. E. y F., M. I.", 05/02/1998, en *LL* 1998-C- 653, con nota de María Josefa Méndez Costa y en *LL* 1998-E- 230, con nota de Andrés Gil Domínguez.

(17) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

Se ha seguido la ley española 15/2005, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

A partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional (1994), y 25 años después de dictada la ley 23.515 (1987), las normas que en su momento contemplaban la realidad del país respecto del divorcio quedaron desactualizadas frente a la nueva concepción de la familia.

El eje central de la reforma es el cambio cultural, que se produjo sobre la base de la consagración de los derechos humanos y la incorporación de los instrumentos del derecho internacional que tienen su destinatario principal en la persona. El interés familiar se va desdibujando hacia el interés de los miembros que componen la familia atento a que la misma ha pasado de ser una "institución" a una entidad libremente elegida por sus miembros, cuya base es el afecto. La perdurabilidad de esta realidad afectiva es la que legitima la relación, por lo que es preferible eliminar las trabas para terminar con el matrimonio cuando el mismo ya no se sostiene en base a ese sentimiento.

En virtud del avance de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia, y tomando en cuenta el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia respecto del principio del art. 19 CN, se consagra un sistema de divorcio que respeta la libertad e intimidad de los esposos, donde la injerencia estatal tiene límites precisos.

Las modificaciones tienen por fin lograr un mejor y mayor equilibrio en esta tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, específicamente al momento de la ruptura del matrimonio, para que pueda realizarse de modo pacífico y menos traumático.

2.2. Los cambios respecto de la regulación anterior

El derecho de familia actual se enfrenta a nuevos enfoques, principalmente por los cambios rotundos que ha tenido el matrimonio. A nivel mundial, se advierte la tendencia a garantizar la libertad de cada uno de los esposos, eliminando las causales para acceder al divorcio, lo que se suma a la presencia de nuevas alternativas para la solución de conflictos en materia familiar, con base en el diálogo y acuerdo. Así, se ha puesto en crisis el sistema inculpatorio que mantenía el CC, a partir del cual un sector de la jurisprudencia aplicaba un criterio restrictivo para la admisión de las causas culpables de divorcio.

Respecto de las causales objetivas, y con el fin de adecuar el sistema legal a la realidad de los conflictos matrimoniales, se planteó la inconstitucionalidad de los plazos para configurar la separación de hecho que habilitaba el pedido de separación personal o divorcio vincular, como así también el tiempo mínimo de matrimonio que requerían las normas para el trámite del divorcio remedio por mutuo consentimiento. Se criticó el trámite de la doble audiencia establecido para este tipo de divorcio, cuestionando el papel del juez en su rol de investigador de las causas y de reconciliador de los esposos.

2.2.1. Se deroga la figura de la separación personal

Dos son las causas por las cuales no se ha regulado este tipo de separación. La primera es que, en la actualidad, no existen los motivos que llevaron al legislador a receptar ambas instituciones en el CC. Recordemos que la ley 23.515 introdujo por primera vez el divorcio vincular en la Argentina, y que la regulación de la figura de la separación personal junto con la del divorcio fue para darle el derecho a quienes —por un tema religioso u objeción de conciencia— no quisieran disolver el vínculo matrimonial. El otro motivo es la aplicación del principio de realidad, que ha quedado consagrado en todas las instituciones

reguladas en el CCyC. En la práctica judicial, se advertía que la separación personal era usada casi exclusivamente por quienes no alcanzaban el plazo establecido para pedir el divorcio vincular y no por una objeción de conciencia.

En concordancia con la regulación de un solo tipo de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial, se quita la mención de "*vincular*" y se alude al divorcio a secas. En el CC la palabra "*vincular*" diferenciaba la separación personal del divorcio, ya que la primera no disolvía el vínculo.

2.2.2. Se suprimen las causales subjetivas

En los "Fundamentos.." se expresa: *"Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio".*[18]

Existen numerosas razones que denotan lo pernicioso de la atribución de culpas en un divorcio. Una de ellas es el desgaste emocional que provoca no solo a las partes sino a los hijos y la familia extensa, así como la posibilidad de la escalada del conflicto. También la dificultad probatoria que, en el ámbito de un proceso judicial, tiene el juez para desentrañar los verdaderos motivos del quiebre matrimonial. Y, en este camino, el inconveniente de tener que involucrar a familiares y amigos como testigos de cuestiones íntimas del matrimonio. Por otra parte, y a la luz de estudios interdisciplinarios, se puede afirmar que en general no existe un culpable y un inocente, sino que ambos han contribuido —antes o después, y en menor o mayor medida— a la crisis matrimonial, atento a la complejidad de las relaciones humanas.

La consagración de un divorcio sin atribución de culpas se condice con el respeto y satisfacción de los derechos humanos de los cónyuges y los demás miembros del grupo familiar —entre ellos, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el derecho a la vida familiar de manera pacífica y el derecho de los hijos a mantener relaciones con ambos padres tras la ruptura de la pareja, entre otros—.

Al establecer un divorcio incausado, se hace hincapié en los efectos y no en las causas que llevaron a la ruptura del matrimonio. Esto no quiere decir que se desconozca que existen causas, pero sí que se considera que estas no son relevantes en el plano jurídico. No interesa por qué han llegado al divorcio, sino cómo es la forma de resolver la crisis para el futuro.

2.2.3. Se suprimen todos los plazos

El divorcio puede solicitarse en cualquier tiempo.

2.3. Legitimación para pedir el divorcio

Puede ser pedido por uno o por ambos cónyuges. En este aspecto, se ha receptado el principio de autonomía de la voluntad en su forma más amplia, entendiendo que si uno

(18) "Fundamentos…", en *Proyecto…, op. cit.*

de los esposos no desea continuar con el matrimonio, puede unilateralmente pedir el divorcio.

En los Fundamentos se expresa *"el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio".*[19]

El pedido de divorcio no queda sujeto a ningún condicionamiento, puede pedirse en cualquier momento y en forma conjunta o unilateral, con el único requisito de presentar el convenio o propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio.

ARTÍCULO 438.- ***Requisitos y procedimiento del divorcio.*** *Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.*

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

1. Introducción

Se establece un procedimiento de divorcio muy sencillo, a pedido de uno o de ambos cónyuges, con el único requisito de la presentación de un convenio regulador de los efectos del divorcio o de una propuesta de convenio cuando el pedido es unilateral.

Si ambos están de acuerdo, presentarán directamente el convenio regulador; en caso contrario, deben presentar una propuesta de convenio. Podría ocurrir que acuerden algunos de los temas, pero no otros: en este caso, es posible formular un acuerdo regulador respecto de los temas que han consensuado y una propuesta respecto de los demás. Se prioriza, de este modo, el convenio que realicen directamente los esposos como forma de solucionar los temas que los vinculan luego de la ruptura matrimonial.

(19) "Fundamentos…", en *Proyecto…, op. cit.*

El acuerdo tiene un elevadísimo significado y trascendencia, sobre todo en el ámbito del derecho de familia, ya que son solo las partes implicadas quienes conocen sus verdaderas necesidades, posibilidades y circunstancias. Y toda vez que serán mayormente los hijos y las familias extensas de ambas partes quienes vayan a sufrir las consecuencias del divorcio, será siempre mucho más fácil cumplir con las medidas que las partes implicadas hayan estipulado de mutuo acuerdo, que las impuestas de modo compulsivo por el juez.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales

Se parte de la idea de que la familia continúa a pesar del divorcio y por eso se obliga a las partes a acompañar, junto a la solicitud del divorcio, una propuesta que regule los efectos derivados del mismo. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Se pone énfasis en las nuevas funciones que van a cumplir los excónyuges luego del divorcio.

A través del convenio regulador, se establece un régimen pactado por los cónyuges ante la crisis y ruptura matrimonial. Se trata, pues, de un negocio jurídico de derecho de familia, en el que los cónyuges regulan las consecuencias jurídicas del divorcio.

Se procurará, en principio, que sean las mismas partes las que lleguen a acuerdos sobre todos los temas, pero si esto no ocurriera, un cónyuge deberá hacer una propuesta y el otro podrá ofrecer una propuesta reguladora distinta. Las partes deben acompañar los elementos en que se fundan y el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Ambas propuestas van a ser evaluadas por el juez, quien convocará a los cónyuges a una audiencia.

En definitiva, la negociación jurídica frente a la crisis matrimonial incluirá, además del divorcio, todas las cuestiones vinculadas, tales como el cuidado personal de los hijos por los progenitores, el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente, la atribución del hogar conyugal, los alimentos, la compensación económica, la distribución de los bienes gananciales.

2.2. El rol del abogado y del juez

El rol del abogado no varía respecto del sistema anterior, salvo que con la nueva normativa la falta de acuerdo no obsta a la posibilidad de pedir el divorcio. Por lo tanto, aun en caso de no llegar a consensuar todos los temas, no se podrá utilizar como herramienta de negociación el trámite del divorcio controvertido con la consiguiente obligación alimentaria para el culpable (art. 207 CC), así como tampoco la atribución del hogar ligada a la declaración de inocencia (art. 211 CC), ya que el único divorcio establecido en la nueva legislación es incausado y puede ser pedido por uno solo de los cónyuges. Los abogados deberán utilizar herramientas provenientes de la mediación y la interdisciplina para procurar lograr acuerdos, ya que en lo que se pone especial énfasis en la nueva regulación es en el convenio que puedan libremente realizar los esposos.

También se ha readecuado el rol del juez en el proceso de divorcio. Ya no deberá valorar las causas que llevaron a las partes a divorciarse e intentar reconciliarlas; una función que últimamente, y como consecuencia de los cambios en la familia y el desarrollo de la autonomía de la voluntad, se le hacía muy dificultosa, además de resultar injustificada y violatoria de la intimidad y autonomía de las partes.

Su función ha quedado circunscripta al control de legalidad del pacto o, cuando los cónyuges no hayan acordado, a procurar una conciliación en la audiencia que se fija al respecto, con el fin de que arriben a un acuerdo; en ese caso, lo homologará. Si aun así es imposible que las partes acuerden, la función del juez será resolver las incidencias que planteen.

La posibilidad dada a los jueces de objetar el acuerdo ya estaba prevista (art. 236 CC). Se establecía con carácter excepcional en el caso de que se afecte gravemente el interés de alguno de los cónyuges o el interés familiar.

Queda aclarado, entonces, que la intervención judicial se reduce a la homologación o convalidación de lo acordado por las partes, en total respeto por la autonomía de la voluntad, siempre que el acuerdo no sea lesivo a los intereses de los hijos menores o incapaces, o de uno de los cónyuges.

2.3. Oportunidad procesal de adjuntar la propuesta o el convenio regulador

La oportunidad procesal de acompañar la propuesta de convenio o el convenio regulador es al momento de iniciación del trámite de divorcio, de manera que la presentación de la misma configura un requisito de admisibilidad del pedido de divorcio, ya sea el efectuado de común acuerdo o el pedido unilateralmente.

Podría darse el caso de que los cónyuges se encuentren separados de hecho y hayan solicitado la homologación de un acuerdo respecto de los efectos de esa separación en forma previa a la demanda de divorcio. En tal caso, junto con el pedido de divorcio, podrán ratificar las condiciones del acuerdo suscripto con anterioridad —si es que no ha existido una alteración de las circunstancias y quieren mantener enteramente su contenido—, o bien pueden modificar las cláusulas que consideren convenientes. También en este último caso, y a falta de acuerdo entre los esposos, podrá uno de ellos presentar una propuesta de modificación del acuerdo, la que deberá ponerse en conocimiento del otro cónyuge. En estos casos, debe tenerse por cumplido el requisito de admisibilidad del pedido de divorcio.

2.4. Audiencia

El art. 438 CCyC establece que "*las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia*". Seguidamente, dispone en forma expresa que "*en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio*".

Es decir que la audiencia se convoca con el fin de evaluar el contenido de la o las propuestas, no tratándose de una audiencia de divorcio (como la que se convocaba en virtud del antiguo art. 236 CC), ya que en cualquier caso se va a dictar la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial.

Se readecúa, entonces, en este artículo la función del juez en el proceso de divorcio, quien debe evaluar la propuesta y controlar que no se perjudiquen los intereses del grupo familiar. En consecuencia, deberá conversar con las partes, informarlas y verificar que no se haya incurrido en abuso del derecho ni violado el orden público en la suscripción del convenio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones

pendientes deberán ser resueltas por el juez, de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

2.5. Supuesto de pedido unilateral de divorcio

En el caso que el divorcio sea solicitado por uno de los cónyuges, el mismo deberá presentar la propuesta de acuerdo regulador, teniendo la otra parte la posibilidad de presentar una propuesta distinta. El peticionante debe acompañar los elementos en los que se funda.

Como la norma no especifica los elementos, pueden adjuntarse los que se consideren relevantes, tales como recibos de sueldos del alimentante y comprobantes de los gastos de los hijos en el caso de los alimentos; tasación de los bienes en caso de convenios de liquidación de sociedad conyugal; detalles de deudas; entre otros.

El juez deberá dar traslado de la propuesta a los fines de que preste conformidad o presente otra propuesta de acuerdo. En este último caso, la otra parte también deberá adjuntar los elementos en que se funde.

El magistrado puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros elementos que se estiman pertinentes. Ambas propuestas van a ser evaluadas por el mismo en la audiencia a la que deben concurrir los cónyuges.

La audiencia debe ser convocada en todos los casos con el único y claro objetivo de tratar las cuestiones referidas a las propuestas, es decir, a las consecuencias que el divorcio traerá a la familia.

En el caso de que la propuesta haya sido consensuada por las partes, el juez la homologará, salvo que la misma perjudique los intereses de los integrantes del grupo familiar. En este caso, procurará en la audiencia que las partes la modifiquen.

2.6. Supuesto de pedido conjunto de divorcio

En el caso de que ambas partes realicen el pedido de divorcio, podrán acordar todos los temas y presentar conjuntamente el convenio regulador. Esta es la situación deseable: aquella en la que el rol del juez sea únicamente verificar en la audiencia que no se perjudica el interés familiar en ninguna de las cláusulas del convenio.

Pero podría suceder que las partes pidan el divorcio en forma conjunta pero que no acuerden en las consecuencias. En tal caso, podrán adjuntar un convenio de los temas que han consensuado y una propuesta de convenio respecto de los demás temas, o bien presentar cada uno una propuesta diferente, procediéndose del mismo modo que se trató en el punto anterior. Solo cuando no fuera posible el pacto, se deberá dictar una resolución que imponga las medidas que se requieren para cada caso.

SECCIÓN 3ª

Efectos del divorcio

ARTÍCULO 439.- ***Convenio regulador. Contenido.*** *El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos*

fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Fuentes y antecedentes: art. 90 del Código Civil español.

1. Introducción

El principio de autonomía de la voluntad también se ha receptado en este punto, en cuanto a la posibilidad que se le da a los esposos de pactar las consecuencias que el divorcio va a producir en la familia. Se recoge la práctica judicial que indica que, si son las partes las que llegan a un acuerdo, es mayor el porcentaje de cumplimiento o efectividad del compromiso asumido, respecto de aquellos otros que debieron ser resueltos por el juez.

El convenio regulador es un negocio jurídico bilateral en el que los cónyuges establecen las consecuencias jurídicas del divorcio.

Se hace una enumeración ejemplificativa de los temas que pueden incluirse, cuales son "*la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; el ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria...*". Al final del artículo se establece que, además de las enumeradas, pueden incluirse otras cuestiones que sean de interés para las partes.

2. Interpretación

El convenio regulador otorga a las partes la posibilidad de consensuar todos los temas que consideren importantes. La referencia del artículo a "*otras cuestiones*" implica que se trata de temas de carácter enunciativo, lo que consagra el respeto a la autonomía de la voluntad. No se obliga a los cónyuges a incorporar todas las cuestiones; la idea es que tienen libertad para convenirlas. El legislador insta a las partes a llegar a acuerdos, entendiendo que esta es la mejor forma de resolver los efectos del divorcio, pero no podrá obligarlos a pactar cuestiones que ambos no quieren acordar porque no lo desean o porque no han generado conflictos.

Respecto del ejercicio de la responsabilidad parental, los exesposos podrán tomar en cuenta las previsiones reguladas en relación al plan de parentalidad, establecidas por el art. 655 CCyC.

En el convenio regulador podría acordarse la prestación alimentaria en favor del ex cónyuge. En el art. 434 CCyC han quedado establecidos los supuestos en los que proceden los alimentos luego del divorcio, no obstante lo cual, en el último párrafo, se establece que si el convenio regulador se refiere a alimentos, rigen las pautas convenidas. En consecuencia, se priorizan las condiciones que libremente puedan establecer las partes en el convenio. Se los obliga a pensar en las consecuencias que el divorcio va a traer a su familia y a consensuar los distintos temas —principalmente, aquellos relacionados con la responsabilidad parental y los alimentos, cuando existieran hijos—.

La fuente de este artículo es el Código español que, en el art. 90, establece que el convenio regulador "*deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos…*", y enuncia el cuidado de los hijos, el régimen de comunicación de los padres y de los abuelos, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y los alimentos (actualización y garantías de cumplimiento), la liquidación de los bienes

(cuando proceda) y la pensión compensatoria. En cuanto al régimen de comunicación de los abuelos, expresamente previsto en el art. 90, dice: *"b. Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquellos"*. Por lo tanto, sin perjuicio de la obligatoriedad que impone la norma en relación a los extremos mencionados, del modo en que está redactado surge que únicamente va a requerirse el convenio de visitas y comunicación de nietos y abuelos en caso de ser necesarios a los intereses de la familia, y no en todos los casos.

El objetivo de esta norma es establecer el contenido del convenio regulador con el fin de que los exesposos arriben a acuerdos respecto de todos los efectos que el divorcio va a traer aparejado en los miembros de la familia. Si las partes realizan un convenio parcial, acordando algunas cuestiones, y una propuesta de acuerdo respecto a otros, podrá el juez, en audiencia (art. 438 CCyC), intentar que lleguen a una conciliación respecto de estos últimos, así como incorporar otros temas de conflicto, y de esta forma evitar posteriores incidencias.

Este activismo judicial lo es en beneficio del interés familiar y no obstará al dictado de la sentencia de divorcio. Solo tiene el efecto de crear un espacio más de intercambio sobre las consecuencias jurídicas de la ruptura familiar y de evitar el pleito, entendiendo que esta es la vía para pacificar la familia.

ARTÍCULO 440.- ***Eficacia y modificación del convenio regulador.*** *El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.*

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

1. Introducción

A los fines del cumplimiento del convenio regulador, las partes podrán establecer garantías para el real cumplimiento del mismo, o bien el juez podrá exigir al obligado que las preste.

Como el convenio deberá ser homologado, y teniendo en cuenta que, conforme el art. 438 CCyC, el juez puede observarlo si perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, se podrán exigir garantías para el cumplimiento que aseguren los intereses de los excónyuges y los hijos.

Es un principio general del derecho de familia que todo acuerdo es transitorio y modificable según las circunstancias y necesidades. Siguiendo esta línea, el art. 440 CCyC establece que ni el convenio aprobado por el juez, ni las medidas establecidas por este con carácter obligatorio, hacen cosa juzgada y, por lo tanto, pueden ser revisados si las situaciones tenidas en cuenta al momento de su establecimiento han cambiado.

2. Interpretación

2.1. Garantías para el cumplimiento del convenio

Podrán los cónyuges dejar establecido en el convenio regulador cuáles son las garantías para el cumplimiento de las distintas cláusulas del convenio. En el caso de que no lo hubieran realizado, podrá el juez exigirlas al o a los obligados.

Estas garantías podrán ser reales o personales, y tienen el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de lo pactado. Estas pueden ser establecidas para todos los casos, aunque

las más frecuentes serán para asegurar las obligaciones patrimoniales, ya sea el cumplimiento de la obligación alimentaria, la pensión compensatoria o las cuestiones relacionadas a la división de bienes. También podrán establecerse a los fines del cumplimiento del régimen de comunicación o de custodia; en este caso, podría ser mediante el pago de una multa al progenitor que las obstruya. Consagrando el principio de autonomía de la voluntad, serán las mismas partes las que deberán ofrecer las garantías para el cumplimiento, aunque también el juez puede exigirlas o fijarlas como condición para homologar el convenio.

2.2. El cambio en las condiciones del convenio

Queda establecido expresamente que, en caso de modificación de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de formalizar el convenio, o de la sentencia que establezca las consecuencias del divorcio, se podrá modificar el acuerdo.

Como la familia es dinámica, será frecuente el caso en que sea necesaria una modificación de lo oportunamente convenido, como, por ejemplo, una actualización de los alimentos, una cuota extraordinaria frente a una necesidad específica, un cambio en las garantías oportunamente ofrecidas para el cumplimiento de los acuerdos, cambios respecto a la atribución del hogar conyugal, régimen de comunicación de padres e hijos derivado de la mayor edad de los hijos, entre otras.

En virtud de los innumerables casos que pueden darse en la familia, podrán las partes consensuar las nuevas condiciones y pedir la homologación del nuevo acuerdo que realicen. Cuando no lo puedan consensuar, siempre queda abierta la vía incidental para sustanciar el conflicto debido a los cambios en las circunstancias sobre las cuales definieron o acordaron determinados efectos. Las condiciones que habilitan la modificación son:

a. que haya existido, y se acredite fehacientemente, una alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador;
b. que la alteración de las circunstancias sea sustancial, de tal importancia que se estime que, de haber existido las mismas al momento de la suscripción del convenio por las partes o la fijación judicial, se hubieran tomado medidas distintas;
c. que la modificación no sea transitoria, sino que permanezca en el tiempo; y
d. que el cambio de circunstancias no haya sido provocado voluntariamente para obtener una modificación de las medidas adoptadas.

¿Cuáles son los aspectos del convenio regulador que pueden ser modificados?

Si han variado las circunstancias tenidas en cuenta al formularlos, los pactos referidos a la atribución de la vivienda, prestación alimentaria y cuestiones referidas a la responsabilidad parental resultan modificables. Pero, con relación a los pactos referidos a la compensación económica y al convenio de distribución de bienes, es necesario realizar las siguientes previsiones. Conforme el art. 441 CCyC, el cónyuge a quien el divorcio le produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación, y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta compensación económica puede ser acordada entre los esposos en el convenio regulador, tanto su cuantía como la forma de pago (prestación única, una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado).

A los fines de valorar el monto que representa este desequilibrio, los esposos deberán tomar en cuenta las circunstancias establecidas en el art. 442 CCyC, que son el estado patrimonial de cada uno al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; la dedicación que cada uno brindó a la familia y a la crianza de los hijos durante la convivencia, y la que prestará con posterioridad al divorcio; la edad y estado de salud de los cónyuges e hijos; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado. Sin perjuicio de estas bases que se han establecido para la fijación judicial de la compensación económica, son las que tendrán en cuenta los esposos al momento de llegar a un acuerdo respecto al monto y demás condiciones de la compensación económica.

Es así que la misma va a fijarse sobre determinadas circunstancias fáctica y tendrá un monto que, una vez establecido, no resultará modificable, ya que no podrán existir circunstancias sobrevinientes que hagan variar estas cuestiones analizadas a los fines de evaluar el desequilibrio. En otras palabras, producido el desequilibrio luego del divorcio, el mismo será evaluado conforme a las cuestiones particulares que han ocurrido en esa familia y, con base en ello, se fijará el monto y la forma de pago. Estas circunstancias no pueden ser modificadas una vez evaluadas, ya que se refieren principalmente a hechos anteriores a la separación, vinculadas al aspecto económico de la familia. Por este motivo el acuerdo mediante el cual se fija la compensación económica es —repetimos— inmodificable.

Respecto al convenio de bienes, si ambas partes así lo estipulan, se podría modificar o incluir bienes en el acuerdo suscripto. Pero en el supuesto en que no estén de acuerdo y uno de los esposos pretendiera modificarlo, habrá que considerar las circunstancias de cada caso en particular, y el juez resolverá en la incidencia respectiva.

No hay obstáculo para que una de las partes pretenda incluir bienes que no han sido incorporados al acuerdo; pero si pretendiera atacar la validez del convenio regulador suscripto, deberá probar que existió un vicio de la voluntad —como error, dolo, violencia o lesión— o un vicio del acto jurídico —como simulación o fraude—. En cualquier otro caso, los acuerdos suscriptos tienen plena validez.

2.3. Homologación de los acuerdos

Si el convenio no perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar (art. 438 CCyC), será homologado por el juez.

¿Es eficaz un convenio suscripto por las partes pero que no fue presentado para su homologación? La aprobación judicial es un requisito de eficacia del convenio, no de su validez, por lo que el pacto entre los esposos, aunque no se presente ante el juzgado —y, por lo tanto, no sea homologado judicialmente—, tiene la fuerza de obligar a los firmantes al cumplimiento de lo pactado.

En definitiva, se interpreta que, sin perjuicio de que el acuerdo no se haya homologado —y de que, como consecuencia de ello, no tenga el carácter de convenio regulador en los términos del artículo que se viene comentando—, tendrá plena validez como negocio jurídico celebrado entre las partes y resultará eficaz como contrato de carácter consensual y bilateral, aceptado y reconocido por las partes, si concurren consentimiento, objeto y causa, y se realiza en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

ARTÍCULO 441.- ***Compensación económica.*** *El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.*

1. Introducción

Se incorpora al derecho argentino la figura de la compensación económica, de gran desarrollo en el derecho comparado. Alejada del concepto de culpa en el divorcio y cerca de la solidaridad postconyugal, la compensación tiene como objetivo compensar el desequilibrio económico en el que pudo quedar uno de los cónyuges respecto del otro, que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura. Se procura evitar que el divorcio produzca un enriquecimiento de uno de los cónyuges a costa del empobrecimiento del otro.

La norma establece que puede tratarse de una prestación única, de una renta por tiempo determinado, o —excepcionalmente— por tiempo indeterminado. Asimismo, estipula las distintas modalidades del pago de la misma: con dinero, el usufructo de algún bien o de cualquier otro modo que acuerden las partes o resuelva el juez.

La compensación económica constituye una herramienta valiosa para lograr una mayor igualdad real y no solo formal, con base en la protección al cónyuge más vulnerable, para que pueda lograr su independencia económica hacia el futuro y no se vea obligado a recurrir al pedido de alimentos.

2. Interpretación

2.1. Procedencia

La compensación económica no se relaciona con la culpa o inocencia en el divorcio. Tres son las condiciones fácticas que justifican su procedencia:

a. que se produzca un desequilibrio manifiesto de un cónyuge respecto al otro;
b. que tal desequilibrio implique un empeoramiento en la situación del cónyuge que reclama; y
c. que tenga por causa adecuada el matrimonio y su ruptura, a través del divorcio.

Esta figura no resulta una consecuencia necesaria del divorcio, sino que procede solo ante la comprobación de tales presupuestos que pueden derivar de varias y diversas circunstancias, como la colaboración en la actividad lucrativa del otro, la situación patrimonial, la edad, el estado de salud, la labor de educación y crianza de los hijos menores, las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, la cualificación profesional, entre otras.

Sin embargo, nada obsta a que ambos cónyuges la acuerden al tramitar el divorcio, ya que esta figura jurídica admite la fuente convencional, consagrando la autonomía de la voluntad de quienes deciden poner fin a su matrimonio y espontáneamente reconocen la conveniencia de continuar brindando apoyo económico a aquel que se encuentre en peores condiciones.

En los "Fundamentos..." se explica: *"El Anteproyecto recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen*

incausado de divorcio; en efecto, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que, para aminorar un desequilibrio manifiesto los cónyuges acuerden o el juez establezca compensaciones económicas.

Estas compensaciones pueden ser abonadas de diferentes modos: prestación dineraria única; renta por un tiempo determinado o, de manera excepcional, por plazo indeterminado. Por ejemplo, si al momento de contraer nupcias se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y en apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquél de los cónyuges que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos; en este caso, se le fijará una compensación económica que puede asumir distintas modalidades de pago: pensión, cuotas, etc.

Nada impide que los cónyuges convengan su monto y forma de pago, pero, como se trata de un caso de protección legal con fundamento en la solidaridad familiar, ante la falta de acuerdo el juez puede determinar su procedencia y fijar su monto si correspondiere. Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una 'fotografía' del estado patrimonial de cada uno de ellos, y, ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición".[20]

Esta "fotografía" del estado patrimonial de cada uno de los cónyuges no se limita a aquellos bienes que integraron sus patrimonios al inicio y los que lo integran al final, ya que no se trata solo de un análisis cuantitativo. Lo importante es cómo incidió el matrimonio y el posterior divorcio en la potencialidad de cada uno de los cónyuges para su desarrollo económico. Por ejemplo, si durante el matrimonio solo uno de los cónyuges fue quien se capacitó profesionalmente, y el otro fue el encargado de la atención de los hijos y del hogar, posibilitando con esta función el desarrollo económico del otro, podrá solicitar una compensación económica en su favor, ya que el rol desempeñado durante el matrimonio y el posterior divorcio implicaron un desequilibrio económico en su perjuicio.

Este desequilibrio pudo haberse mantenido oculto o compensado durante el matrimonio, pero aflora con el divorcio y no se soluciona con la liquidación de los bienes, independientemente del régimen patrimonial matrimonial que hayan elegido. La comprobación de las circunstancias fácticas será la base tanto para determinar si procede la compensación como para establecer el monto.

2.2. Naturaleza jurídica

Definir la naturaleza jurídica de la compensación económica es relevante ya que de allí se podrán interpretar los requisitos de su procedencia; determinar en qué consiste el menoscabo económico; analizar la caducidad del derecho, el grado de participación de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de renunciar y las facultades del juez en la aprobación de los convenios reguladores sobre la misma.

(20) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

En los "Fundamentos..." se dice: *"Esta figura presenta alguna semejanza con otras instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, o el enriquecimiento sin causa, pero su especificidad exige diferenciarla de ellas. Aunque comparte algunos elementos del esquema alimentario (se fija según las necesidades del beneficiario y los recursos del otro), su finalidad y la forma de cumplimiento es diferente. Se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su asignación".*[21]

Si bien se asemeja a una prestación alimentaria, sobre todo cuando se pacta el pago mediante una renta, la principal diferencia es que los alimentos están destinados a cubrir una necesidad, en cambio la compensación está destinada a evitar un desequilibrio. Además, los alimentos se caracterizan por su mutabilidad.

También se diferencia de la indemnización de daños y perjuicios, ya que en este caso se requiere culpa, siendo la finalidad de la indemnización la reparación integral del daño. En cambio, en la compensación, el fin es la corrección del desequilibrio y no requiere culpa.

Se ha sostenido que se trata de un enriquecimiento sin causa, pero en ese caso debe existir el enriquecimiento de una de las partes y el correlativo empobrecimiento de la otra sin causa que lo justifique —o, de existir causa, ser injusta o ilegítima— y, por último, que no debe existir una acción específica que proteja esta situación. Estos requisitos pueden no existir en el caso de la compensación.

Otros han entendido que la compensación no tiene ninguna naturaleza jurídica porque se trata de una institución nueva, que se rige exclusivamente por las normas que la regulan. También se ha dicho que la naturaleza es mixta, o *sui generis.*

En definitiva, se trata de una figura que se recepta en el derecho argentino con el fin de favorecer la igualdad real de condiciones y oportunidades una vez finalizado el proyecto de vida en común; una figura que, no obstante presenta ciertas similitudes con otras instituciones jurídicas (alimentos, indemnización de daños y perjuicios, restitución por enriquecimiento sin causa), no puede ser asimilada a ninguna en forma total.

Esta herramienta ofrece la posibilidad de facilitar un proyecto de vida autónomo de quienes, hasta el divorcio, mantenían un proyecto común cuyo quiebre generó un desequilibrio patrimonial y de oportunidades para uno de ellos.

Se trata de un valioso mecanismo con perspectiva de género para superar el "estigma" de "ser alimentado", habitualmente asociado a un sistema de distribución de roles rígido, y muchas veces discriminatorio, que impacta mayormente en las mujeres.

2.3. Modos y formas de pago

La compensación económica puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Se puede abonar con dinero, con el usufructo de determinados bienes, o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

(21) "Fundamentos…", en *Proyecto…, op. cit.*

Aplicando los principios de libertad y autonomía, nada impide que los cónyuges acuerden el monto y forma de pago. Es excepcional la fijación de una renta por tiempo indeterminado, ya que el límite temporal tiende a evitar situaciones de injusticia.

ARTÍCULO 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.

1. Introducción

La recepción en nuestro derecho de la compensación económica favorece el principio de autonomía de la voluntad, pues prioriza el acuerdo que pudieran haber realizado los cónyuges en el convenio regulador del divorcio. Ante la falta de acuerdo y el reclamo en tiempo que realice uno de ellos, corresponderá que el juez la fije.

La norma que comentamos brinda pautas orientadoras para determinar la procedencia y el monto de la misma, realizando una enumeración de tipo enunciativa, ya que el juez podrá considerar otras, dependiendo de las particularidades del caso.

Se establece un plazo de caducidad de seis meses desde el dictado de la sentencia de divorcio para solicitar la compensación, vencido el cual no será posible el reclamo.

2. Interpretación

2.1. Pautas para la fijación de la compensación económica

Al especificar la norma la expresión "*entre otras*", queda claro que las circunstancias enumeradas en los seis incisos no son las únicas. Lo importante es que se visualice cuáles han sido los roles desarrollados durante la vida matrimonial, a los fines de determinar —en principio— si procede la fijación de la compensación, y luego, el monto de la misma.

La primera pauta establecida en el art. 442 CCyC es el estado patrimonial de cada uno al inicio y a la finalización de la vida matrimonial. En los "Fundamentos..." se explica

que es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de uno y otro, al inicio y al final, de modo de determinar si existe un desequilibrio y, en tal caso, proceder a su recomposición. Sin embargo, realizando una interpretación integral de la totalidad de las pautas del art. 442 CCyC, es importante puntualizar que "*estado patrimonial*" no es un concepto estático, ya que no se refiere solo a los activos y pasivos que tenían y tienen, sino, fundamentalmente, a la determinación de la capacidad o potencialidad de generar recursos económicos o, incluso, de conservar los activos que pudieran existir.

Como durante el matrimonio existe un deber de asistencia recíproco (art. 431 CCyC), las diferencias patrimoniales podrían haber estado ocultas. Producido el quiebre, se ponen en evidencia, por lo que será necesario compensar el desequilibrio.

Las demás pautas fijadas en el artículo en comentario son la dedicación que cada uno brindó a la familia y a la crianza de los hijos durante la convivencia, y la que prestará con posterioridad al divorcio; la edad y estado de salud de los cónyuges e hijos; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado.

2.2. Caducidad

El artículo establece el plazo de seis meses contados desde el dictado de la sentencia de divorcio para el ejercicio de la acción destinada a la fijación judicial de la compensación económica.

El plazo corto de caducidad tiene su fundamento en que se procura que los cónyuges resuelvan todas las cuestiones patrimoniales que se derivan de la ruptura matrimonial de manera simultánea al divorcio. Además, como el objeto de esta figura es compensar el desequilibrio económico que se produce a causa y como consecuencia del divorcio, es en ese momento en que debe fijarse, y no sirve a estos fines que transcurra un tiempo prolongado desde que se dicte sentencia.

De esta forma se evita el abuso del derecho que podría configurarse si después de años de dictada la sentencia se habilita a los cónyuges para continuar con pleitos relacionados a la situación patrimonial. El CCyC promueve que se solucionen de forma rápida los conflictos postdivorcio.

ARTÍCULO 443.- ***Atribución del uso de la vivienda. Pautas.*** *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.*

1. Introducción

La protección de la vivienda en el CCyC se relaciona a los derechos humanos. Conforme se expresa en los "Fundamentos...": *"El Anteproyecto contiene una protección especial de la vivienda familiar, denominada en algunos artículos hogar familiar, por considerar que se está en presencia de un derecho humano (…) el derecho de acceso a la vivienda es un derecho reconocido en diversos tratados internacionales* [y como tal] *ha merecido un tratamiento especial".*[22]

Se trata de un efecto del divorcio, por lo cual es independiente del régimen patrimonial matrimonial que hayan elegido los cónyuges. Se aplicará tanto en el caso de separación de bienes como de comunidad de ganancias.

Mediante esta norma se establece la posibilidad que uno de los cónyuges pida que se le atribuya la vivienda familiar. Puede tratarse del inmueble propio de cualquiera de los esposos o un bien ganancial. A falta de acuerdo, será el juez quien determine en qué casos procede, el plazo de duración y los efectos, tomando en cuenta las pautas establecidas en la norma, que priorizan a quien se encuentre con mayores necesidades habitacionales. La existencia de hijos incide, pero no es la única pauta que el juez deberá tomar en cuenta.

2. Interpretación

2.1. Concepto

La atribución de la vivienda supone conceder a uno solo de los cónyuges el derecho de usar del inmueble en el cual se desarrolló la vida familiar durante el matrimonio.

A los efectos de decidir cuál de ellos se encuentra en mejores condiciones para la atribución, la norma establece que el juez deberá tomar en cuenta pautas objetivas, relacionadas con la situación de vulnerabilidad o mayor necesidad, dejando de lado toda consideración respecto de la culpa en el divorcio o el género de los esposos, conforme el principio de igualdad.

Como se trata de un derecho de uso —que no alterará la propiedad del inmueble, aunque configura una clara restricción al dominio—, la norma incluye tanto un bien propio como ganancial.

Este derecho de uso se refiere al inmueble que revista la calidad de "vivienda familiar". No se trata de cualquier inmueble, sino el que ha sido sede de la vida de la familia, aunque, en algún caso particular, pueda resolverse excepcionalmente la atribución en otro inmueble que no haya sido usado como sede del matrimonio. Lo relevante es procurar resolver la situación habitacional de la parte más débil, con base en la solidaridad familiar.

2.2. Modalidades

La atribución de la vivienda puede realizarse por acuerdo de cónyuges o, a falta del mismo, puede ser impuesta por el juez.

(22) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

2.2.1. Convencional

Con base en la autonomía de la voluntad, y conforme lo establece el art. 439 CCyC, los cónyuges podrán acordar, en el convenio regulador, a cuál de ellos se le atribuirá el uso de la vivienda familiar.

En principio, serán los propios cónyuges quienes se encuentran en mejores condiciones para acordar el uso de la vivienda, ya que conocen la realidad íntima de su familia. En consecuencia, y salvo que el interés familiar se encuentre seriamente comprometido, el juez deberá homologar el acuerdo que realicen en ese sentido. El convenio podrá incluir el plazo de duración, los efectos de la atribución, el pago de una renta a favor del cónyuge a quien no se le atribuye el inmueble y cualquier otra cuestión relacionada al uso de la vivienda.

Si se modificaran las circunstancias tenidas en cuenta al realizar el convenio, de común acuerdo, podrán también modificarse las pautas referidas a la atribución. Aun a falta de acuerdo, el juez podrá modificarlo —por ejemplo, frente a un cambio en la guarda de los hijos que haga necesario que quien ahora vive con los menores tenga el derecho de uso de la vivienda familiar—.

2.2.2. Judicial

Si los cónyuges no acuerdan, cualquiera podrá pedir que se le atribuya el hogar conyugal. A tal fin el juez deberá evaluar las pautas establecidas en la norma para determinar la procedencia, plazo y efectos. Se trata de un derecho temporal porque implica una restricción al dominio del cónyuge, a quien no se atribuyó el uso. La justificación es la solidaridad que debe existir entre los miembros de la familia, pero este derecho no es vitalicio, sino que el juez deberá evaluar las circunstancias de cada caso para determinar el plazo de duración.

El artículo realiza una enumeración ejemplificativa de las pautas que deberá tener en cuenta al juez, a las que se podrá sumar otras dependiendo de las particularidades de la familia. Las pautas establecidas son:

a. *La persona a quien se le atribuye el cuidado de los hijos;*

La norma no menciona padre o madre y tampoco se establece preferencia en función del género, atento que puede tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo importante es quién desarrolla la función de cuidado de los hijos y el fundamento es la protección de los derechos de estos últimos, así como la consideración de que quien ejerce principalmente el cuidado de los hijos se encuentra con mayores dificultades para proveerse de una vivienda que el otro progenitor. Deberán tenerse en cuenta las circunstancias particulares, tales como la existencia de hijos con capacidad restringida, de hijos de uno de los cónyuges (que no sean hijos comunes que convivan en la vivienda), entre otras.

b. *la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;*

Esta pauta se refiere a la protección al cónyuge más vulnerable, independientemente de que tengan hijos o no. Podría tratarse de un matrimonio de personas de edad avanzada, o con hijos mayores de edad que convivan en la casa, o podría ser que alguno padezca

complicaciones de salud o problemas laborales. El principio de solidaridad familiar impone brindar mayor protección al esposo que se encuentre en posición más desventajosa para procurarse un lugar para vivir, independientemente de las causas. A tal fin, el juez podrá evaluar la situación patrimonial de los esposos, la formación profesional, la capacitación de cada uno, los roles desempeñados durante el matrimonio, si se fijó compensación económica en favor de alguno, o si tiene derecho a alimentos, entre otras cosas.

c. *el estado de salud y edad de los cónyuges;*

Al evaluar la edad y estado de salud de los cónyuges, el juez podrá interiorizarse de las posibilidades que cada uno puede tener para resolver el problema habitacional.

d. *los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.*

Se amplía con esta pauta la posibilidad de análisis de la situación familiar. Se podrá considerar si existen otros parientes que habitan en la casa familiar y la situación de vulnerabilidad de los mismos —podría tratarse de un abuelo anciano, con dificultades económicas o de salud—. De lo que se trata es de ampliar la posibilidad de analizar todas las circunstancias que rodean a la familia cuando el juez debe tomar la decisión de atribuir a uno solo de ellos la vivienda familiar.

ARTÍCULO 444.- ***Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar.*** *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.

1. Introducción

La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, como efecto derivado del divorcio, puede serlo sobre un bien propio o ganancial de alguno de los cónyuges o, incluso, sobre un inmueble que tengan en condominio (art. 443 CCyC).

Quede aclarado que lo que se atribuye, ya sea a través del convenio regulador o por resolución judicial a falta de acuerdo de las partes, es el uso de la vivienda y no su titularidad.

La norma establece cuáles son los efectos que produce la atribución del uso de la vivienda, con fin de hacer efectiva la protección de la vivienda familiar, pero teniendo en cuenta que implica una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario.

Varias son las opciones que se le otorgan al juez a pedido de parte interesada. Podrá establecer una renta compensatoria por el uso. También podrá ordenar que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de las partes, o que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges, no sea partido ni liquidado.

Tratándose de un inmueble alquilado, se podrá disponer que el cónyuge no locatario pueda continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago así como a las garantías. La determinación de cuál es la alternativa que mejor protege al grupo familiar —y, especialmente, a los miembros más vulnerables— dependerá de las circunstancias fácticas. Para que la atribución tenga efectos *erga omnes*, debe ser inscripta en el correspondiente registro de la propiedad.

2. Interpretación

A los fines de garantizar la protección efectiva del cónyuge más vulnerable en cuanto a su derecho de uso de la vivienda familiar, y de compensar la restricción al dominio del cónyuge al que no se le atribuyó la vivienda, el juez podrá:

a. Establecer una renta que quien tiene el uso del inmueble deberá abonar al otro cónyuge. Para la fijación del monto, se deberá tener en cuenta si se trata de un bien propio del cónyuge que percibirá la renta o de un bien ganancial. Asimismo, si en el inmueble habitan hijos con derecho alimentario, deberá tenerse presente esta circunstancia, ya que la vivienda integra la prestación alimentaria que corresponde a los progenitores.

b. A pedido de parte, disponer que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos.

c. Establecer que el inmueble —ganancial o propio en condominio— no sea partido ni liquidado.

d. Toda vez que la protección de la vivienda alquilada está incluida en la nueva regulación, tanto resolver que el cónyuge no locatario continúe en la locación hasta el vencimiento del contrato como dictaminar que se mantenga obligado al pago y también a las garantías que se constituyeron en el contrato.

En la nueva regulación se toman algunas de las consideraciones establecidas en los arts. 211 y 1277 CC.

El art. 211 CC posibilitaba al cónyuge a quien se le atribuyó la vivienda durante el juicio, o que continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, a solicitar que —si no había dado causa a la separación personal— dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio, o si esta se declaraba en los casos previstos en el art. 203 CC y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo.

Este derecho se encontraba supeditado a la declaración de inocencia en el divorcio, a diferencia de la regulación actual en que lo que se protege es la situación de vulnerabilidad, independientemente de la culpa.

En el segundo párrafo del art. 211 CC, y tratándose de un bien propio del cónyuge a quien no se le atribuyó la vivienda, se facultaba al juez a fijar una renta en favor de este por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación.

El art. 1277 CC establecía que era necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales, cuando se trataba de inmuebles. También era

necesario el asentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos en el que estaba radicado el hogar conyugal, si hubiere hijos menores o incapaces.

El CCyC también mantiene la restricción a la enajenación de la vivienda familiar sin la conformidad del otro cónyuge, sea copropietario o no; pero amplía, mejora y brinda claridad a uno de los efectos clásicos del divorcio como es qué sucede con la vivienda familiar y, en especial, quién se queda en ella.

ARTÍCULO 445.- ***Cese.*** *El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa:*

a. *por cumplimiento del plazo fijado por el juez;*
b. *por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;*
c. *por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.*

Remisiones: ver art. 2281 CCyC.

1. Introducción

La atribución del uso de la vivienda establecida judicialmente no puede mantenerse en forma indefinida, ya que se configuraría un abuso de derecho. Si bien el fundamento es la protección del excónyuge más vulnerable, no debe perderse de vista que se está afectando el derecho de propiedad del otro. Por ello, el derecho de uso es transitorio y está relacionado con las circunstancias de casa caso —las que determinaron tanto la procedencia de la atribución como el tiempo de duración—. El art. 445 CCyC establece cuáles son las causas de cese de la misma.

2. Interpretación

El art. 210 CC remitía a las causales de cese del derecho alimentario: el concubinato y las injurias graves contra el alimentante. En estos casos, cesaba la atribución del uso del hogar conyugal.

El art. 445 CCyC establece causales mucho más amplias, dejando librado al criterio judicial el análisis del cambio de circunstancias tenidas en cuenta al momento de su fijación, para que cese la atribución. Así, podría ocurrir que, aun en el caso de que el excónyuge esté unido convivencialmente o se haya casado nuevamente, no se encuentre en condiciones de proveer una vivienda a los hijos menores y persista su necesidad de ser beneficiario de la atribución.

2.1. Cese por cumplimiento del plazo fijado por el juez

Si al momento de dictar la sentencia en la que se otorga la atribución de la vivienda, el juez ha fijado un plazo, el vencimiento del mismo provocará el cese automático de la atribución.

Sin perjuicio de ello, y en el caso de que se mantengan las circunstancias tenidas en cuenta por el juzgador para la atribución, o de que éstas hayan empeorado, podrá el beneficiario solicitar la ampliación del plazo por motivos fundados, y el juez concederlo.

2.2. Cese por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación

Como este derecho está íntimamente ligado a las circunstancias fácticas de cada caso, si estas se modifican, se podrá resolver el cese de la atribución. Por ejemplo, podría darse el caso de que, quien tenga atribuida la vivienda, adquiera un inmueble o se mude de domicilio. El objeto es evitar que se configure una situación de abuso de derecho. Debe tratarse de una modificación relevante que justifique el pretendido cese de la atribución, el que quedará librado a la apreciación judicial.

2.3. Cese por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria

Se realiza una remisión a las causas de indignidad previstas en el art. 2281 CCyC.

Se establece que son indignos de suceder:

a. los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. 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.

Se trata de actos muy graves cometidos en contra del cónyuge —que es titular del inmueble y debe soportar la atribución—, que imponen la cesación del beneficio. De lo contrario, nos encontraríamos frente a una situación abusiva por parte de quien usa la vivienda.

TÍTULO II(*)
Régimen patrimonial del matrimonio

CAPÍTULO 1
Disposiciones generales

SECCIÓN 1ª
Convenciones matrimoniales

ARTÍCULO 446.- *Objeto.* *Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:*

a. *la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;*
b. *la enunciación de las deudas;*
c. *las donaciones que se hagan entre ellos;*
d. *la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.*

Remisiones: ver art. 451 CCyC.

1. Introducción

A lo largo del Título II, del Libro Segundo del CCyC, denominado Relaciones de familia, se estructuran las normas relativas al Régimen patrimonial del matrimonio.

Dividido en tres Capítulos, el Título II establece disposiciones generales a la regulación sistémica del régimen de comunidad y al régimen de separación de bienes.

El contexto histórico —y, fundamentalmente, el sociológico— en el que fuera dictada la prodigiosa codificación ideada por Vélez Sarsfield era bien diverso al presente. Desde entonces, han transcurrido 168 años en los que la organización familiar tradicional —esa familia "*matrimonializada, paternalizada y patrimonializada (dependiente económicamente y en otros aspectos del poder del padre), sacralizada (nacida de formas más o menos solemnes), biologizada (su fin principal es tener hijos), y desigualitaria*"—,[23] ha sido escenario de innumerables modificaciones por efecto de diversos fenómenos que trajeron aparejadas consecuencias que impactaron en el modo de vivir en familia.

Así, la aparición en el mundo jurídico del derecho a la vida íntima y familiar, junto a las garantías que de ellos se derivan; la conceptualización de la familia y el matrimonio como vinculados a la cultura y no a la naturaleza; la adopción de decisiones legislativas para una sociedad plural; el reconocimiento de la secularización del derecho de familia; la prioridad, como verdadera cláusula general en materia de tutela familiar, del valor constitucional de solidaridad; la incorporación del género como noción diferenciada del sexo; la apertura del afecto como concepto jurídico; la pacificación de los conflictos familiares

(*) Comentarios a los arts. 446 a 508 elaborados por Ana Peracca.

(23) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Lineamientos generales del Derecho de Familia en el proyecto", en Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe (dirs.), *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2, Proyecto de CCyC-I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 289.

como valor positivo, entre varios,[24] fueron hechos trascendentes que demandaron cambios estructurales en la regulación del derecho privado diseñada por Vélez.

Estas transformaciones, producidas en el ámbito de las relaciones personales de las familias, tuvieron fuerte impacto en el plano patrimonial. Por ello, la regulación en materia de relaciones económicas entre los cónyuges fue objeto de modificaciones parciales a poco de iniciado el siglo pasado, a través de las leyes 11.357, de derechos civiles de la mujer, y 17.711, que incorporara el sistema de gestión separada en cabeza de cada cónyuge respecto de sus bienes propios y gananciales.

No obstante estas modificaciones legislativas, las características generales del diseño de Vélez respecto del régimen patrimonial del matrimonio no dieron cabida a la autonomía personal de los cónyuges, uno de los paradigmas sobre los que se estructura el nuevo CCyC.

De modo que el gran desafío que tuvieron los redactores del CCyC en materia patrimonial del matrimonio fue dosificar las restricciones impuestas a la libertad personal de los consortes, sobre la base de amparar derechos de trascendencia indiscutible de los miembros del grupo —la solidaridad familiar—, a través de normas indisponibles para los consortes (tales como las reguladas en el art. 455 CCyC y ss., correspondientes al denominado Régimen Primario).

En esa tarea no se perdió de vista que la familia no tiene en sí misma reconocimiento legal superior o distinto al que se atribuye a los miembros que forman parte de ella, de modo que la protección del grupo familiar por parte de los poderes públicos se basa en el reconocimiento de que, dentro de este grupo, se cumplen funciones sociales, al tiempo que tal protección reconoce como sujetos de amparo, no al grupo, sino a los individuos que lo conforman, permitiéndoles obtener la satisfacción de sus derechos.

Los autores del Anteproyecto del CCyC, que fuera la base sobre la cual el Poder Ejecutivo elevara el Proyecto finalmente sancionado bajo ley 26.994, tuvieron a los derechos humanos como hilo conductor habiéndose planteado, como unos de sus grandes objetivos, reconstruir la coherencia entre el sistema de derechos humanos y el derecho privado —provocada por la recepción de la constitucionalización del derecho privado— y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

El diseño de la ingeniería normativa de las relaciones familiares se estructuró, fundamentalmente, sobre la base de tres principios constitucionales: la autonomía de la voluntad (como expresión de la libertad), la igualdad (expresión del trato no discriminatorio, en el art. 402 CCyC) y la responsabilidad (límite de la libertad, en función de la solidaridad familiar, plasmada en el denominado "régimen primario" aplicable cualesquiera fuere el régimen económico por el que los cónyuges optaren para regular sus relaciones económicas, previsto en los arts. 454 al 462 CCyC).

El principal desafío para lograr adecuar el ordenamiento interno a los postulados de derechos humanos contenidos en el bloque constitucional en el ámbito de las relaciones económicas del matrimonio **fue, partiendo del principio de igualdad jurídica de los cónyuges, combinar el influjo de la libertad de cada uno de ellos atendiendo a su dignidad y a los cimientos esenciales de la vida matrimonial, y solidaridad impuesta y redefinida por el bloque constitucional como responsabilidad familiar.** Ello, pues queda claro que

(24) Kemelmajer de Carlucci, Aída R.; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 9 y ss.

los integrantes de la familia no pueden gozar de libertad absoluta o irrestricta por hallarse involucrados los derechos de los demás integrantes del grupo y los de los terceros.

El CCyC modifica sustancialmente el CC, en el que se legislara (de manera incompleta) la comunidad de ganancias como régimen único, legal y forzoso, al tiempo que se dedicara un par de disposiciones al régimen de separación de bienes —al que solo se podía arribar en forma excepcional y mediante declaración judicial—.

Por ello, el CCyC recepta los dos regímenes de mayor aceptación y utilidad en el derecho comparado: la comunidad y la separación de bienes. Mas tal apertura, basada en la libertad, observa ciertos límites, fundados —precisamente— tanto en la protección de los propios cónyuges como en la de terceros: el denominado "régimen primario" (conjunto de reglas aplicables a ambos regímenes).

2. Interpretación

Las convenciones matrimoniales pueden conceptualizarse como el contrato que celebran los cónyuges o los futuros contrayentes, con el fin de regular cuestiones inherentes a sus relaciones económicas, conforme las disposiciones del derecho positivo vigente. En virtud de ello, reconocen diversos objetos.

No son un instituto nuevo: el CC las admitía, aunque con un objeto muy reducido: las donaciones que se efectuaran los futuros esposos y el inventario de los bienes que cada uno llevara al consorcio matrimonial.

Para justificar tal retaceo a la autonomía personal de los cónyuges, en la nota al art. 1217 CC, Vélez expresaba que "*nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y su falta no hace menos felices a los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país (…) La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitamos solo las convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y los intereses de terceros*". Mas los fenómenos sociológicos acaecidos en las últimas décadas, enunciados al iniciar este comentario, obligaron a los legisladores a repensar la razones enunciadas por Vélez, abriendo paso al reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges para determinar libremente su proyecto de vida en común —principio que, en la esfera patrimonial, se admite con limitaciones que encuentran justificación en la solidaridad familiar—.

El CCyC mantiene, como objeto de las convenciones matrimoniales, la posibilidad de designar los bienes que cada uno de los cónyuges aporta al matrimonio, incluyendo la posibilidad de consignar también su avalúo. Tal individualización recaerá sobre bienes no registrables. El objeto de la convención, en este caso, no es otro que preconstituir prueba sobre la propiedad personal respecto de aquellos.

Se conserva también, como lo previera el régimen derogado, la posibilidad de que los futuros esposos se efectúen donaciones condicionadas a la celebración del matrimonio válido, tema que se abordará en detalle en el comentario al art. 451 CCyCy ss.

Por último, se introduce como objeto de las convenciones la posibilidad de que los futuros consortes enuncien las deudas que cada uno lleva al matrimonio para, con ello, evitar que aquellas puedan ser reputadas como obligaciones que pesan sobre ambos consortes (art. 489 CCyC).

ARTÍCULO 447.- ***Nulidad de otros acuerdos.*** *Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor.*

1. Interpretación

El CCyC amplía el objeto de las convenciones matrimoniales, pero mantiene, al igual que el CC, la prohibición de todo pacto o acuerdo en materia patrimonial. Ello, con un objeto diverso a los taxativamente reconocidos en el art. 446 CCyC, de modo que antes de la celebración del matrimonio podrá convenirse:

a. el inventario y la valuación de los bienes que cada cónyuge lleva al matrimonio;
b. las deudas personales de aquellos;
c. las donaciones que entre ellos se hicieren con causa en el matrimonio; y
d. la opción que ejercieren sobre el régimen matrimonial aplicable, esto es, la comunidad de ganancias o separación de bienes.

Al mismo tiempo, no podrán acordarse cuestiones relativas al modo de partir los bienes que integran la comunidad, ni asignar bienes de uso preferente y/o establecer régimen de responsabilidad diverso al regulado, compensaciones económicas, etc.

Con posterioridad a celebradas las nupcias, las convenciones entre los esposos solo podrán tener por objeto la modificación del régimen. Fuera de este contorno legalmente establecido, los cónyuges no pueden realizar ninguna disposición relativa a los bienes. Si lo hicieren, la ley establece que ellas serán de ningún valor.

Cabe aclarar, también, que las cuestiones relativas al modo de asignar los bienes podrán integrar la esfera de decisión de los cónyuges una vez extinguida la comunidad, como se verá al desarrollar la amplia autonomía personal reconocida a los consortes para liquidar la comunidad de gananciales (art. 498 *in fine,* CCyC) y al brindar idéntica pauta para fraccionar el convenio autorregulador en caso de divorcio (art. 439 CCyC). En estos supuestos, cesa la prohibición de acordar cuestiones relativas a los bienes establecida por la norma examinada.

ARTÍCULO 448.- ***Forma.*** *Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.*

1. Interpretación

La convención matrimonial surte efectos a partir del matrimonio y siempre que este no sea anulado: tal, la finalidad de este tipo de acuerdos. Por ello, hasta la celebración del matrimonio, y por aplicación del principio de libertad, los pretensos contrayentes pueden modificar cuantas veces quieran dichas convenciones, siempre que respeten la formalidad que establece la norma: la escritura pública.

En virtud de la trascendencia que el contenido de las convenciones matrimoniales tienen —sean anteriores o posteriores a la celebración del matrimonio—, por cuanto despliegan efectos no solo entre los cónyuges respecto de terceros, el CCyC conserva el recaudo

de mayor formalidad para reconocerle efectos: que sean realizadas y/o modificadas por escritura pública.

La opción de régimen efectuada mediante convención matrimonial producirá efectos respecto de terceros una vez anotada marginalmente en el acta de matrimonio. El CCyC opta por publicitar en el Registro de las Personas, lo cual es lógico por cuanto la elección de régimen abarca una universalidad que contiene tanto diversos bienes registrables —con diferente efecto traslativo según la naturaleza de cada uno— como cosas y derechos no registrables, créditos y derechos inmateriales, por lo cual dicho Registro aparece como el único capaz de concentrar la información y publicidad de ella.

La inscripción de la escritura en la que consta la opción del régimen patrimonial aplicable al matrimonio no tiene carácter constitutivo ni perfecciona el acuerdo de los cónyuges, que es completo y perfecto desde que otorgan la escritura pública.

En el caso de que la convención sea previa a la celebración del matrimonio, el notario autorizante no tendrá obligación legal de inscribirla —es de cumplimiento imposible al momento del otorgamiento—, al hallarse condicionada a la celebración de las nupcias. Son los cónyuges quienes tendrán la carga de su registración. Si no lo hicieren, frente a terceros, estarán sujetos al régimen legal supletorio: de comunidad.

Debe tenerse presente que el CCyC, al igual que el anterior, prevé el supuesto de convenciones matrimoniales que podrían haber sido celebradas en el extranjero. Con ciertas modificaciones y ampliaciones, el último Título del CCyC, sobre "Disposiciones de derecho internacional privado", refiere específicamente a los efectos patrimoniales del matrimonio (art. 2621 CCyC y ss.) y establece que aquellas se rigen por el primer domicilio conyugal, y las posteriores a su celebración, por el del domicilio al momento de dicha celebración. En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges puedan hacer constar en instrumento público su opción por aplicar el derecho argentino, siempre que ello no afecte derechos de terceros (art. 2625 CCyC).

ARTÍCULO 449.- ***Modificación de régimen.*** *Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.*

Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron.

1. Introducción

El reconocimiento de la autonomía personal de los consortes en el ámbito patrimonial se materializa en diversas disposiciones. Pero **el cambio más trascendental que el CCyC consagra en este ámbito es la opción que los cónyuges pueden realizar por el régimen de separación de bienes,** suscribiendo convención matrimonial.

No ejercida tal opción, los esposos quedan sometidos al sistema de comunidad, siendo este el régimen legal de aplicación supletoria.

Se recepta así un clamor casi unánime en la doctrina hacia una apertura o mayor flexibilidad del régimen de bienes en el matrimonio al permitir que los cónyuges puedan optar, al menos, por dos sistemas: el de comunidad y el de separación de bienes.

Esta norma no es una decisión aislada, sino que se enlaza con diversas reglas del CCyC receptivas de la autonomía personal, tales como el régimen de flexibilización del divorcio, que prioriza la decisión de los cónyuges en cómo autocomponer los efectos derivados de la ruptura matrimonial a través de la figura del convenio regulador —permitiendo que los cónyuges acuerden el monto y la forma de pago de las compensaciones económicas, lo que procura evitar que la ruptura del matrimonio sea causa de enriquecimiento o empobrecimiento económico de uno de los cónyuges a costa del otro—; y la probabilidad de acordar las reglas de administración y disposición de los bienes gananciales durante el periodo de indivisión postcomunitaria, esto es, cuando ha cesado la comunidad de ganancias pero aún no se ha producido la asignación individual de los bienes que la componían, entre varios ejemplos.

Se recoge, además del principio de autonomía, el de pluralidad, a través del reconocimiento jurídico de las distintas realidades socioeconómicas presentes en la diversidad de formas familiares existentes en nuestro territorio, que requerían admitir, al menos, una segunda modalidad de regular las relaciones de orden patrimonial surgidas entre los esposos a partir de la celebración del matrimonio, desterrando el régimen único, forzoso e inmutable, para abrir paso a la posibilidad de elegir entre la comunidad de ganancias y la separación de bienes.

Con la redacción actual del Código, el derecho argentino abandona el sistema legal único y forzoso que gobernara las relaciones económicas conyugales, y que se mantuvo prácticamente incólume hasta el siglo XXI, y se abre paso al reconocimiento de la autonomía personal de los consortes como bastión indiscutible, **adscribiendo al sistema de mutabilidad de régimen patrimonial imperante en la región** (salvo Bolivia, que mantiene un único régimen legal, por tanto forzoso).

2. Interpretación

La elección del régimen patrimonial efectuada antes de la celebración del matrimonio, o con posterioridad a aquella, es susceptible de ser modificada sujetándose a una serie de formalidades necesarias para dotar de eficacia al cambio sin desatender los derechos de terceros.

En primer lugar, debe tratarse de una decisión conjunta, asumida por ambos cónyuges mayores de edad. La imposición de este recaudo deviene de toda lógica, por cuanto no existen razones para imponer a uno de los consortes el deseo del otro de mutar de régimen económico.

Luego, se establece un recaudo temporal: que haya transcurrido un año en el que se haya mantenido un régimen. Este plazo debe computarse desde formalizada la escritura, no desde su inscripción marginal, pues es al momento de suscribir aquella que los cónyuges han expresado su voluntad de modificación. El tercer requisito alude a la inscripción en el acta matrimonial para que el cambio surta efectos ante terceros.

De tal manera, el CCyC consagra la posibilidad de efectuar la elección del régimen que regirá las relaciones económicas de los cónyuges (entre los regímenes admitidos: comunidad o separación), con carácter previo a la celebración del matrimonio y también con posterioridad.

No se limita la cantidad de cambios de régimen, aunque resulta poco probable que anualmente los matrimonios modifiquen las reglas que gobiernan sus cuestiones patrimoniales.

Por otra parte, **nada obsta a que los integrantes de matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC, sometidos al régimen de comunidad por tener aquel carácter de único, legal y forzoso, puedan hacer uso del derecho a mutar de régimen,** suscribiendo una convención en la que acuerden someterse al régimen de separación de bienes, siempre que satisfagan los recaudos aludidos (antigüedad temporal y mediante escritura pública). El cambio de régimen no requiere homologación ni autorización judicial alguna.

En el caso de que **los cónyuges opten por abandonar el régimen de comunidad de gananciales para sujetarse al régimen de separación de bienes, se producirá la extinción de aquel (art. 475, inc. e, CCyC), que deberá liquidarse y partirse** (conf. art. 496 CCyC y ss.).

Y, reconociendo el Código, durante el periodo de indivisión postcomunitaria, la autonomía personal de los cónyuges, estos podrán acordar, además de la opción por el régimen de separación, las reglas de administración y disposición de los bienes gananciales e, incluso, prever su adjudicación sin necesidad de homologación alguna. De tal modo, ingresarán como bienes personales al nuevo régimen de separación, dado que la extinción de la comunidad no implica la liquidación del régimen patrimonial —que subsiste, ahora bajo otra modalidad—.

Cuando la situación sea a la inversa —es decir, se pase del sistema de separación de bienes al de comunidad—, los acuerdos complementarios no serán necesarios, pues la separación de bienes no habrá generado comunidad de bienes, y los bienes personales que cada cónyuge tenga se considerarán propios a partir de la entrada en vigencia del régimen de comunidad de ganancias por el que optaron.

La opción por cualquier régimen siempre se sujetará a las disposiciones del denominado "régimen primario" (arts. 454 a 462 CCyC: régimen de deudas y obligaciones solidarias de los cónyuges, restricciones al poder dispositivo respecto de la vivienda familiar y los enseres que la componen, etc.).

Para dotar de eficacia la modificación del régimen frente a terceros, deberá procederse a la anotación marginal en el acta de matrimonio de la escritura en la que conste tal expresión de voluntad. Entretanto, los terceros que se pudieran ver perjudicados por el cambio de régimen económico cuentan con el derecho a peticionar la declaración judicial de inoponibilidad dentro del término de un año computado desde la inscripción marginal de la opción (art. 449 CCyC).

ARTÍCULO 450.- ***Personas menores de edad.*** ***Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d).***

1. Introducción

El CCyC mantiene un trato diferencial respecto de las personas menores de edad en pos de su protección. Así pese a haber alcanzado la emancipación por la celebración del matrimonio, se encuentran inhabilitadas para hacer donaciones por convención matrimonial y para optar por el régimen de separación de bienes.

Esta postura se condice con el reconocimiento del principio de especialidad que gira en torno a los derechos de niños, niñas y adolescentes —por el cual se considera que no son iguales a los adultos sino que, en su carácter de personas en desarrollo, deben tener una protección especial (art. 75, inc. 23, CN)—. Tal amparo se materializa a través de innumerables reglas contenidas en el CCyC y, en materia matrimonial, a través de las limitaciones establecidas por la norma anotada.

2. Interpretación

La donación es un típico contrato gratuito en el que un bien sale del patrimonio de una persona, provocando su empobrecimiento con base en una decisión altruista, de modo que no tiene contraprestación.

En el caso de la restricción de la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes, sistema menos solidario que el de comunidad, el Código contempla el mejor interés del menor: es necesario que cuente con plena capacidad para afrontar una decisión compleja que tiene un impacto directo en la esfera patrimonial del matrimonio.

A través de la norma glosada, se trata de diferir dos decisiones de fuerte impacto y relevancia en la esfera económica matrimonial, hasta que los contrayentes adquieran plena madurez para efectuar este tipo acuerdos. Así, **los menores de edad casados quedarán sometidos al régimen legal supletorio de comunidad hasta alcanzar la mayoría de edad** y satisfacer el recaudo de que haya transcurrido, al menos, un año de vigencia de aquel régimen, para luego estar en condiciones de acceder al régimen de separación de bienes mediante convención matrimonial.

SECCIÓN 2ª

Donaciones por razón de matrimonio

ARTÍCULO 451.- ***Normas aplicables.*** *Las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación. Sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra.*

Interpretación

En esta Sección se establecen, como a lo largo de todo el texto del CCyC, en forma integral y ordenada, las reglas aplicables a las donaciones por razón, o con causa, de la celebración del matrimonio, efectuadas por terceros o por los cónyuges entre sí.

Se establecen dos requisitos para su validez: que se instrumenten mediante convención matrimonial (y, como consecuencia de ello, mediante escritura pública) y que se celebre matrimonio válido (arts. 451 y 452 CCyC); y se determina que, a tales actos, serán aplicables las reglas propias del contrato de donación.

Las donaciones efectuadas mediante convención matrimonial solo tendrán efecto si aquel se celebra, por tratarse de una **donación sujeta a condición resolutoria**; caso contrario, podrá solicitarse la restitución de los bienes o erogaciones realizadas. Por ello, se impone distinguir tales donaciones de los simples obsequios o presentes de uso que se inspiran en sentimientos (típico supuesto de las primeras podría constituirlo un ajuar de enseres para la pareja; obsequios de uso podrían ser los bienes que los novios se entregan por cumpleaños, aniversarios, pero que no involucran la intención de casarse).

Conforme lo dispuesto por el artículo glosado, las primeras quedan resueltas si el matrimonio no se celebra —por ser esta su causa—, mientras que los segundos quedan consolidados sin que pueda demandarse su restitución.

Frente **a la ruptura intempestiva del noviazgo, el CCyC es enfático en disponer el rechazo de los daños y perjuicios derivados de tal hecho**. Esta decisión surge diáfana del art. 401 CCyC, que establece como principio general, en materia de esponsales, que la promesa de matrimonio no es vinculante pero, de manera excepcional y por aplicación de los principios generales recogidos en la parte general del Código, podrá generar efectos jurídicos en el caso de que se acredite enriquecimiento sin causa o resulte factible la restitución de donaciones.

ARTÍCULO 452.- ***Condición implícita.*** ***Las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido.***

Interpretación

El CCyC establece, para el caso de las donaciones efectuadas en razón del matrimonio una condición resolutoria: su celebración válida, sin distinguir quién fuere el donante —un tercero o los futuros cónyuges—, de modo que si el matrimonio no se celebra, las donaciones deben ser restituidas.

En cambio, si el matrimonio se celebra pero luego se declara su nulidad, variarán las soluciones dependiendo de la buena o mala fe de los cónyuges conforme las previsiones del art. 424 CCyC y ss.

Si ambos cónyuges son de buena fe, el matrimonio producirá todos los efectos de un matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad (art. 428 CCyC), de modo que las donaciones no deberán ser restituidas.

En el caso de que ambos cónyuges fueren de mala fe, el matrimonio no produce efecto alguno (art. 430 CCyC), como consecuencia de ello las donaciones que los futuros cónyuges o terceros hubiesen realizado quedan sin efecto, y sus objetos deben restituirse. Si solo uno de los consortes tuvo buena fe, podrá revocar las donaciones realizadas al cónyuge de mala fe (art. 429, inc. b, CCyC), consolidándose las donaciones efectuadas por terceros al cónyuge de buena fe.

No hay cambios respecto del régimen derogado en las soluciones acordadas en caso de nulidad matrimonial, aunque sí se advierte una mejora sustancial en la formulación gramatical de las reglas, acorde al principio de igualdad.

ARTÍCULO 453.- ***Oferta de donación.*** ***La oferta de donación hecha por terceros a uno de los novios, o a ambos queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año. Se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, si antes no ha sido revocada.***

Interpretación

El CCyC define no solo qué normas se aplican a las donaciones causadas en el matrimonio —las de la donación— y la condición implícita que llevan este tipo de donaciones —la celebración de matrimonio válido—, sino también la solución que se

acuerda a la oferta de donación, es decir, a aquella que representa una promesa. La donación se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, si antes no ha sido revocada.

La oferta de donación efectuada por un tercero a favor de uno o ambos novios se presume aceptada desde la celebración del matrimonio, pues cumplida la causa de aquella, se produce la aceptación tácita de la liberalidad.

De otra parte, el CCyC incorpora un término legal para el sostenimiento de la oferta: que el matrimonio no se efectivice dentro del año de realizada aquella. Vencido tal plazo sin que las nupcias se hubiesen celebrado, la promesa queda revocada automáticamente.

Asimismo, el CCyC **incorpora, expresamente, la posibilidad de revocar la oferta de la donación**. Se modifica así la redacción del CC, que impedía tal opción, también expresamente.

Y es que, tratándose de un acto para cuya constitución prima la libertad, se reconoce tal principio también para arrepentirse de tal decisión —promesa u oferta—. De modo que la revocación de la oferta de donación efectuada por terceros a uno o ambos cónyuges puede operar por el vencimiento del plazo legal de sostenimiento sin que se haya celebrado el matrimonio, o bien antes del transcurso de tal periodo de tiempo mediante la voluntad inequívoca expresada por el donante.

SECCIÓN 3ª

Disposiciones comunes a todos los regímenes

ARTÍCULO 454.- ***Aplicación. Inderogabilidad.*** *Las disposiciones de esta Sección se aplican, cualquiera sea el régimen matrimonial, y excepto que se disponga otra cosa en las normas referentes a un régimen específico.*

Son inderogables por convención de los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio, excepto disposición expresa en contrario.

1. Introducción

En esta Sección s**e plasma el principio de solidaridad familiar a través del establecimiento de un conjunto de normas obligatorias, indisponibles para los cónyuges y aplicables con independencia del régimen que regula las relaciones económicas** de los consortes, es decir, sea que estén sometidos al régimen de comunidad o al régimen de separación de bienes.

El matrimonio supone la existencia de lazos de solidaridad y colaboración entre sus integrantes, en aras de asegurar una adecuada tutela hacia el grupo de sujetos que se encuentran unidos en forma directa o indirecta, como fiel realización de los fines que el instituto plantea. El recorte en el espacio de libertad de los cónyuges establecido en el conjunto de normas bajo esta Sección se encuentra plenamente justificado en el interés familiar que prima por sobre cualquier inquietud personal que aquellos pudieran albergar.

Estas disposiciones también se replican en el régimen para las uniones convivenciales (arts. 520 y 521 CCyC), lo que da acabada muestra de que la **protección a la familia, en el CCyC, responde a los mandatos constitucionales de amparo de las diversas modalidades de vivir en familia y a la hermenéutica señalada reiteradas veces por la Corte IDH:** *"En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto*

cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo ´tradicional´ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (…) Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar" (…) esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el art. 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del art. 17.1 de dicha Convención (…) El art. 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, el Tribunal ha precisado, respecto al art. 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula 'Protección de la Honra y de la Dignidad', su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás (…) la Corte reitera que el art. 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el art. 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar";[25] pauta argumental reiterada en un caso en el que el demandado ante la Corte IDH era el Estado argentino: *"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".*[26]

2. Interpretación

Como consecuencia de la tarea valorativa emprendida por los codificadores a fin de dosificar la autonomía personal de los consortes (principio de libertad), junto al respeto de los derechos de los demás integrantes del grupo (expresados en el principio de solidaridad-responsabilidad familiar), el CCyC establece un límite claro a través de las disposiciones contenidas en esta Sección, **también denominado "régimen primario",** expresado a través de un **catálogo de derechos y prohibiciones que representan un núcleo duro indisponible para los cónyuges**, y que están dirigidos a la protección y plena realización de los derechos humanos de los integrantes del grupo familiar —e, incluso, de terceros ajenos a él—.

Tales normas son **aplicables a cualquiera de los regímenes reconocidos por el derecho argentino**, comunidad o separación de bienes y, por representar un piso mínimo de protección de la familia, son también aplicables a las uniones convivenciales (art. 520 CCyC).

(25) Corte IDH, "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile" (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/02/2012, párrs. 142, 172, 175, 161, 162 y 169.

(26) Corte IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012, párr. 98.

De esta forma queda claro que, **para el legislador, los derechos y obligaciones allí reconocidos e impuestos deben amparar y comprometer por igual a los diversos modos de vivir en familia**, sean del tipo matrimonial o convivencial.

Como consecuencia de la inderogabilidad de este conjunto de normas, cualquier convenio privado que las contravenga carece de efecto alguno, con la excepción de aquellos casos en los que sea el mismo CCyC el que autorice su realización, como cuando se admite la posibilidad de acordar las normas de gestión durante la indivisión postcomunitaria, siempre que también se hubiera extinguido el vínculo matrimonial , desarrollo que se efectúa al glosar el art. 481 CCyC y ss.

ARTÍCULO 455.- ***Deber de contribución.*** *Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.*

El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

Interpretación

La primera obligación de orden patrimonial impuesta a los integrantes de cualquier matrimonio —y también a los de la unión convivencial— celebrado en la República, se materializa a través de la realización de un conjunto de contribuciones: los aportes necesarios, conforme a sus recursos, para alcanzar el propio sostenimiento, el del hogar y de la descendencia común, un deber que se extiende también respecto de los hijos menores, con capacidad restringida o afectados de discapacidad de uno de los consortes que vivieran en el hogar conyugal. Esta disposición se sustenta en la comunidad de vida que supone el matrimonio: plan vital en el que el primer deber, a no dudarlo, es satisfacer las necesidades de los integrantes de la familia.

La trascendencia de este deber autoriza, frente a su sustracción, al cónyuge a compeler judicialmente el cumplimiento por parte del cónyuge remiso.

Esta regla representa una innovación del CCyC, por cuanto, en el régimen derogado, el deber de contribución no tenía consagración expresa (pese a la referencia implícita que podía extraerse del texto del art. 6° de la ley 11.357).

Asimismo, se enlaza con la previsión que, en la esfera personal, reconoce a los cónyuges el deber de asistencia mediante el cual "*se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación*" (art. 431 CCyC) y a la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental, que establece como regla general que "*ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna*" (art 658, CCyC), comprensiva de la "*satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio*" (art. 659 CCyC).

El deber de contribución de los esposos al sostenimiento del hogar común reconoce una trascendencia superlativa en el proyecto de vida común. Quienes deciden estructurar su familia a través del instituto matrimonial —y aun del convivencial—, lo hacen en base a

un proyecto de vida individual que requiere de la concreción de una serie de actividades que traen aparejados gastos que deben ser soportados por los adultos integrantes de la familia matrimonial.

El recorte a la soberanía económica de los cónyuges encuentra justificación en la solidaridad familiar, en cuanto principio que prima por sobre la libertad de los cónyuges, y se extiende más allá de los vínculos consanguíneos, a los hijos no comunes, como un deber jurídicamente exigible, consagrado explícitamente en el párr. 2 del art. 455 CCyC que comprende la obligación de contribuir a los gastos que insume el sostenimiento de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o incapaces de uno u otro miembro de la pareja que componen el grupo familiar conviviente.

Esta disposición es coherente con el sistema jurídico instaurado por el CCyC, que coloca su centro en la persona humana —y, específicamente, en los vulnerables—. De tal modo, partiendo de los derechos, se confiere respaldo jurídico a quienes, sin tener vínculo biológico —parentesco por consanguinidad— o social —parentesco por afinidad o por adopción—, han construido relaciones socio afectivas.

La realización de aportes por parte de los esposos está dirigida a brindar una adecuada tutela al grupo familiar más próximo (el sostenimiento de los esposos, del hogar conyugal y el de los hijos del matrimonio) cuanto a los hijos de uno de los integrantes de la unión marital, siempre que se observen dos condiciones: que convivan con el matrimonio y que sean menores de edad, con capacidad restringida o incapaces.

Los gastos necesarios para el impulso del núcleo familiar comprenden víveres, vestido, gastos de salud, de vivienda y de servicios, etc., y dependiendo, claro, del nivel de vida de la familia y de la finalidad de la erogación.

La medida del aporte se exige *"en función de los recursos"* de cada cónyuge. El CCyC reconoce expresamente que el trabajo doméstico, en el hogar, es computable como contribución. De esta manera, **se incorpora la perspectiva de género como una categoría de análisis tendiente a corregir la asimetría producida por una práctica (la labor doméstica)** que la sociedad, no la naturaleza, le había asignado, en forma casi excluyente, a las mujeres. El valor político de este reconocimiento es enorme, en la medida en que las tareas y responsabilidades asignadas a cada uno de los sexos son obra de la sociedad, de la cultura y de la costumbre, y no de fuerzas inextricables, por lo que pueden y deben ser transformadas. De esta forma, cualquiera fuere el miembro de la pareja que ejecuta las tareas domésticas, debe ser considerado como contribuyente de la obligación legal de sostenimiento del grupo impuesto por la norma.

Por otra parte y, para asegurar la efectividad de las obligaciones consagradas por la norma, se le reconoce legitimación a cualquiera de los cónyuges para requerir del reticente el cumplimiento del deber; puede, incluso, aplicarse sanciones conminatorias de carácter pecuniario en los términos del art. 804 CCyC. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

ARTÍCULO 456.- ***Actos que requieren asentimiento.*** *Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del*

plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

1. Introducción

La exigencia de la conformidad que debe prestar el cónyuge no enajenante a los efectos de la validez de los actos que pretende llevar adelante su consorte supone una restricción a la libre disposición que cada uno de los integrantes de la pareja tiene de su patrimonio, que encuentra plena justificación en la eficiente protección de bienes absolutamente necesarios para lograr la realización personal de los integrantes del núcleo familiar.

De esta forma, la norma glosada se **integra al catálogo de dispositivos de tutela del derecho humano a la vivienda familiar** (reconocido en el art. 244 CCyC y ss., que establece los mecanismos para la "afectación legal de la vivienda"; 443 CCyC, que consagra las reglas para la atribución de la vivienda frente a la disolución del matrimonio; 522 CCyC, para las uniones convivenciales; 528 CCyC, que regula el derecho de atribución de la vivienda en caso de muerte del conviviente; y 2383, que consagra el derecho real de habitación del cónyuge) al establecer, como principio general, su inejecutabilidad por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio.

Nuevamente, la injerencia estatal que limita la autonomía del cónyuge titular del bien encuentra justificación indiscutible en el principio de solidaridad, colocando a la vivienda familiar —y a los enseres que la componen— en un lugar central por su implicancia para las personas que integran la familia.

La protección jurídica de la vivienda comprende el derecho "**a** la vivienda", que es un derecho fundamental de la persona, nacido de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable suficiente para desarrollar su personalidad, y el derecho "**sobre** la vivienda", que es el ámbito donde se materializa el primero. Existe, entre ambos, una intrínseca relación, aunque la importancia social que tiene la familia impone a veces hacer prevalecer el primero por encima del segundo, haciendo primar el principio de solidaridad por sobre ciertos aspectos e intereses individuales.

El CC contenía una figura tuitiva del hogar familiar que perseguía evitar que una actitud arbitraria del cónyuge titular deje sin techo al resto del grupo familiar (art. 1277 CC). El conflicto entre el interés del cónyuge titular que ostentaba un derecho "sobre" la cosa y la necesidad del no titular que invocaba un derecho "a" la vivienda del grupo se resolvía a favor del segundo, priorizando la circunstancia fáctica de habitación del hogar a la facultad jurídica de libre disponibilidad correspondiente al titular del derecho patrimonial.

El CCyC consagra la protección de la vivienda familiar dentro del denominado "régimen primario", aplicable a cualquier régimen patrimonial del matrimonio, de tal modo tutela la vivienda que reconoce carácter "ganancial", la que es "propia" (hasta aquí, igual que el CC), **al tiempo que ahora también extiende la protección a la vivienda personal de cualquiera de los cónyuges bajo régimen de separación de bienes, y a la vivienda —aun cuando fuere alquilada—.**

Sin embargo, la inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas con posterioridad al matrimonio admite dos excepciones, de carácter restrictivo: las deudas asumidas

conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno de ellos contando con el asentimiento del otro. De esta forma, se completa el sistema tuitivo toda vez que, existiendo el sistema de responsabilidad separada por las deudas en cabeza de cada cónyuge —tanto en la comunidad (art. 467 CCyC), cuanto en el régimen de separación (art. 505 CCyC)—, los acreedores del cónyuge titular de la vivienda podrían agredirla para el cobro de sus créditos, salvo que existiera afectación (conf. el art. 244 CCyC y ss.).

Así, luce de toda lógica que la agresión patrimonial sobre la vivienda familiar solo pueda efectuarse si el consorte no titular también hubiere contraído la deuda y/o en el caso en que hubiere tenido conocimiento de la misma y hubiese prestado su anuencia.

Con la consagración de esta regla, el CCyC ha blindado el sistema de protección de la vivienda familiar, ampliándolo, en cuanto a su objeto y sujetos beneficiarios, y perfeccionándolo, al utilizar la fórmula gramatical *"asentimiento"*, incluyendo cualquier acto de disposición de derechos, dotando de eficacia el mandato constitucional.

2. Interpretación

Como en el CC, el CCyC mantiene la exigencia de la conformidad del cónyuge no titular del bien, a efectos de dotar de validez a los actos que impliquen disponer de los derechos sobre la vivienda familiar. Tal exigencia representa una restricción a la libre disposición que cada uno de los integrantes de la pareja tiene de su patrimonio, que encuentra justificación en la protección de la vivienda familiar y de los enseres indispensables que la componen.

Pero **el CCyC trae una gran innovación al abandonar el criterio diferenciador entre actos de disposición y de administración**, y considera necesario el asentimiento para los actos que impliquen "la disposición de derechos", término comprensivo de todos los derechos reales y personales: venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o actos que impliquen desmembramiento del dominio, y la locación.

Incluye la protección legal a ciertos bienes considerados absolutamente necesarios para lograr la realización personal de la familia —muebles o enseres indispensables—, exigiendo también el asentimiento para trasladarlos de la morada familiar. La cualidad de "indispensable" del mueble que se pretende trasladar estará representada por el carácter necesario y accesorio a la vivienda familiar que aquel constituya para los integrantes de la familia, circunstancia que deberá evaluar el juez en cada caso.

Por otra parte, amplía los beneficiarios de la protección consagrada, al omitir (a diferencia del régimen anterior) la exigencia de que la vivienda familiar se encuentre habitaba por hijos menores o incapaces.

La norma comprende el asentimiento del cónyuge no titular también para las **promesas** de los actos de disposición (boleto de compraventa, conf. art. 470 CCyC). Aun cuando tal previsión legal se encuentre contenida en el Capítulo relativo al régimen de comunidad, resulta razonable que sea aplicada también para los actos de disposición de la vivienda familiar, cualquiera fuere el régimen patrimonial vigente en ese matrimonio. La ausencia del asentimiento requerido trae aparejada la nulidad relativa del negocio concluido sin aquel —vicio que podrá ser saneado por la confirmación del acto o por convalidación judicial (autorizando la disposición del derecho)—.

De esta forma se zanja el debate existente en el CC en torno a las consecuencias que se derivan del acto ejecutado sin contar con la conformidad del no disponente. El artículo vigente elimina cualquier tipo de incertidumbre que de ella pudiera surgir disponiendo, en

ese supuesto, la nulidad del acto y la restitución de los muebles. Ello, sin dudas, redunda en una mayor seguridad hacia la comunidad jurídica toda, al evitar decisiones encontradas por parte de la doctrina jurisprudencial.

La nulidad podrá ser demandada por el cónyuge no disponente dentro del plazo de seis meses de haber tomado conocimiento del acto cuestionado, pero nunca más allá de los seis meses de concluido el régimen matrimonial. Con el establecimiento de un plazo relativamente corto, se dota de certeza los derechos de los terceros contratantes, sin descuidar el derecho del cónyuge no disponente de plantear su oposición al negocio concretado por su consorte.

ARTÍCULO 457.- ***Requisitos del asentimiento.*** *En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.*

1. Introducción

La norma analizada supone, como muchas del CCyC, un enorme acierto de la formulación gramatical empleada, en tanto alude al "*asentimiento*", quedando claro que quien lo presta no resulta parte del negocio jurídico concluido por su consorte. En consecuencia, el cónyuge que da su asentimiento solo brinda su conformidad para la realización del acto, por tanto no puede ser demandado por su inejecución, ni debe responder por las garantías que del acto se desprenden.

Se trata de una limitación a la capacidad de disponer del cónyuge titular del bien, respetuosa de la administración separada consagrada (arts. 469 y 470 CCyC), que reconoce como fundamento la tutela de ciertos bienes considerados esenciales para la existencia del grupo familiar.

El CCyC requiere que el asentimiento verse sobre el acto jurídico en particular y sus elementos constitutivos (precio, plazo y/o forma de pago, garantías, etc.), por lo que el cónyuge asintiente deberá ser informado sobre las particularidades del negocio que se pretende concluir.

2. Interpretación

La norma pone fin a la discusión mantenida bajo el imperio del CC, relativa a la posibilidad de que uno de los cónyuges otorgue asentimiento general anticipado por los actos que habrá de realizar el otro al prohibir tal posibilidad frente al establecimiento de que el asentimiento ha de ser otorgado respecto de cada acto en particular. En la práctica, ello lleva a un resultado positivo: se traduce en una más acabada protección hacia el cónyuge no disponente, quien podrá así formar un juicio propio con la mayor cantidad de elementos posibles que le permitan decidir, de un mejor modo, respecto a la conveniencia de brindar el asentimiento que le es solicitado.

El CCyC omite referir la forma en que debe prestarse el asentimiento, por lo que este podrá efectuarse por instrumento público o privado, verbalmente, o por signos inequívocos, aunque en este último caso se puede plantear el problema de la prueba si el cónyuge que debió prestarlo lo desconociese después.

En conclusión, el asentimiento requerido, tal como en el sistema del CC, se caracteriza por ser unilateral (única parte el cónyuge no titular); no formal (siempre que el negocio

para el cual se otorga también lo sea); especial (no cabe asentimiento anticipado general que cubra todos los actos futuros); revocable (hasta la celebración del negocio para el que fue otorgado), anterior o posterior a la celebración del acto a que se refiere; y sustituible (por vía judicial).

ARTÍCULO 458.- ***Autorización judicial.*** *Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo.*

1. Introducción

Mediante la implementación del asentimiento conyugal para ciertos actos, la legislación pretende lograr una apropiada protección hacia un conjunto de bienes que hacen a la esencia misma del grupo familiar. Sin embargo, en ciertos casos, la aparición de circunstancias externas obstan a su otorgamiento, resultando imposible contar con aquel. Los supuestos previstos por la norma en los que resulte imposible su otorgamiento, no admiten ser extendidos a otros diferentes a los explicitados, ni cuando existe negativa injustificada por parte del cónyuge que debe prestarlo.

2. Interpretación

En primer término, el CCyC incorpora una serie de supuestos objetivos en los que el asentimiento no puede ser prestado: ausencia, incapacidad, o impedimento transitorio para expresar la voluntad del esposo no disponente. Tratándose de situaciones objetivas, el juez limitará su actuación a verificar la existencia de las mismas.

Frente a esas circunstancias excepcionales, el CCyC faculta al titular del bien a requerir autorización judicial supletoria, siempre que la causa de tal ausencia no haya sido la ausencia; incapacidad del consorte no contratante; imposibilidad provisional de este de manifestar su voluntad; o negativa fundada en el mejor interés del grupo familiar. El negocio jurídico ejecutado con la venia judicial resultará oponible al consorte que no hubiese proporcionado la aprobación para su realización, mas no hará nacer obligación de carácter personal en su cabeza.

Diverso escenario se presentará en el caso en el que se niegue el asentimiento en forma injustificada por actuar en contra del interés familiar. La actuación judicial, en este supuesto, será excepcional, y tras advertir la inminencia de la lesión que la negativa del consorte renuente puede generar en el seno familiar, otorgará la autorización para la realización del negocio. Caso contrario, desestimará la petición, al presumirse la legitimidad de las razones por las que el esposo remiso decide no aprobar el negocio jurídico intentado por el otro.

La disposición presenta una fórmula gramatical sustancialmente mejorada respecto del CC, ya que pone el acento en que la única negativa susceptible de ser juzgada como razonable para oponerse a prestar el asentimiento para disponer de la vivienda, o sus enseres, debe ser el interés familiar. A criterio de Mizrahi, este concepto no es otro que el propio interés del sujeto involucrado, dada su invocación legítima, no abusiva, y sin

que interfiera o lesione un legítimo interés de otro integrante, y encuadrada dentro de la regla de la solidaridad. Así, el juez, para dar con el interés personal digno de protección —con el cual se identificará el interés familiar—, tendrá que realizar el balance respectivo teniendo en cuenta la magnitud de los intereses en juego y la vigencia de dos notas de peculiar gravitación en el derecho de familia: la prohibición del abuso del derecho y la solidaridad familiar. El examen propuesto por el autor intenta lograr una humanización del interés familiar, neutralizando la operatividad de dogmas, preconceptos y apreciaciones abstractas, a la par que permite apartarse de la vieja idea de presentar la cuestión en términos de una subordinación unilateral de los intereses individuales a los colectivos, lugar común que envuelve un contrasentido, pues aquellos se definen como límites a los objetivos perseguidos por estos.

La autorización judicial para celebrar válidamente el acto, en los casos de renuencia del consorte no titular del bien, resultará oponible a este, no pudiendo cuestionar su realización. Mas, como en el caso en el que se hubiere prestado el asentimiento voluntariamente, no surgirá obligación personal alguna, por lo que no responderá ante perjuicios o incumplimientos generados por el acto.

ARTÍCULO 459.- ***Mandato entre cónyuges.*** *Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.*

Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

Interpretación

La capacidad contractual de los cónyuges entre sí ha sido regulada en forma diversa por el CCyC, distinguiendo según el régimen patrimonial al que se encuentren sometidos. Así, mientras los sujetos al sistema de separación de bienes gozan de plena autonomía para celebrar cualquier tipo de contratos entre sí, los consortes bajo el régimen de comunidad se encuentran sujetos a una inhabilidad contractual especial (art. 1002 CCyC), razón por la cual razón en el sistema jurídico vigente aquellos **solo podrían** constituir *"sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV"),*[27] que socava, a no dudarlo, la estructura de reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges sobre la que se edifica el CCyC.

No obstante ello, la norma glosada reconoce a los cónyuges (sin distinguir el régimen matrimonial que los rige) la gestión de uno en nombre del otro con las facultades fijadas según el régimen al que estén sometidos. Reconocido este derecho, establece dos prohibiciones de toda lógica.

En primer término, queda expresamente vedado que el objeto del mandato refiera al asentimiento requerido para disponer los derechos sobre la vivienda familiar y/o sobre los enseres que la componen (art. 456 CCyC), puesto que ello tornaría abstractas las disposiciones precedentes que reconocen la facultad de control que se otorga al cónyuge no

(27) Art. 27 de la ley 19.550 (t.o.); Anexo II. 2.14 de la ley 26.994 aprobatoria del CCyC.

disponente, constituyendo una prohibición expresa que se anticipa a cualquier discusión que pudiera llegar a plantearse al respecto.

De otra parte, tampoco pueden acordar la irrevocabilidad del poder y, con ello, cualquier limitación a la facultad de revocar el mandato oportunamente conferido, ya sea que se dirija a impedir en forma absoluta dicha libertad, o bien que tienda a menguar o dificultar su concreción, a través del establecimiento de un conjunto de condiciones que, en la práctica, representen eventuales trabas para dar por terminado el mandato.

Asimismo y, sobre la base de reconocer la confianza que supone el vínculo marital, el CCyC exime a los cónyuges de la obligación derivada del contrato de mandato de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidas (art. 1324, inc. f, CCyC), mas admite la facultad del titular del bien de requerirla de modo expreso. De modo que, si nada dicen los cónyuges, se presume la eximición de tal obligación.

ARTÍCULO 460.- ***Ausencia o impedimento.*** *Si uno de los cónyuges está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro puede ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en el ejercicio de las facultades resultantes del régimen matrimonial, en la extensión fijada por el juez.*

A falta de mandato expreso o de autorización judicial, a los actos otorgados por uno en representación del otro se les aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios, según sea el caso.

1. Introducción

Siguiendo la línea de regular todas las cuestiones relativas al instituto del mandato entre cónyuges, el CCyC dirige sus esfuerzos a resolver todos los conflictos que pueden llegar a presentarse en el campo de las relaciones patrimoniales entre ellos ante la ausencia de uno, o del impedimento transitorio de expresar su voluntad, al tiempo que establece las reglas aplicables ante la falta de mandato expreso o autorización judicial para la concreción de un negocio.

2. Interpretación

La norma analizada regula el supuesto de ausencia o impedimento transitorio, no el caso de ausencia, incapacidad o restricción de la capacidad del cónyuge (arts. 32, 79, 138 CCyC y ss.), casos en los cuales el curador del esposo impedido será quien ejecutará los actos en su nombre.

Aclarado ello, importa señalar que la norma, al igual que el art. 458 CCyC, habilita al cónyuge del ausente, o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, a realizar actos de administración y/o disposición de sus bienes y a requerir autorización judicial para representar a su consorte en las potestades reconocidas por el régimen patrimonial. La decisión judicial cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para acordar, o no, la venia requerida, mas estará siempre orientada a la satisfacción del interés familiar.

Sin perjuicio de la facultad reconocida a los cónyuges para celebrar el contrato de mandato (art. 459 CCyC), y de la posibilidad de obtener tal representación por la vía judicial, puede ocurrir que uno de los cónyuges actúe en nombre del otro sin contar con permiso suficiente para ello, generando hacia terceros de buena fe la apariencia de legitimidad de lo actuado.

Frente a tales supuestos, el CCyC impone distinguir la naturaleza de lo ejecutado. Si lo obrado por el cónyuge hubiere sido con conocimiento de su consorte y sin su oposición,

habiendo podido hacerlo, se aplicarán las normas del mandato tácito (arts. 1319 y 1321 CCyC y ss.); mientras que si un cónyuge hubiese asumido oficiosamente la gestión de un negocio del otro por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizado ni obligado, regirán las normas de la gestión de negocios (art. 1781 CCyC y ss.).

Se trata de una normativa inexistente en el ordenamiento derogado que dota de respuesta a innumerables casos que se dan en la vida diaria del matrimonio.

ARTÍCULO 461.- ***Responsabilidad solidaria.*** *Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455.*

Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

1. Introducción

Los cambios operados en el régimen patrimonial del matrimonio también han incidido en el régimen legal sobre las deudas de los cónyuges, reguladas en los derogados arts. 5° y 6° de la ley 11.357. De este modo, y en primer lugar, esta cuestión ingresa o forma parte del texto civil de fondo, lo cual metodológicamente constituye un acierto.

2. Interpretación

Se mantiene el principio de responsabilidad separada (vigente desde 1926 por imperio de la ley 11.357) por las deudas contraídas por cada cónyuge —reiterado en las normas de la comunidad (art. 467 CCyC) y en el régimen de separación (art. 505 CCyC)—, que encuentra justificación en el tipo de necesidades que atiende.

Consecuente con el deber de contribución establecido en el art. 455 CCyC, esta norma admite como excepción la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes, o de uno de los consortes que fuere menor o con capacidad restringida y que conviviera con el matrimonio.

Tratándose de un supuesto de solidaridad (pasiva) legal, podrá el acreedor exigir al deudor, a su cónyuge o a ambos, simultánea o sucesivamente, la satisfacción de la totalidad de su crédito (art. 833 CCyC). Sin perjuicio, claro, del derecho que le asiste al cónyuge no tomador de la deuda de requerir a quien la contrajo la acción de regreso para obtener la contribución correspondiente (art. 840 CCyC).

La solidaridad pasiva de los cónyuges incorporada por el Código protege los derechos de los acreedores de los consortes asegurando su pago y responde a un criterio de justicia y equidad, ya que extiende la responsabilidad de ambos sobre todo su patrimonio, sin limitaciones.

El catálogo de deudas alcanzadas por la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges (sin perjuicio de quién fuere el tomador de aquellas) se integra con supuestos necesarios para alcanzar los fines del grupo familiar: así, abarca a aquellas que tiendan a afrontar las necesidades ordinarias del hogar, comprendiéndose dentro de ello todo gasto que propenda al sustento y habitación de la familia; y a los gastos empleados

para atender al sostenimiento y la educación de los hijos, de acuerdo a la pauta que surge del art. 455 CCyC.

El Código asume una tesitura más tuitiva para los intereses de los acreedores de deudas generadas para cubrir las necesidades del hogar y la educación de los hijos, imponiéndole una mayor responsabilidad al no contratante —que en el régimen de la ley 11.357 solo respondía con los frutos de sus bienes—, en tanto ahora lo hace solidariamente con su cónyuge y con todo su patrimonio.

Asimismo, concilia adecuadamente los intereses particulares de cada uno de los cónyuges, y el interés del grupo familiar, haciendo primar a este último, mas sin negar aquellos.

ARTÍCULO 462.- ***Cosas muebles no registrables.*** *Los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión.*

En tales casos, el otro cónyuge puede demandar la nulidad dentro del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto y no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

1. Introducción

Como principio general, los actos de administración y disposición llevados a cabo por el consorte que ejerce individualmente la tenencia de bienes muebles a los que la ley no impone su registración, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos.

2. Interpretación

Para dotar de validez a tales actos se requiere: que el cónyuge contratante ejerza la tenencia (no se exige la posesión), que se trate de un negocio a título oneroso (quedando excluidas las disposiciones gratuitas), que intervenga un tercero de buena fe, y que involucre a bienes no registrables.

Las excepciones al principio enunciado descansan sobre la naturaleza de los objetos del negocio, pues si el negocio concertado por un cónyuge involucra muebles no registrables que componen los enseres vitales del grupo familiar y/u objetos cuyo destino sea el uso personal, profesional o laboral del otro cónyuge, aquel podrá demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses que debe computarse desde que fuera conocido el negocio, pero que no podrá extenderse más allá de seis meses de extinguido el régimen patrimonial.

La ley 17.711 incorporó un sistema de control y conformidad del cónyuge no contratante respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables a efectos de garantizar el derecho a la ganancialidad, evitando la extracción de bienes del haber comunitario. Mas no estaban incluidos en este esquema los bienes muebles no registrables, los que podían ser libremente negociados por aquel de los consortes que ejerciera la tenencia.

La norma anotada refuerza la tutela sobre los bienes muebles indispensables para el hogar (prevista en el art. 456 CCyC) incluyendo a los objetos destinados al uso personal de los cónyuges, de su trabajo o profesión, al tiempo que representa un enorme acierto por cuanto dota de protección a una clase de bienes de fácil disposición y difícil control.

Capítulo 1 Disposiciones generales	CC	CCyC
Sección 1ª Convenciones matrimoniales	Régimen único, legal y forzoso: la comunidad	Se amplía el objeto a la **posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes,** con excepción de los menores de edad autorizados para casarse. Se admite la **modificación del régimen legal supletorio** (comunidad).
Sección 2ª Donaciones por razón de matrimonio	Imposibilidad de revocar la donación	Se ofrece protección especial para los menores de edad autorizados a contraer matrimonio: no pueden hacer donaciones. Se realiza una mejora sustancial en la formulación gramatical de las reglas. Se establece la **posibilidad de revocar la oferta de donación.**
Sección 3ª Disposiciones comunes a todos los regímenes	**Regulación inexistente frente a la consagración de un único régimen legal**	**Se establece un catálogo de reglas indisponibles, cualquiera fuere el régimen patrimonial:** a) **deber de contribución** al propio sostenimiento, al del hogar y al de la descendencia; b) **conformidad del cónyuge no contratante (asentimiento) para disponer de los derechos de la vivienda familiar** y de sus enseres; c) **inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas posteriores al** matrimonio. Excepción; d) **responsabilidad separada** de cada cónyuge por deudas; e) **responsabilidad solidaria** por deudas destinadas a satisfacer necesidades del hogar, sostenimiento y/o educación de los hijos.
	Principio de libertad contractual; inhabilidad restringida a los contratos de compraventa y donación, y a aquellos en los que se apliquen las reglas de estos	**Se dispone la inhabilidad contractual especial para contratar entre cónyuges sujetos al régimen de comunidad.** Solo pueden celebrar mandato y sociedades.

CAPÍTULO 2
Régimen de comunidad

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 463.- ***Carácter supletorio.*** *A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 454 al 462 CCyC.

1. Introducción

Una de las grandes modificaciones que introduce el CCyC en materia de régimen de bienes en el matrimonio consiste en la posibilidad de elegir u optar por otro régimen jurídico: separación de bienes. De este modo, se deroga el régimen legal único y forzoso al que la mayoría de la doctrina era conteste en destacar los serios cuestionamientos constitucionales fundados en el principio de libertad y autonomía (art. 19 CN).

Ahora bien, más allá de esta apertura, el CCyC está obligado a expresar cuál es el régimen legal que rige ante la falta o silencio de opción. La disposición en análisis dispone que, ante tal situación, rige el régimen de comunidad, el que hasta ahora era el único régimen aplicable o vigente en el derecho argentino. Sucede que este es el régimen que mejor responde a la idea de "proyecto de vida en común", que es un componente esencial del matrimonio; de allí que el CCyC se inclina por receptar como régimen legal supletorio el que está totalmente instalado en la cultura jurídica nacional y que, además, se condice con la finalidad del matrimonio.

Como es sabido, el régimen de comunidad tiene sus propias reglas —que, salvo excepciones, son de orden público y, por lo tanto, quedan afuera de la voluntad de los cónyuges—. Una de las principales reglas está consignada en la norma en análisis al establecer que la comunidad no puede nacer por decisión o voluntad de los cónyuges —es decir, cuando ellos lo estipulen—, sino cuando lo establece la ley; regla que cede cuando se procede a modificar el régimen al hacer uso de la facultad de opción que incorpora el CCyC.

2. Interpretación

El CCyC ha descartado la libertad de estipulación optando por un sistema de origen legal, con dos regímenes típicos: el de comunidad y el de separación.

En tal sentido, reconoce a los esposos autonomía de la voluntad, estableciendo un sistema convencional no pleno que los habilita a seleccionar antes del matrimonio, y aun después —cumpliendo ciertos recaudos—, por el régimen de bienes al que sujetarán sus relaciones patrimoniales (comunidad o separación).

Asimismo, se establece un marco normativo que operará como régimen supletorio, a falta de opción, que, con mayor precisión, se denomina régimen de comunidad, y mantiene el sistema clásico de la ganancialidad establecido en el CC.

Conforme se expresa en los "Fundamentos del Anteproyecto..." , ello se justifica por ser la comunidad un régimen respetuoso de la igualdad jurídica de los esposos, por resultar el de mayor aceptación en el derecho comparado y por ser el que mejor se adapta a la realidad socioeconómica de las familias en Argentina.

Se trata de un régimen de comunidad restringido a las ganancias, ya que, al igual que el ordenamiento anterior, excluye todos los bienes de los esposos anteriores al matrimonio y los que adquieran después de la celebración por un título que les confiera el carácter de propio (art. 464 CCyC). La masa común se integra con todos los bienes que adquieran los cónyuges a título oneroso después de la celebración del matrimonio.

Lo esencial de este régimen es la formación de una masa común integrada por los bienes gananciales destinada a ser dividida entre los cónyuges, o entre uno de ellos y los herederos del otro, al momento de la disolución de la comunidad.

Este Capítulo se compone de ocho Secciones (1ª: Disposiciones generales; 2ª: Bienes de los cónyuges; 3ª: Deudas de los cónyuges; 4ª: Gestión de bienes de la comunidad; 5ª: Extinción; 6ª: Indivisión postcomunitaria; 7ª: Liquidación; y 8ª: Partición) que sistematizan, de forma integral, las reglas aplicables durante los diversos momentos de la comunidad, régimen legal supletorio aplicable, a falta de opción, por el régimen de separación ejercido mediante convención matrimonial. Entonces, a partir del art. 463 y hasta el art. 504, el CCyC formula, de manera completa, las reglas que gobiernan todos los aspectos atinentes al régimen legal supletorio: la comunidad.

El régimen derogado carecía de esta sistematización, existiendo, incluso, vacíos legales que fueron cubiertos parcialmente por la doctrina, aun cuando generaron soluciones diversas en la jurisprudencia.

De este modo, el CCyC ha diseñado una comunidad de ganancias sobre la base de lo que ya estaba consolidado pero siempre sustancialmente mejorado, como ser: el sistema de gestión, particularmente el régimen de responsabilidad ahora claramente diferenciada; los principios de calificación de bienes; la reformulación del sistema de solidaridad familiar expresado a través del asentimiento conyugal; la protección de la vivienda familiar; y el deber de contribución con las cargas del hogar, entre otros. También trae "algo nuevo" como la regulación de la indivisión postcomunitaria y la posibilidad de extinguir la comunidad para acogerse al régimen de separación. Y algunas modificaciones "no tan nuevas" al receptar soluciones jurisprudenciales adoptadas ante el vacío legal a la luz del derecho constitucional de familia, tal como el sistema de recompensas, su reconocimiento expreso, prueba, monto y valuación.

Se elimina la referencia impropia de "sociedad conyugal", consagrada en el Código Civil (art. 463 CC), y se establece como **régimen patrimonial supletorio**, la comunidad, en el mismo sentido que un importante número de legislaciones —las de Paraguay, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Uruguay, Perú, Méjico, Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Hungría, entre otros países—. Se supera así la cuestionada asimilación del régimen patrimonial a una sociedad tácita entre los esposos, formulada por Vélez Sarsfield.

Tanto la comunidad cuanto el régimen de separación de bienes cuentan con disposiciones comunes, "régimen primario", indisponibles para los cónyuges, relativas al deber de contribución para el sostenimiento del hogar y de los hijos; a la responsabilidad solidaria por las deudas para cubrir tales gastos; y a la necesidad de contar con asentimiento del cónyuge no titular para disponer de la vivienda familiar, entre otras, contenidas en los arts. 454 al 462 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

Por último, el CCyC establece: *"No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el art. 449"*. De tal modo, la autonomía de la voluntad reconocida a los cónyuges se limita a la posibilidad de opción por el régimen patrimonial aplicable mediante convención matrimonial, estando vedado a los esposos convenir pautas temporales de inicio o extinción de la comunidad diversas a las reguladas en el CCyC, más allá de la posibilidad de modificar el régimen tras un año de aplicación del que estuviere vigente, conforme lo autoriza el art. 449 CCyC.

El mayor acierto metodológico del CCyC se materializa a través de la formulación de proposiciones gramaticales claras que no dejan lugar a interpretaciones diversas, que regirán para el régimen de comunidad desde su nacimiento —a través de disposiciones comunes y reglas de calificación de los bienes—, durante su vida —a través de las reglas de gestión, administración y responsabilidad—, una vez extinguida y durante el período desde ocurrida aquella hasta la liquidación y partición de los bienes. Se comprenden todas las contingencias que pueden presentarse en las relaciones económicas de los esposos sujetos al régimen de comunidad.

SECCIÓN 2ª
Bienes de los cónyuges

ARTÍCULO 464.- ***Bienes propios.*** *Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:*

a. *los bienes de los cuales los cónyuges tienen la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad;*

b. *los adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, y excepto la recompensa debida a la comunidad por los cargos soportados por ésta.*

   Los recibidos conjuntamente por herencia, legado o donación se reputan propios por mitades, excepto que el testador o el donante hayan designado partes determinadas.

   No son propios los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, excepto que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes de la iniciación de la comunidad. En caso de que el valor de lo donado exceda de una equitativa remuneración de los servicios recibidos, la comunidad debe recompensa al donatario por el exceso;

c. *los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta.*

   Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario;

d. *los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio;*

e. *los productos de los bienes propios, con excepción de los de las canteras y minas;*

f. *las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado;*

g. *los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación;*

h. *los adquiridos en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella;*

i. *los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico;*

j. *los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella;*

k. *las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición;*

l. *la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, así como la de los bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales;*

m. *las ropas y los objetos de uso personal de uno de los cónyuges, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si son de gran valor y se adquirieron con bienes de ésta; y los necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si fueron adquiridos con bienes gananciales;*

n. *las indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales;*

ñ. *el derecho a jubilación o pensión, y el derecho a alimentos, sin perjuicio del carácter ganancial de las cuotas devengadas durante la comunidad y, en general, todos los derechos inherentes a la persona;*

o. *la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad.*

El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor.

Remisiones: ver art. 466, párr. 2; art. 494 CCyC.

1. Introducción

En este módulo se establecen, mediante una enumeración minuciosa y en una sola norma, los casos de bienes propios, de propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges (art. 464 CCyC). La pormenorizada enumeración efectuada disipa la incertidumbre que surgía de la formulación genérica establecida por el régimen derogado en torno a los bienes propios, al tiempo que se suprime terminología perimida (dote de la mujer)

adoptándose formulaciones gramaticales concretas, claras y accesibles, que no dan lugar a variantes interpretativas.

Se instituye el sistema de calificación única de los bienes —sean propios o gananciales— y se consagran, en forma expresa, diversos casos de recompensas.

También se precisan y enumeran los supuestos en los que los bienes serán gananciales, aspecto central del régimen de comunidad, ya que es sobre estos que los esposos tienen un derecho en expectativa al momento de la extinción (art. 465 CCyC).

Se mejora sustancialmente la fórmula general en materia de ganancialidad, aplicando los criterios de onerosidad, temporalidad, accesión, accesoriedad y subrogación, siempre que no se hallaren comprendidos en los supuestos específicos de bienes propios. Tal como ocurre al tratar los bienes propios, se adscribe a la calificación única de los bienes gananciales junto al reconocimiento de derecho a recompensas en forma expresa, y en los casos en los que resulte aplicable por efecto del principio reconocido en el art. 491 CCyC.

Asimismo, se disipa la posibilidad de que existan bienes de existencia dudosa u origen incierto, reduciendo sensiblemente la litigiosidad que el sistema reformado permitía.

Se mantiene la presunción de ganancialidad de los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad, conjetura que admite prueba en contrario con una formulación sustancialmente mejorada respecto del CC. Asimismo, se distingue el alcance de aquella según involucre a los cónyuges o a terceros, reputando insuficiente la prueba confesional tratándose de estos últimos.

Se regula la modalidad probatoria para acreditar el carácter propio de los bienes adquiridos por subrogación (art. 466 CCyC).

Las reglas de calificación de los bienes de la comunidad reconocen carácter de orden público, de modo que los cónyuges no pueden decidir el carácter del bien por ser facultad privativa de la ley, ajena a la voluntad de aquellos.

Importa señalar que el sistema de calificación de bienes reviste suma importancia por su gravitación sobre diversas cuestiones: las impositivas; la responsabilidad por las deudas de los cónyuges; la determinación de los bienes que habrán de integrar el acervo hereditario en caso de que la comunidad se extinga por muerte; y porque, básicamente, determina sobre qué bienes los esposos tendrán derecho exclusivo de propiedad (propios) y sobre cuáles concurrirán en partes iguales (gananciales), una vez extinguida la comunidad.

El CCyC concentra, en solo dos normas, los supuestos de bienes que habrán de reputarse como propios de cada cónyuge y como gananciales. El diseño del régimen de calificación de bienes propios y gananciales se **estructura sobre la base de diversas reglas**, a las cuales referimos brevemente:

- **Principio de inmutabilidad de masas.** La noción de inmutabilidad de masas refiere a la imposibilidad de modificar la calificación de los bienes, preservando de este modo las masas ante las vicisitudes del régimen. Esta regla goza del carácter de orden público, razón por la cual está vedado a los cónyuges modificar los aspectos que de ella emanan. Asimismo, se integra con dos **principios del derecho civil: el de subrogación**, expresado a través de una construcción jurídica que permite trasladar las características de la cosa subrogada a la subrogante; y el de **accesoriedad**, regla que se enuncia a través de la máxima "*lo accidental tiene el carácter de la sustancia*" (art. 464, inc. k, CCyC).

- **La presunción de ganancialidad** (art. 466 CCyC). Supone, salvo prueba en contrario, que todo bien que no pueda calificarse como propio pertenece a la comunidad. Es una regla de prueba que opera cuando aquella no es susceptible de llevarse a cabo.
- **Naturaleza de la adquisición.** Conforme aquella, los bienes obtenidos a título gratuito son propios, mientras que las adquisiciones onerosas son gananciales, siempre que no se presente un supuesto de conservación del carácter del bien propio (por subrogación, por ejemplo).
- **Criterio temporal.** Determina que los bienes adquiridos antes del principio de la comunidad son propios; y que los adquiridos con posterioridad, gananciales, pues el régimen de calificación nace y proyecta sus efectos desde que se inicia la comunidad, no antes ni extinguida aquella.
- **Teoría del derecho (causa o título) anterior.** Cuando la adquisición de un bien, vigente la comunidad, reconoce un derecho anterior a ella, se reputará propia. Idéntico criterio será aplicable en materia de ganancialidad: esto es, aquel bien ingresado extinguida la comunidad, pero que reconozca causa o título anterior a tal momento, será ganancial. El CCyC supera la referencia a "causa o título anterior", propia del régimen derogado, entendiendo a la "causa" como todo hecho o acto jurídico del cual nace el derecho de adquirir un bien, y al "título" como acto jurídico que cumple con los recaudos legales para adquirir la propiedad sobre un bien.
- **Calificación única.** Como se analizará en los comentarios a los diversos incisos que integran los arts. 464 y 465 CCyC, el Código adhiere al criterio de calificación única de bienes, previendo expresamente diversos supuestos de recompensas (art. 464, incs. b, c, f, j, k, l y m; art. 465, incs. f, n y ñ, CCyC; casos a los que deben sumarse las previsiones del art. 491, párrs. 2 y 3, CCyC). De tal modo se sustrae a la posibilidad de calificación dual de los bienes de los cónyuges.
- **Teoría de las recompensas.** Es consecuencia de la calificación única, y supone el reconocimiento de un crédito a favor de uno de los cónyuges o de la comunidad, con el propósito de restablecer la composición de las masas patrimoniales propias de cada uno —principio de igualdad e inmutabilidad de masas— evitando que el haber propio de cada cónyuge aumente a expensas del común, o disminuya en beneficio de la masa ganancial. Esta teoría cobra virtualidad recién al momento de la disolución de la comunidad.

2. Interpretación

El CCyC supera la fórmula del CC, que aludía a los bienes propios de la mujer como dote —patrón que, además de haberse mantenido sin modificaciones desde 1869, año en que fuera redactado el Código, resultaba absolutamente impropio a la luz de las reformas operadas al matrimonio por efecto de la ley 26.618—.

A efectos de un mejor desarrollo del comentario a la norma, y teniendo presentes las reglas de calificación expuestas, agrupamos a los bienes propios del siguiente modo: aportados por los esposos a la comunidad, sea porque fueron adquiridos antes de aquella (inc. a) o porque el derecho a los mismos nació con anterioridad a aquel (incs. g, h, i, l y o); bienes adquiridos a título gratuito durante la comunidad (inc. b); los obtenidos en reemplazo de un bien propio por subrogación (incs. c, d y e); los incorporados por accesión a cosas o bienes propios (inc. j) y los obtenidos por aplicación del principio de accesoriedad (inc. k).

Asimismo analizamos supuestos novedosos de bienes propios establecidos por el CCyC que, conforme los criterios de calificación aludidos, podrían integrar uno u otro grupo, tales como el régimen aplicable a las crías de ganado (inc. f); los bienes de uso personal (inc. m); las reparaciones por daño físico y consecuencias no patrimoniales (inc. n) y lo concerniente a los derechos de jubilación, pensión o alimentos (inc. ñ).

2.1. Bienes aportados a la comunidad (inc. a)

Aquellos respecto de los cuales los esposos *"tienen la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad"*, que son los bienes propios por antonomasia. El CCyC mantiene el criterio temporal que utilizara Vélez, según el cual la fecha en que ocurre el hecho o el acto que produce la adquisición de un bien determina su carácter propio o ganancial.

2.2. Bienes adquiridos por un derecho anterior a la comunidad (incs. g, h, i, l, o)

Se supera la anterior redacción que aludía a "*causa o título anterior*" optando por la utilización del vocablo "*derecho*" que dota de mayor amplitud al antecedente en el que se basa la aplicación de este criterio de calificación. Asimismo, se suprime el recaudo relativo a que la adquisición hubiese sido "*pagada con bienes de uno de los cónyuges*", lo que generara arduas discusiones en la doctrina. Integran este grupo, por previsión legal expresa:

a. los adquiridos en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella (inc. h);
b. los originariamente propios, que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico (inc. i);
c. la plena propiedad de bienes, cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, así como la de los bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad (inc. l).

En este último supuesto, se reconoce expresamente el derecho de recompensa si, para extinguir el usufructo u otros derechos reales, se hubiesen empleado fondos gananciales.

También deberían incluirse, entre los supuestos de bienes propios por derecho anterior a la comunidad, a los bienes obtenidos por prescripción adquisitiva iniciada antes del matrimonio y culminada después; a los adquiridos bajo condición suspensiva antes del matrimonio y cumplida aquella después de iniciada la comunidad; a los frutos de bienes propios devengados antes del matrimonio; a los obtenidos mediante subasta judicial realizada antes del matrimonio y perfeccionada con posterioridad; a los intereses devengados antes de la comunidad y saldados vigente esta; al bien procurado por pacto de retroventa, etc.

Respecto de los **derechos intelectuales**, cabe precisar que aquellos se componen del derecho moral de autor y de otro de orden patrimonial. Mientras el primero se encuentra fuera del comercio porque atañe a la obra en sí misma, el segundo se refiere al derecho a la reproducción, presentación, exposición y toda otra forma de comercialización de la obra y, como tal, es susceptible de apreciación pecuniaria.

En la parte final del art. 464 CCyC se aclara que "*el derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor*", no un bien propio, calificación coherente con el carácter extramatrimonial de este derecho. El CCyC califica el derecho intelectual patrimonial con-

forme el criterio temporal, esto es, de acuerdo a la fecha de publicación, interpretación o conclusión de la obra y/o registro o patentamiento del invento, marca o diseño. De tal modo, el derecho será propio si la obra se ejecutó, publicó o patentó antes del inicio de la comunidad; y ganancial si ello sucedió durante la vigencia de aquella. Mientras que lo producido por tales derechos intelectuales durante la vigencia de la comunidad será siempre ganancial, sin que interese si provienen de un derecho intelectual propio o ganancial (art. 465, incs. a y d, CCyC). Se pone fin a la discusión que dividiera a la doctrina en torno al carácter del derecho de autor en su faz patrimonial.

En relación al régimen anterior, es auspicioso que el CCyC haya superado la limitada redacción derogada. Así, se encuentran actualmente contenidos en la norma los derechos derivados de la propiedad intelectual (ley 11.723); los modelos y diseños industriales (decreto 6673/1963); las marcas de fábrica, agricultura y comercio (ley 22.362); y las patentes de invención y los modelos de utilidad (ley 24.481).

2.3. Bienes adquiridos durante la comunidad a título gratuito (inc. b)

Quedan comprendidas las adquisiciones por causa de muerte o por acto entre vivos (donación o cualquier otra liberalidad). Estos bienes, junto a los bienes aportados por los cónyuges a la comunidad, son los bienes propios por excelencia.

Si la transmisión del bien a título gratuito fue en forma conjunta a ambos esposos, sin mención a la proporción que a cada uno correspondiese, se los reputa propios por mitades. Aquí se reproduce la solución acordada por el art. 1264 CC.

Se reconoce expresamente el derecho a recompensa si la liberalidad se encuentra sometida a un cargo, resultando acertado compensar a la comunidad por la erogación que beneficiará el patrimonio de solo uno de los esposos.

Luego, se reputan gananciales los bienes recibidos mediante donaciones remuneratorias en favor de uno de los esposos por servicios prestados con posterioridad al inicio de la comunidad, pues las donaciones remuneratorias, efectuadas en compensación de servicios prestados por el donatario, son adquisiciones onerosas equiparables a las ganancias.

Mas, si la porción de la liberalidad excediere de una justa remuneración en base al servicio prestado, se legisla explícitamente el derecho a recompensa a favor del cónyuge beneficiario de la donación, ya que ha de presumirse que el donante lo hizo con la expresa intención de beneficiarlo, más allá del servicio prestado (art. 464, inc. c, párr. 2, CCyC). Se reproducen, con una redacción sensiblemente mejorada, las fórmulas de los arts. 1263, 1265, 1271 y 1274 CC.

2.4. Bienes adquiridos por subrogación (incs. c, d y e)

El art 464, inc. c, párr. 2, CCyC dispone que son propios "*los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta*". Vale recordar que la subrogación importa una institución jurídica, esencialmente relativa al patrimonio considerado, en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados. Su función consiste, para el caso de enajenarse o perderse uno de esos elementos, en trasladar, salvo los intereses de terceros, de pleno derecho o por voluntad de las partes, al bien adquirido en su reemplazo, los derechos que gravaban al bien salido del patrimonio.

El CCyC establece, con una fórmula gramatical sustancialmente mejorada, los dos supuestos mediante los cuales puede transmitirse el carácter de un bien propio al adquirido en su reemplazo a través de la subrogación, esto es, de la permuta o la reinversión total de su precio, al tiempo que zanja la discusión que la doctrina mantuviera en torno a la posibilidad o no de calificación dual del bien adquirido con empleo simultáneo de fondos, interpretación sumamente conflictiva en sus aspectos prácticos.

La norma no distingue los bienes que pueden ser subrogados, de modo que quedan incluidos los bienes muebles o inmuebles.

En el art 464, inc. c, párr. 2, el CCyC dispone que se debe recompensa a la comunidad si la parte reinvertida es menor; si es mayor, el bien se califica como ganancial, con recompensa a favor del cónyuge titular del bien originario. De esta forma, el CCyC altera la regla del principio de subrogación en el sentido de calificar el bien —propio en este caso, aunque se fija idéntico criterio en el caso de subrogación de gananciales— disponiendo de la calificación ganancial de la adquisición con derecho a recompensa a favor del patrimonio propio. Dicho de otro modo: se debe recompensa a la comunidad si la parte reinvertida es menor, mientras que, si es mayor, el bien se califica ganancial con recompensa a favor del cónyuge titular del bien originario. Lo relativo a la prueba de la subrogación de bienes propios tiene consagración expresa en el art. 466, párr. 2, CCyC, a cuyo comentario remitimos.

El desarrollo precedente resulta aplicable también a la previsión del art. 464, inc. d, CCyC, que reputa como propios a los "***créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio***".

Luego, se consagra expresamente el carácter propio de los "***productos de los bienes propios***" (art. 464, inc. e, CCyC), superando la redacción anterior, que les reconociera tal carácter por exclusión, y receptando la solución acordada por la doctrina en forma unánime. Exceptúa de tal regla a los productos de canteras y minas debido el régimen especial que regula la actividad (art. 344, Código de Minería): trátase de otro supuesto de subrogación, por cuanto los minerales extraídos de una mina se asimilan a los frutos naturales o civiles, ya que son el único resultado de la explotación.

Esta norma ha de interpretarse a la luz de la última parte del art. 233 CCyC, que dice: *"Productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia. Los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados"*.

2.5. Bienes incorporados por accesión. Mayor valor. Mejoras (inc. j)

Se les reconoce calidad de propios a los bienes incorporados por accesión así como a las mejoras producidas en aquellos. Ello, sin distinguir si se trata de accesión de bienes inmuebles o muebles (art. 226 CCyC), resultando aplicable a ambos supuestos.

El art. 751 CCyC define a las mejoras como *"el aumento del valor intrínseco de la cosa. Las mejoras pueden ser naturales o artificiales"*. Son artificiales cuando provienen de hechos del hombre (necesarias, útiles y de mero lujo, recreo o suntuarias); mientras que la mejora natural (art. 752 CCyC) puede ocurrir por aluvión o avulsión (arts. 1959 y 1961 CCyC).

A través de esta disposición se modifica el ordenamiento anterior, que reputaba ganancial a la mejora sobre el bien propio cuando esta fuera separable, lo que generara enormes implicancias prácticas respecto de la gestión del bien —y, en particular, respecto del ré-

gimen de responsabilidad por deudas—, toda vez que el bien se desmembraba en su calificación.

El CCyC ratifica, como en todo el texto del articulado sujeto a comentario, el criterio de calificación única, al tiempo que regula expresamente el derecho a recompensa a favor de la comunidad por el valor de las mejoras cuando aquellas se hubiesen efectuado con dinero ganancial. La valuación de la recompensa, en todos los casos, se estimará en el modo establecido en el art. 494 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

2.6. Principio de accesoriedad (inc. k)

Se asigna carácter propio a "*las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propio; así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertidos bienes de ésta para la adquisición*". Esta norma contiene tanto los supuestos de adquisiciones de partes indivisas con empleo sucesivo de fondos propios y gananciales, cuanto el mayor valor adquirido por un bien propio.

La solución adoptada por el CCyC parte de reconocer que la cuota parte (originariamente propia) no constituye el objeto de la relación jurídica que determina el condominio, sino que constituye la medida de un derecho que, precisamente por ser indiviso entre los restantes condóminos, se ejerce sobre la totalidad de la cosa con las limitaciones que crea el derecho concurrente de los demás. El cónyuge inviste a título propio la relación de comunidad. Si luego acrece su participación, lo único que varía es la extensión de su derecho, pero no en su origen el título o causa, que determinó la relación de comunidad misma.

Como se ve, a lo largo de todo el texto del articulado analizado, el CCyC adscribe a la corriente doctrinaria que propicia la calificación única del bien, dejando de lado aquella que propugnara calificar el bien según el mayor aporte, sin perjuicio, claro, de las recompensas correspondientes en caso de empleo de fondos gananciales para la adquisición, poniendo fin al largo debate generado en torno a la calificación de los bienes adquiridos bajo esta modalidad. Se reconoce expresamente el derecho de recompensa a favor de la comunidad si, para la adquisición de la parte indivisa o si los nuevos o mayores valores, se produjeron mediante la inversión de bienes de aquella.

2.7. Cría de animales (inc. f)

La cuestión natural del envejecimiento y muerte del ganado, así como el nacimiento de las crías, demandaba un régimen de protección de los aportes propios de cada cónyuge. En esa tarea se encontraron en pugna, de un lado, la presunción de ganancialidad y, de otro, los principios de inmutabilidad de masas y de subrogación.

El CCyC resuelve la cuestión señalando que serán propias "*las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa*", haciendo aplicación del principio de subrogación, solución acordada también por el Código Civil uruguayo y expresada como "*principio de conservación del plantel*".

El fundamento del CCyC reside en la aplicación del referido principio de inmutabilidad de masas, subsanando la posible situación abusiva que se presentaría de reconocer a las crías de ganado propio la calidad de gananciales. Ello por cuanto, reemplazado el

ganado por sus crías, resultaría arbitrario que, extinguida la comunidad, el cónyuge titular de cabezas propias no tuviera derecho exclusivo (propio) alguno sobre las crías de aquellas.

Asimismo se prevé que "*si se ha mejorado la calidad del ganado originario (propio) las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado*", haciendo aplicación del principio de presunción de ganancialidad. Ahora bien, nada obsta a que las crías de ganado mejorado se califiquen de propias en el caso de que, para su nacimiento, se hubieren empleado fondos propios (subrogación por reinversión de su producido, por ejemplo); claro que, quien invoque la calificación propia de aquellas, deberá acreditar tal circunstancia conforme las previsiones del art. 466 CCyC. Caso contrario regirá la norma analizada en plenitud.

Por último, merece señalarse que la utilización del vocablo "*ganado*" ha generado reparos atento a que, por definición, tal palabra solo permite aludir a ovinos, cabríos y vacunos, propiciándose extender la solución acordada por el CCyC a los caballos de carrera, a los animales de circo, al cultivos de peces (truchas, salmón), de aves y de animales de caza, etc.

2.8. Bienes de uso personal, para el trabajo o ejercicio profesional (inc. m)

Esta previsión es otra innovación del CCyC al reputar como propios a los bienes de uso personal de uno de los esposos y a los necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión, estableciendo derecho de recompensa a favor de la comunidad en los casos en que posean gran valor o se hubiesen adquirido mediante el empleo de fondos gananciales.

La norma es inclusiva de todo tipo de bienes de uso personal, tales como las vestimentas, joyas, papeles personales, títulos, diplomas, regalos honoríficos, condecoraciones, los útiles o instrumentos de trabajo, y/o cualquier otro bien que guarde estrecha relación con la persona que los posee.

Se mantiene el criterio de calificación única, al tiempo que se pone fin a la discusión doctrinaria que se dio en vigencia del ordenamiento anterior, en el que, ante ausencia de norma específica, se adoptaba como criterio de calificación a la distinción según los fondos empleados para la adquisición o bien se tenía en cuenta la fecha de aquella.

2.9. Indemnizaciones por daños personales (inc. n)

Son también propios los bienes ingresados en concepto de "*indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales y por daño físico causado a la persona del cónyuge*". El CCyC regula expresamente supuestos no previstos en el CC, aun cuando existía criterio doctrinario uniforme relativo a que las reparaciones por cuestiones no patrimoniales —daño moral— lesionan la integridad de la persona, y por tratarse de derechos personalísimos, las indemnizaciones por tales conceptos revestían carácter propio del cónyuge reparado.

Respecto del resarcimiento por **daños físicos**, la norma no efectúa distinciones en cuanto al carácter definitivo o transitorio de la afección, adoptando la postura que considera a toda afección física estrechamente vinculada con la personalidad del afectado, tal el supuesto de las prestaciones dinerarias previstas por la ley 24.557 (arts. 11 a 17).

Mas el CCyC **excluye expresamente** de la calidad de propio, reputándose ganancial, l**a indemnización por lucro cesante** correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales, en tanto aquella se subroga en el carácter de frutos civiles de la profesión u oficio, los que son gananciales a tenor del art. 465, inc. d, CCyC.

En orden a la **indemnización por muerte del cónyuge**, cabe estar a la letra del art. 465, último párrafo, CCyC, que la pondera propia por exclusión, expresando "*No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta*".

El CCyC estima propias las indemnizaciones de esta naturaleza así como a las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio de la recompensa a favor de la comunidad por el valor de las primas abonadas durante la vigencia de la comunidad o con dinero de esta. Ello porque, si se repara la pérdida de la vida del cónyuge, no caben dudas de que se repara un daño personal del supérstite y, además, porque la muerte provocó la disolución de la comunidad y la indemnización es una consecuencia de ella.

Por último, respecto de las **indemnizaciones por daños a las cosas**, el carácter de tal reparación estará determinado por la calificación de la cosa dañada o destruida. Será pues propia en tanto reconozca como causa la reparación de una cosa propia; caso contrario, se reputará ganancial. Tratase de supuestos de subrogación en los que la reparación reemplaza al bien dañado.

2.10. Derecho a jubilación, pensión y alimentos (inc. ñ)

Son también propios "*el derecho a jubilación o pensión y el derecho a alimentos, sin perjuicio del carácter ganancial de las cuotas devengadas durante la comunidad y, en general, todos los derechos inherentes a la persona*". Tal solución es coherente con la disposición contenida en el art. 465, inc. d, CCyC, que reputa ganancial a los frutos civiles de la profesión o trabajo. El Código resuelve otro tema largamente debatido en doctrina, optando por la solución que propiciara su reconocimiento como bienes propios dado a su carácter personalísimo, en detrimento del sector que considerara que, como los aportes previsionales integran el salario, y el salario es un bien ganancial —fruto del trabajo de los esposos—, idéntico carácter habrían de tener los aportes.

ARTÍCULO 465.- ***Bienes gananciales.*** *Son bienes gananciales:*

a. *los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464;*

b. *los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas, o hallazgo de tesoro;*

c. *los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad;*

d. *los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad;*

e. *lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio;*

f. *los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio.*

Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad;

g. *los créditos o indemnizaciones que subrogan a otro bien ganancial;*

h. *los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos durante la comunidad;*

i. *las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original;*

j. *los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella;*

k. *los adquiridos por título oneroso durante la comunidad en virtud de un acto viciado de nulidad relativa, confirmado después de la disolución de aquélla;*

l. *los originariamente gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico;*

m. *los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios;*

n. *las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición;*

ñ. *la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, así como la de los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquélla, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes propios.*

No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta.

Remisiones: ver comentario a los arts. 464, 466 y 493 CCyC.

1. Introducción

Los bienes gananciales son aquellos que conforman la masa común de los cónyuges, y respecto de los cuales cada esposo tiene un derecho potencial sobre los adquiridos por el otro, que se materializará al extinguirse la comunidad.

Estos bienes no existen por sí mismos, en tanto pertenecen a cada cónyuge, sino que son consecuencia de la existencia de ciertos regímenes patrimoniales del matrimonio: de participación y de comunidad. Bajo esta modalidad de regulación de relaciones económicas del matrimonio tiene razón de ser, referir a un grupo de bienes como gananciales (por integrar la masa sujeta a partición una vez extinguida la comunidad y para distinguirlos de los propios que son propiedad exclusiva de los consortes).

Se los ha definido como aquellos incorporados al patrimonio de uno, otro, o ambos esposos durante el régimen de comunidad por causa onerosa, siempre que no corresponda calificarlos como propios, presumiéndose la cualidad de ganancial de todos los bienes existentes a la culminación del régimen.

El fundamento de la ganancialidad reside en la presunción de concurrencia de ambos esposos en un esfuerzo común empleado en lograr bienes, y en la solidaridad que el matrimonio crea entre los esposos, con total prescindencia del aporte que aquellos efectuaron para las adquisiciones.

Siendo el régimen legal supletorio la comunidad de ganancias (art. 463 CCyC), los bienes serán propios o gananciales de cada cónyuge y/o, en su caso, podrán pertenecer en condominio a estos sin que deba confundirse titularidad con ganancialidad. El CCyC supera la formulación del ordenamiento derogado efectuando una pormenorizada enunciación de casos que generaron discrepancias doctrinarias.

Cabe aquí idéntico párrafo vertido al comentar el art. 464 CCyC, en el sentido del carácter de orden público que posee la calificación legal de los bienes propios y gananciales, de modo que los cónyuges no pueden decidir el carácter del bien por ser facultad privativa de la ley, ajena a su voluntad.

En razón de que los bienes gananciales representan la contracara de los propios, lo que da muestra de la concordancia del texto del CCyC, en los párrafos siguientes trataremos en detalle lo que resulte privativo de aquellos, remitiendo, en lo que fuere menester, al desarrollo efectuado al comentar el art. 464 CCyC.

2. Interpretación

2.1. Adquisiciones onerosas vigente la comunidad (inc. a)

Aquí ya se advierte una mejora sustancial en las fórmulas gramaticales utilizadas por el CCyC en relación al CC. En este sentido, se reputan bienes gananciales "*los creados o adquiridos por título oneroso y que no sean bienes propios conforme el art. 464*" (por ejemplo, las adquisiciones onerosas mediante subrogación real). Se trata de los bienes gananciales por excelencia.

Conforme la novel redacción del art. 464, inc. o, CCyC, que es el único supuesto que no cuenta con su correlato en el art. 465 CCyC sujeto a glosa, cabría reconocer carácter ganancial a **la propiedad intelectual**, artística o industrial de la obra publicada o interpretada por primera vez luego de iniciada la comunidad; así como a la obra artística concluida o el invento, marca o diseño industrial patentado o registrado en idéntico periodo temporal.

En lo demás, la claridad de la disposición no requiere mayor comentario ni suscita otro conflicto que no gire en torno a la prueba de la fecha desde la cual se es propietario, cuestión que se aborda al comentar el art. 466 CCyC, al que remitimos.

2.2. Adquisiciones por azar y hallazgos de tesoros (inc. b)

También son gananciales *"los adquiridos durante la comunidad por* ***hechos de azar*** *como lotería, juego o apuestas"*. La enunciación no es taxativa, de modo que deben incluirse los bienes obtenidos por efecto de cualquier sorteo o apuesta, premios en concursos culturales, torneos deportivos o televisivos, entre otros. El carácter ganancial se fundamenta en la presunción de ganancialidad, sin que importe qué dinero se invirtió para la participación

del juego o concurso. Conforme el principio de "derecho" anterior, basta para reputarlos gananciales que la causa de la adquisición se haya producido durante la comunidad, aun cuando el premio se perciba una vez extinguida aquella.

El CCyC innova respecto del CC al incluir en este supuesto a los **hallazgos de tesoros** (art. 1952 CCyC), por ello la norma glosada debe complementarse con el art. 1953 CCyC, que establece "*Si el tesoro es descubierto en una cosa propia, el tesoro pertenece al dueño en su totalidad. Si es parcialmente propia, le corresponde la mitad como descubridor y, sobre la otra mitad, la proporción que tiene en la titularidad sobre la cosa*". Conforme esta disposición, resultaría ganancial solo el hallazgo de tesoro descubierto en cosa ganancial, mientras que será propio el tesoro descubierto en un bien propio.

2.3. Frutos de los bienes de los cónyuges (incs. c y d)

El CCyC establece, en el art. 465, inc. c, que son gananciales "***los frutos naturales, industriales y civiles de bienes propios y gananciales**, devengados durante la comunidad*". Luego, el art. 233 CCyC dispone expresamente que "***Frutos** son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia (...) Frutos industriales son los que se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra. Frutos civiles son las rentas que la cosa produce. Las remuneraciones del trabajo se asimilan a los frutos civiles. **Productos** son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia. Los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados*".

Conforme tal definición, los frutos son generados periódicamente por una cosa, de modo que pueden ser separados de la misma sin alterar, disminuir o modificar su sustancia. En caso contrario, estamos en presencia de productos. Mediante esta norma se supera la deficiencia del CC, en el que no se definía a los frutos, limitándose a hacer una regulación parcial (arts. 354 a 357 CC), debiendo acudir a la nota del art. 2329 CC para obtener las definiciones, ahora expresas, de frutos y productos.

El CCyC modifica el régimen reformado **incluyendo como gananciales a los frutos industriales** de los bienes de los cónyuges, siendo indiferente su calificación, siempre que se hayan devengado durante la comunidad. Esta norma tiene su correlato en el art. 489, inc. d, CCyC, que establece a cargo de la comunidad (carga) los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales. De modo que, si pesa sobre la comunidad el mantenimiento de tales bienes, es lógico que aquella se beneficie con los frutos que estos bienes generan.

Asimismo, se reputan gananciales "*los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengado durante la comunidad*" (art. 465, inc. d, CCyC): tales, las típicas ganancias en un régimen de comunidad que, como el argentino, se restringe a aquellas.

El CCyC innova al **incluir a los frutos civiles del comercio** ausentes en el régimen anterior. Conforme la redacción del art. 233 CCyC, se asimilan expresamente al carácter de frutos civiles "*las rentas que la cosa produce a las remuneraciones del trabajo*", quedando comprendidos en esta categoría los honorarios profesionales; lo percibido por retiro voluntario; las cosechas; lo obtenido con la poda regular de bosques; los alquileres; los intereses de capital; las utilidades de un fondo de comercio; los premios logrados en concursos que exigen esfuerzo personal, como de preguntas y respuestas; los premios obtenidos en pujas deportivas, profesionales o amateur; los aportes, entre otros.

Relacionado a las **indemnizaciones por ruptura del vínculo laboral**, el art. 465, inc. d, CCyC debe interpretarse junto a las previsiones de los arts. 464, inc. n, CCyC —que reputa propias a "*las indemnizaciones por daños físicos*", y ganancial a "*la indemnización por lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales*"— y la última parte del propio art. 465 CCyC, que prescribe "*no son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge*".

Desde tales directrices, **son propias las indemnizaciones por muerte del cónyuge y por daño físico**, sin que quepa distinguir el carácter definitivo o transitorio de la afección; mientras que **serán gananciales el lucro cesante y los demás rubros integrantes de la indemnización** que no reparen muerte o daño físico —vacaciones no gozadas, preaviso, etc.—. Ello claro, siempre que la indemnización se haya devengado vigente la comunidad.

El CCyC adopta la posición de la doctrina mayoritaria, que entiende que, si bien para el cálculo de la indemnización se toma en cuenta la antigüedad, ella no es su causa de modo que, atento a la indivisibilidad de la reparación, corresponde calificarla según la fecha en que sea devengada y no según sus antecedentes.

Ahora bien, sin perjuicio del carácter ganancial de la reparación, entendemos que cuando la indemnización se integre con rubros en los que se consideran prestaciones de servicios en periodos temporales anteriores a la comunidad o posteriores a su extinción, el beneficiario de la reparación podrá requerir recompensa por el monto que representen tales rubros.

Concluyendo, **la ganancialidad de los frutos referenciada está sujeta al criterio temporal**, esto es, a que los frutos se hayan devengado durante la vigencia de la comunidad, sin perjuicio de si son percibidos con posterioridad a su extinción. En tal sentido, resulta trascendente destacar que el CCyC sustituye el criterio de "lo percibido", utilizado en el CC, por "lo devengado", lo que es una muestra acabada de la mejora sustancial de las fórmulas gramaticales, zanjando de este modo los innumerables litigios que se generaran estando vigente la norma suprimida.

2.4. Lo devengado como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio (inc. e)

Aquí el CCyC replica el criterio de ganancialidad de los frutos, asimilando lo generado por el ejercicio del derecho de usufructo sobre bienes propios de los cónyuges. En virtud de ello, remitimos al comentario efectuado al tratar los frutos en el apartado anterior.

Esta formulación es superadora de la previsión del CC, que limitaba la ganancialidad exclusivamente al usufructo que se consolidaba con la propiedad; al tiempo que es consecuencia de la previsión del art. 2135 CCyC, que presume la onerosidad del usufructo en caso de duda.

De otra parte, merece destacarse que el CCyC ha derogado el régimen anterior que reconocía a los padres el usufructo de los bienes de sus hijos y, con ello la norma que reputaba ganancial lo devengado por tal concepto. Según el art. 697 CCyC, las rentas que producen los bienes de los hijos corresponden a estos, y los progenitores "*están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos*".

2.5. Bienes adquiridos por subrogación (incs. f, g, h, i)

El art. 465, inc. f, CCyC considera gananciales a los "*bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad*".

En su redacción, sigue los lineamientos diseñados en el art. 464, inc. c, CCyC para los supuestos de bienes propios adquiridos por subrogación, a cuyo comentario remitimos, incorporando una disposición ausente en el ordenamiento derogado, aun cuando fuera uniformemente reconocida por la jurisprudencia.

La regla sistematiza los dos supuestos mediante los cuales puede transmitirse el carácter de un bien ganancial al adquirido en su reemplazo, a través de la subrogación ocurrida con posterioridad a la extinción de la comunidad: la sustitución perfecta (permuta) o la reinversión total de su precio. No distingue los bienes que pueden ser subrogados, de modo que quedan incluidos los bienes muebles o inmueble. Al tiempo que, como en el artículo citado arriba, diferencia la situación en que se hubiese efectuado empleo simultáneo de fondos propios y gananciales, previéndose que, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien se calificará como propio, sin perjuicio del derecho a recompensa debido a la comunidad en la proporción de lo aportado, recogiendo así las pautas brindadas por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

Luego, el art. 465, inc. g, CCyC reputa gananciales a "***los créditos o indemnizaciones que subrogan otro bien ganancial***". Tratase de otro supuesto de subrogación que tiene su correlato con lo dispuesto en el art. 464, inc. d, CCyC. La disposición es inclusiva de créditos e indemnizaciones de cualquier naturaleza que tengan por objeto reparar daños sufridos en bienes gananciales. Al respecto, cabe la interpretación desarrollada al tratar el art. 464, inc. n, CCyC, a la que remitimos (apartado 2.9).

Asimismo, son gananciales **los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias**, extraídos durante la comunidad (art. 465, inc. h, CCyC). Esta norma es el correlato del art. 464, inc. e, CCyC, que reputa propios los productos de los bienes propios, con excepción de los de las canteras y minas propias. La disposición parte de considerar que los minerales extraídos de una mina deben asimilarse a los frutos naturales o civiles de la explotación, ya que son el único resultado de esta. De allí que, conforme el principio fijado en el art. 465, inc. c, CCyC —ganancialidad de los frutos—, se justifica la coherencia de la disposición glosada.

También representa un supuesto de subrogación el art. 465, inc. i, CCyC, que reza son gananciales "***las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de ganado propio que excedan el plantel original***". Cabe integrar la disposición glosada con la previsión del art. 464, inc. f, CCyC, que reconoce carácter ganancial a las crías de ganado propio mejorado (sin perjuicio de la debida recompensa al cónyuge por el valor del ganado propio aportado), a cuyo comentario remitimos (apartado 2.7). Se aplica idéntico criterio de subrogación respecto de las crías de animales que reemplazan en el plantel a aquellos que faltan por cualquier causa. De tal forma, serán gananciales las crías de los animales gananciales que los reemplazan cuando faltan por cualquier causa; las crías de ganado propio que exceden el plantel original de aquellos; y las crías de ganado propio mejorado. La última aparte del

inciso glosado hace aplicación expresa de la presunción de ganancialidad, al disponer la pertenencia a la comunidad de las crías de ganado propio que exceden el plantel original.

2.6. Bienes incorporados por accesión (inc. m)

Son también gananciales *"los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios"*. Esta norma tiene su correlato en lo dispuesto en el art. 464, inc. j, CCyC, a cuyo comentario remitimos (apartado 2.5).

El valor debido en concepto de recompensa se determinará conforme las previsiones del art. 493 CCyC, y será *"igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla"*. Remitimos al comentario de esa norma.

2.7. Principio de accesoriedad (inc. n)

Son también gananciales *"**las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial** de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición. O la situación inversa, esto es que habiendo adquirido un cónyuge con fondos gananciales una parte indivisa, llegue después a ser titular de otras, por adquisición a título propio (herencia, legado, donación o por subrogación real de fondos propios"*.

Se ratifica el criterio de calificación única del bien por aplicación del principio de derecho anterior: será ganancial el bien del que el cónyuge ya era propietario en ese carácter sin importar el origen de los fondos empleados para la adquisición de la "nueva" parte indivisa. Como contrapartida de ello, se reconoce derecho a recompensa del cónyuge que hubiere empleado fondos propios para la nueva adquisición, pero la calificación del bien se unifica en el carácter ganancial del derecho originario. Esta norma es la contracara de la previsión del art. 464, inc. k, CCyC, a cuyo comentario remitimos (apartado 2.6).

2.8. Bienes adquiridos por un "derecho" anterior a la extinción de la comunidad (inc. a, j, k, l, ñ)

Si bien, en principio, extinguida la comunidad, cesa la ganancialidad, las adquisiciones efectuadas por cada cónyuge serán reputadas propias. No obstante ello, y por aplicación del principio de derecho anterior, el el art. 465, inc. j, CCyC dispone que son gananciales "*los adquiridos después de la extinción de la comunidad si el derecho a incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante aquélla*". Integran este grupo por previsión legal expresa:

- los bienes comenzados a poseer durante la comunidad (inc. a);
- los adquiridos por título oneroso durante la comunidad en virtud de un acto viciado de nulidad relativa confirmado luego de disuelta aquella (inc. k);
- los bienes gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico (inc. l);
- y la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida con posterioridad a la extinción, y los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquella (inc. ñ).

En este último supuesto, se reconoce expresamente el derecho de recompensa a favor del patrimonio propio del cónyuge, si para extinguir el usufructo u otros derechos reales se emplean bienes propios. Esta norma tiene su correlato en lo dispuesto en el art. 464, inc. g, CCyC, a cuyo comentario remitimos (apartado 2.2).

La alocución "*durante la comunidad*", incorporada por el CCyC, mejora la redacción del ordenamiento anterior toda vez que el art. 1272 CC señalaba como gananciales los bienes adquiridos durante el "*matrimonio*", sin considerar el supuesto de extinción de la comunidad por separación judicial de bienes. De otra parte, es consecuencia de la posibilidad de modificación del régimen patrimonial reconocida en el art. 449 CCyC.

ARTÍCULO 466.- ***Prueba del carácter propio o ganancial.*** *Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges.*

Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no podérsela obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

1. Introducción

La cuestión de la calificación de los bienes podrá presentarse desde el inicio y luego de extinguida la comunidad; por cuanto podría resultar necesario establecer el carácter del bien previo a su enajenación —y, con ello satisfacer el recaudo de asentimiento del no titular, o bien para repeler la acción de un acreedor, etc.—. Por ello, resulta sumamente auspicioso que el CCyC contenga una norma expresa sobre la prueba del carácter de aquellos.

2. Interpretación

2.1. Presunción de ganancialidad

El primer párrafo de la norma reproduce la disposición contenida en el Código Civil, con una formulación gramatical completa, por cuanto aquella omitía excluir de la ganancialidad a los bienes adquiridos por un derecho (causa o título) anterior a la comunidad. Así, se prevé que "*se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad*". La **presunción** infiere, salvo prueba en contrario, que todo bien que no pueda calificarse como propio pertenece a la comunidad. Es una regla de prueba, un sustituto, que opera eficazmente cuando esta no es susceptible de llevarse a cabo.

La conjetura legal comprende la totalidad de los bienes. Se admite todo tipo de prueba para desvirtuar la presunción, incluidos los indicios y presunciones en la medida que sean idóneos, mas el alcance de aquella difiere según se ventile entre esposos o involucre a terceros.

Así, respecto de los bienes muebles no registrables, la actividad probatoria será mayor, y quizá más compleja, mientras que respecto de los inmuebles o muebles registrables, la

calificación, si bien en principio estará determinada por la fecha de la adquisición, podrá ocurrir que se trate, de un supuesto de subrogación para el cual la norma establece recaudos especiales que se analizan en los párrafos siguientes.

Entre cónyuges, la carga de la prueba pesará respecto de aquel que pretenda excluir la ganancialidad demandado la propiedad exclusiva del bien. Se admite, expresamente, la idoneidad de la prueba confesional (art. 466, párr. 1 *in fine*, CCyC), que puede ser unilateral o bien efectuada por ambos, al tiempo que puede ser simultánea o posterior al acto de adquisición. Tal reconocimiento solo podrá ser impugnado por el cónyuge no adquirente acreditando la existencia de un vicio en la voluntad.

Mientras que en relación a los terceros (acreedores y/o herederos forzosos de uno de los esposos), la prueba se complejiza, recibiendo tratamiento expreso en el CCyC. Tratándose de bienes propios aportados por los esposos a la comunidad (art. 464, inc. a, CCyC); los obtenidos durante aquella por un derecho nacido con anterioridad a la misma (art. 464, incs. g, h, i, l, CCyC); de los obtenidos por accesión (art. 464, inc. j, CCyC) o en virtud del principio de accesoriedad (art. 464, inc. k, CCyC) y la de los obtenidos durante la comunidad por título gratuito (art. 464, inc. b, CCyC), queda claro que para probar tal carácter bastará con acreditar la fecha de adquisición documentada en los respectivos instrumentos de operación.

2.2. Prueba de la subrogación

El art. 466, párr. 2, CCyC regula expresamente la **modalidad probatoria para acreditar el carácter propio de un bien adquirido mediante subrogación**, mejorando sensiblemente la redacción a través del establecimiento de recaudos legales para reputar como propio al bien que reemplaza en el patrimonio del cónyuge a otro de igual carácter. Se establece que "*es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge*". Conforme tal norma, la **oponibilidad a terceros del carácter propio de un bien adquirido por subrogación requerirá**:

a. que en el acto de adquisición conste que el bien se adquiere por permuta o reinversión de fondos propios;

b. la manifestación del origen propio de los fondos utilizados, especificando la causa que determina tal propiedad (si proviene de derechos hereditarios haciendo constar los datos que individualicen la sucesión; donación o enajenación de un bien propio con la reseña de los respectivos actos jurídicos, protocolo en el que se consignaron las correspondientes escrituras, etc.); y

c. la conformidad del cónyuge del adquirente, lo que supone el reconocimiento de este de la sinceridad de la calificación propia del bien.

El incumplimiento de estos requisitos tendrá como efecto la inoponibilidad del carácter propio respecto de terceros, por tanto el bien adquirido durante la comunidad bajo tales recaudos será propio del cónyuge adquirente. No obstante ello, podrán oponerse denunciado la falsedad de la manifestación del adquirente, su cónyuge —siempre que no haya mediado su expresión de conformidad al respecto, en cuyo caso se necesitaría contra documento— o sus herederos, en tanto acrediten perjuicio en su legítima.

Luego, los acreedores del cónyuge no adquirente también podrían impugnar tal manifestación, por vía de acción o excepción, aplicándose los principios de la simulación y

el fraude. La demanda para determinar la verdadera calificación del bien se dirigirá en contra del cónyuge adquirente. La prueba de la falsedad pesa sobre el tercero que la invoca.

Resulta altamente auspicioso que el CCyC haya especificado, en forma completa y en una sola norma, los recaudos legales que debe contener el instrumento de adquisición de un bien propio por subrogación para quedar excluido de la presunción de ganancialidad, incluyéndose entre ellos la conformidad del cónyuge no adquirente, así como el mecanismo para obtenerla.

Seguidamente, la norma señala "*En caso de no podérsela obtener* [la conformidad del cónyuge del adquirente], *o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición*".

La vía idónea para obtener la declaración judicial será la acción declarativa de certeza —también nominada, meramente, "declarativa"—, en tanto, a través de ella, se trata de definir una situación de falta de certeza acerca de la existencia o de las modalidades de un derecho.

No se fija límite temporal para deducir la petición judicial. Por tanto, si bien de ordinario la acción se planteará en la etapa de liquidación de la comunidad, o en el juicio sucesorio, nada obsta a que la misma se deduzca estando vigente la comunidad, si hubiere discrepancias e interés legítimo en dilucidarlas.

Pese a que la norma legitima al cónyuge adquirente para efectuar la petición judicial, entendemos que no existe impedimento para que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria en caso de haberse omitido tal manifestación al instrumentar la adquisición, o si, por cualquier caso, no hubiese sido posible que el cónyuge del adquirente la prestara (ausencia, viaje, etc.). El adquirente podrá solicitar la declaración judicial si su cónyuge se ha negado a prestar la conformidad.

En definitiva, la pretensión podrá ser ejercida por quien demuestre interés legítimo en obtener la calificación del bien para evitar los perjuicios que la incertidumbre sobre tal calificación le produce. Caben aquí los párrafos vertidos *supra*, al tratar las oposiciones a la declaración de veracidad del origen propio de los bienes efectuada por el adquirente.

La sentencia que acoja la pretensión declarando propia la adquisición deberá anotarse, en forma marginal, en el instrumento del cual resulta el título de la adquisición.

SECCIÓN 3ª

Deudas de los cónyuges

ARTÍCULO 467.- ***Responsabilidad.*** *Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos.*

Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales.

1. Introducción

El principio de responsabilidad separada de los cónyuges por las deudas que cada uno contrae fue consagrado en el año 1926 (art. 5° de la ley 11.357). No hay cambios en este sentido, aun cuando se advierte una mejora sustancial en la redacción del principio.

Como consecuencia de ello, sea que se opte por el régimen de comunidad —o bien que se aplique supletoriamente—, o por el régimen de separación de bienes, en ambos casos, cada cónyuge responde por las deudas que contrajo con todo su patrimonio, propio y ganancial en la comunidad, y propio en la separación, por cuanto en este no existe ganancialidad.

Esta postura se condice con el principio de libertad en la administración y disposición sobre los bienes que cada uno tiene en su patrimonio; separación en la gestión de los bienes se traduce en separación también en las responsabilidades.

De otra parte, se mantiene la doble faz del sistema de responsabilidad previsto en el Código Civil, es decir, la denominada **cuestión de la obligación**: **quién responde** frente a terceros, regulada en los arts. 461 y 467 CCyC, estableciéndose que debe responder el que contrajo la deuda: principio de responsabilidad separada, más los supuestos de responsabilidad solidaria.

Por su parte, la otra faz del sistema de responsabilidad, designada como **cuestión de la contribución** (cargas), que atañe al aspecto interno de la comunidad —es decir, **con qué masa se pagan** las deudas (la propia o la ganancial)—, se regula en el art. 489 CCyC. Es una cuestión que solo rige en el sistema de comunidad.

2. Interpretación

El esquema de responsabilidad diseñado por el CCyC para los consortes bajo régimen de comunidad es el siguiente: **separada** por principio (art. 461, *in fine,* CCyC), **solidaria** excepcionalmente (art. 461 CCyC) y se completa con la **responsabilidad concurrente** de aquellos por "*los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales*" (art. 467, *in fine,* CCyC).

Esta última regla representa la contracara del art. 465, inc. c, CCyC, que reputa gananciales los frutos de los bienes de los cónyuges. De tal manera, beneficiándose ambos por lo que tales bienes producen, resulta lógico que ambos consortes deban concurrir a la conservación de tales bienes con el patrimonio común.

Como consecuencia del sistema diseñado, en el régimen de comunidad, **las deudas de los cónyuges serán siempre personales** (por cuanto aquel las ha contraído) respondiendo **por ellas el que las contrajo, salvo que se den los supuestos de solidaridad o concurrencia** previstos en los arts. 461 y 467, *in fine,* CCyC, respectivamente

Para poder comprender las modificaciones introducidas por el CCyC al sistema de responsabilidad, vale recordar que el derogado art. 6°de la ley 11.357 disponía: "*Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes*".

Así, la excepción al principio de responsabilidad separada, que autorizara la agresión del patrimonio del cónyuge no contratante, quedaba habilitada en tres casos: 1) la atención

de las necesidades del hogar; 2) la educación de los hijos y 3) la conservación de los bienes comunes.

Ahora bien, la agresión del no deudor estaba limitaba a los frutos de sus bienes (propios y gananciales). Sin dudas, tal restricción no respondía al principio de solidaridad familiar.

El art. 461 CCyC establece la responsabilidad solidaria de ambos consortes en los dos primeros supuestos del régimen derogado: frente a las necesidades ordinarias del hogar, y para el sostenimiento y la educación de los hijos. Tal solidaridad pasiva de origen legal integra el "régimen primario", por tanto resulta aplicable cualquiera fuere el régimen patrimonial matrimonial al que se encuentren sometidos los cónyuges. Respecto del tercer supuesto —conservación de los bienes comunes—, el CCyC fija la regla contenida en la última parte de la norma glosada, imponiendo la responsabilidad concurrente de ambos consortes no solo para la conservación de los gananciales, sino también por las deudas originadas en la reparación de tales bienes. La ejecución se limita al patrimonio ganancial.

La regla introducida por el CCyC representa un acierto por cuanto establece la concurrencia de ambos consortes en el pago de la deuda y se limita tal responsabilidad al patrimonio común —que es, en definitiva, el mejorado y del que se benefician ambos—. Amén de ello, con tal respuesta el Código cierra el debate doctrinario en torno a si, en el caso, se trataba de una obligación concurrente o subsidiaria. Reconociéndole esta última naturaleza, el acreedor podrá demandar al cónyuge deudor o a ambos simultánea o sucesivamente (art. 851, inc. a, CCyC).

ARTÍCULO 468.- ***Recompensa.*** ***El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad.***

Remisiones: ver comentarios a los arts. 493 y 494 CCyC.

1. Introducción

Las recompensas son un mecanismo destinado a corregir los desequilibrios que beneficiaron el patrimonio ganancial en perjuicio del patrimonio propio de uno de los cónyuges o bien, a la inversa, lo incrementaron en detrimento de aquel, por efecto de la gestión patrimonial efectuada vigente la comunidad. Se expresan a través de créditos entre los cónyuges que se determinarán mediante una operación contable una vez extinguida aquella, en la etapa de liquidación, para establecer con exactitud la masa de bienes que ha de entrar en la partición de la comunidad.

Tienen por fin mantener la integralidad de las masas de bienes propios y gananciales de cada uno de los cónyuges, reintegrando a la masa afectada los valores que se han desprendido de ella, en beneficio de la otra, durante la comunidad. Como consecuencia de ello, son debidas y/o pueden ser demandadas por los cónyuges y/o sus herederos (en el caso que la comunidad se extinga por muerte). Para que este mecanismo restaurador del equilibrio patrimonial de los cónyuges resulte operativo, debe presentarse un supuesto objetivo: que una masa de bienes se haya beneficiado a expensas o en detrimento de la otra.

2. Interpretación

Aun cuando el CCyC se ha ocupado de prever expresamente distintos supuestos de recompensas (arts. 464, incs. b, c, f, j, k, l, y m; 465, incs. f, m, n, y ñ; 488; y 491 a 495, CCyC), la norma analizada contempla dos hipótesis, de mínima:

a. supuestos en que, con fondos gananciales, se afrontan deudas personales de los cónyuges; y
b. cuando con fondos propios de los cónyuges se asume el pago de deudas de la comunidad (cargas).

La correcta hermenéutica de la norma glosada impone integrarla con la previsión del art. 491 CCyC y, toda vez que las recompensas cobrarán vigencia y se materializarán en la etapa de liquidación de la comunidad (Sección 7ª), a efectos de determinar su monto y valor deberá acudirse a las previsiones de los arts. 493 y 494 CCyC, a cuyo comentarios remitimos.

La incorporación de las recompensas al Código, en forma precisa y clara, representa un enorme avance legislativo con apoyo en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la figura, que no contaba en el CC con previsión expresa, sino solo casuística. De esta manera, no cabe duda alguna de que, tras la extinción de la comunidad y la consecuente liquidación, ninguna de las masas, ni la propia ni la de la comunidad, se puede beneficiar a costa de los aportes efectuados por una de ellas a favor de la otra. O, al menos, que el interesado tiene derecho a verse recompensado y, por ende, a peticionar ese equilibrio. Ello no es óbice para que los cónyuges, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, puedan no pedirse compensación alguna (conf. art. 498 CCyC). Así, la recompensa es un derecho y no una obligación.

SECCIÓN 4ª

Gestión de los bienes en la comunidad

ARTÍCULO 469.- ***Bienes propios.*** *Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, excepto lo dispuesto en el artículo 456.*

Remisiones: ver comentario al art. 456 CCyC.

1. Introducción

En este apartado se mantiene el sistema de administración y disposición separada de cada cónyuge respecto de los bienes de los que es titular, sin perjuicio del carácter propio o ganancial de aquellos, con excepción de aquellos actos para los que se requiere asentimiento, previsto en el art. 456 CCyC —Régimen primario— relativo a la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los enseres que la componen (art. 456 CCyC). De este modo, la libertad en la esfera patrimonial se encuentra limitada por razones de mayor peso, como la protección de la vivienda familia en su carácter de derecho humano.

2. Interpretación

Si bien se mantiene el **sistema de gestión separada** del régimen derogado, el CCyC regula en esta norma la libre administración y disposición de los bienes propios, mientras que en el artículo siguiente replica la regla respecto de los bienes gananciales.

Tal es el principio, por cuanto sobre estos bienes tienen los cónyuges un derecho exclusivo en tanto no conforman la masa partible, una vez extinguida la comunidad.

No obstante ello, y por imperio de la protección constitucional del derecho humano a la vivienda —en particular, la familiar—, **se impone una única restricción a la gestión de los bienes propios**: la contenida en el art. **456 CCyC** —aplicable, también, al régimen de separación de bienes y también en las uniones convivenciales—, relativa al asentimiento del esposo no titular del bien para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, cualquiera fuere su carácter —propia o ganancial— y a los muebles indispensables de esta, restricción extensiva al traslado de estos enseres fuera de aquella. Las implicancias y consecuencias de esta restricción al poder dispositivo del cónyuge titular han sido desarrolladas en la glosa en el art. 456 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

ARTÍCULO 470.- ***Bienes gananciales.*** *La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido.*

Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:

a. *los bienes registrables;*
b. *las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.*
c. *las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior;*
d. *los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.*

También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.

Remisiones: ver comentarios a los arts. 456 a 459 CCyC.

1. Introducción

El CCyC mantiene las restricciones al poder dispositivo del cónyuge titular de bienes gananciales a través del establecimiento del recaudo de contar con el asentimiento del no titular para validar determinados negocios. Se trata, como en el CC, de un mecanismo de control que limita la gestión del cónyuge titular con relación a la disposición de los bienes y derechos registrables, que son los que ordinariamente tienen mayor valor económico, que se materializa a través de la intervención al cónyuge no titular en los actos en los que su derecho a la ganancialidad pueda verse comprometido.

2. Interpretación

Resulta imperioso señalar que, por efecto de la mejora metodológica sustancial del CCyC, en general —y, en particular, en el régimen de bienes—, una interpretación sistémica del ordenamiento sancionado llevaría a afirmar que la función tuitiva en materia patrimonial aquí diseñada se expresa, respecto de los bienes gananciales, en dos vertientes diversas: la **protección del interés familiar** (art. 456 CCyC) y la **protección de la esfera estrictamente personal o patrimonial**, o el derecho en expectativa a participar en los gananciales por el otro adquiridos (art. 470 CCyC), evitando que la libre administración se convierta en un instrumento de fraude en detrimento del otro. Desde tal perspectiva, la restricción al poder dispositivo de los cónyuges comprende los siguientes bienes gananciales:

a. para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, aun cuando fuere propia (art. 469 CCyC);

b. para enajenar (venta, donación, permuta, dación en pago, etc.) o gravar:
   - bienes registrables (inmuebles; automotores; maquinarias agrícolas autopropulsadas, viales e industriales; tractores; cosechadoras; sembradoras; fumigadoras; aplanadoras; palas mecánicas; grúas; armas; derechos mineros, etc.);[28]
   - acciones nominativas y no endosables, y las no cartulares, salvo que sean autorizadas por oferta pública. La disposición de estos títulos sin el asentimiento del consorte no titular no es oponible a terceros portadores de buena fe (adquirentes del título por oferta pública);
   - participaciones en sociedades y no exceptuadas en el inciso anterior (transformación y fusión);
   - establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.

Las características del asentimiento requerido, así como los efectos de su omisión y la posibilidad de peticionar autorización judicial, se rigen por lo dispuesto en el "régimen primario" (arts. 456 al 459 CCyC), a cuyo comentario remitimos.

Importa señalar, como lo sostiene la doctrina en forma unánime, que el asentimiento no compromete el sistema de administración separada, en tanto opera como condición jurídica de validez del acto, sin que quepa referir a un supuesto de co-disposición.

A través de estas reglas, el CCyC incorpora proposiciones gramaticales superadoras respecto del CC, al referir al "*asentimiento*" (en reemplazo de consentimiento), a "*enajenar*" (sustituyendo disponer), y al puntualizar con mayor concreción los tipos de actos (o promesas) sujetos a la restricción.

(28) Derechos reales sobre inmuebles (arts. 446 a 508, 780, 1892, 1893 y concs., CCyC); los derechos que se fundan en gravámenes sobre automotores (art. 7°, ley 22.977), sobre aeronaves (art. 45, ley 17.285), sobre buques (arts. 51, 220, 228 y 499, ley 20.094), sobre caballos de pura sangre de carrera (art. 2°, ley 20.378); los derechos emergentes de prendas con registro (arts. 17 y 24, decreto-ley 15.348/1946, t. o. dec. 897/1995; ley 12.962); las marcas y señales de ganado (ley 22.939 de registros provinciales); los derechos emergentes de boletos de compraventa de inscripción obligatoria (art. 12, ley 19.724 de "prehorizontalidad"; art. 4°, ley 14.005 de "loteos"); los derechos emergentes de contratos de locación según el régimen promocional de adquisición de viviendas (ley 23.091); de automotores (art. 20, decreto-ley 6582/1958 y las leyes 20.167, 22.977, 24.673, 25.345 y 25.677, habiendo sido ordenado nuevamente el primer decreto citado por el decreto 1114/1997); las maquinarias agrícolas autopropulsadas, viales e industriales (dec. 2281/1976, ley 24.673), siendo de registro obligatorio el dominio de tractores, cosechadoras, sembradoras, fumigadoras, pavimentadoras, aplanadoras, palas mecánicas, grúas, motoniveladoras, entre otras (art. 1°, disposición 849/1996 de la Dirección de Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios); las armas de guerra y de uso civil condicional y las armas de uso civil (ley 20.429); las palomas de carrera mensajeras (dec. 17.169/43, ley 12.913); las motocicletas y ciclomotores (res. 586/1988); los derechos mineros (art. 25, Código de Minería); las cuotas sociales en sociedades comerciales (los arts. 36, inc. 3, y 39 del Código de Comercio, y 5° y 7° de la ley 19.550, disponían la inscripción de los contratos en el Registro Público de Comercio); las acciones, debentures y otros títulos valores privados emitidos en serie por personas jurídicas constituidas en el país y derechos reales que los gravan (arts. 213, 335 y 336, leyes 19.550 y 23.576); los *warrants* (en la primera transferencia por endoso, art. 8°, ley 9643); los derechos sobre semillas y variaciones fitogenéticas (ley 20.247, dec. 2183/91); las acciones escriturales o nominativas de sociedades anónimas (art. 215, ley 19.550, y leyes 23.299 y 24.587, art. 1° y ss.); los derechos de autor (ley 11.723); las patentes de invención y los modelos de utilidad (ley 24.481). Cabe aclarar que, en cuanto a las marcas de animales, lo que se registra es la marca, por lo que para lo que hace falta el asentimiento es para la transferencia de la marca y no para la transferencia de los animales marcados (ley 22.939). Medina, Graciela, "Los bienes que deben ser enajenados o gravados con el asentimiento conyugal del cónyuge no titular", en Kemelmajer, A., Herrera, M., y Lloveras, N., *Tratado de Derecho de familia*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 781/2.

ARTÍCULO 471.- ***Bienes adquiridos conjuntamente.*** *La administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde en conjunto a ambos, cualquiera que sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los términos del artículo 458.*

A las partes indivisas de dichos bienes se aplican los dos artículos anteriores.

A las cosas se aplican las normas del condominio en todo lo no previsto en este artículo. Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar.

1. Introducción

Una de las características del régimen de comunidad es la existencia de diferentes masas de bienes, la de los bienes propios y gananciales de cada cónyuge, cuya administración y disposición corresponde libremente al cónyuge adquirente, con las salvedades previstas para los supuestos de excepción en que se requiere el asentimiento del otro (principios contemplados en los arts. 471 y 472 CCyC). En el CC no se reguló el supuesto de los bienes gananciales que fuesen adquiridos conjuntamente por ambos esposos. No se trata de un conflicto de poca relevancia práctica, todo lo contrario. En este sentido, por aplicación del reiterado principio de realidad, el CCyC debía regularlo de manera expresa.

2. Interpretación

Con la incorporación de esta norma se completa la regulación de los tres supuestos de gestión de bienes que pueden darse en el régimen de comunidad: propios, gananciales y adquiridos en condominio. Respecto de los últimos, el CCyC no distingue el carácter de las porciones indivisas de cada consorte (propias o gananciales); y admite la aplicación de las **reglas del condominio**, pero **con importantes limitaciones** para los cónyuges:

a. supresión de la decisión por mayoría en la administración;
b. posibilidad de autorización judicial en caso de disenso sobre la administración o la disposición; y
c. limitación de la facultad de requerir la división de los condominios.

De tal modo, cuando la voluntad de uno de ellos de realizar un acto de administración o disposición confronte con la oposición del otro, el consorte que ha tomado la iniciativa para la realización del negocio está facultado para requerir autorización judicial al efecto. En el caso particular de la división del condominio (por aplicación del art. 1997 CCyC), salvo pacto de indivisión, podría ser requerida por cualquiera de los condóminos, pero el juez podría negarla por afectación del interés familiar. La licencia judicial es oponible al cónyuge reticente mas no genera en su persona obligación alguna a su cargo. El CCyC incorpora una norma que había sido propuesta en el Proyecto de Reforma de 1998, dando respuesta a los diversos debates doctrinarios que discrepaban acerca del régimen jurídico aplicable a la gestión de los bienes adquiridos conjuntamente.

ARTÍCULO 472.- ***Ausencia de prueba.*** *Se reputa que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas los bienes respecto de los cuales ninguno de ellos puede justificar la propiedad exclusiva.*

1. Introducción

El art. 1276 CC disponía la administración marital respecto de aquellos bienes de origen dudoso. Tal regla fue modificada por ley 25.781, la que, a tono con el principio de igualdad, dispuso la administración conjunta. De este modo, el texto disponía: *"Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto"*.

2. Interpretación

El CCyC se distancia de la normativa reseñada eliminando las categorías de marido y mujer conforme el principio de igualdad, pues siguiendo la ley 26.618, no se exige como requisito de existencia del matrimonio la diversidad de sexos, razón por la cual se habla de cónyuges.

El supuesto contemplado por las normas son los bienes muebles no registrables, en tanto respecto de los bienes cuyo registro impone la ley, la titularidad surgirá del título. En relación a los bienes muebles no registrables, pero de uso personal o exclusivo, cabrá considerar el art. 464, inc. m, CCyC, lo dispuesto sobre derechos reales —en particular, tenencia y posesión (art. 1908 CCyC y ss.)— y también las disposiciones del condominio (art. 1983 CCyC y ss.).

Luego introduce una modificación conceptual respecto a la normativa anterior, ya que el foco no está puesto en determinar la gestión sino la titularidad de estos bienes de origen dudoso. De tal forma, establece la "propiedad" conjunta en mitades indivisas, por lo que la gestión y disposición de estos bienes devendrán conforme a las reglas dispuestas en los arts. 469, 470 y 471 CCyC. La administración y disposición será conjunta con las limitaciones establecidas en el art. 471 CCyC, mientras que responderán por mitades trátese de deudas personales de cada cónyuge y/o de los supuestos de responsabilidad solidaria o concurrente previstos en los arts. 461 y 467 CCyC.

En caso de tornarse dudosa también la calificación del bien, corresponderá aplicar la regla del art. 466 CCyC conforme la cual "*Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad*".

ARTÍCULO 473.- ***Fraude.*** ***Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo.***

1. Introducción

En el Código Civil, este instituto se regulaba en el Capítulo "De la disolución de la sociedad conyugal", mientras que en el CCyC se ubica en la sección dedicada a la gestión de los bienes en la comunidad, lo cual representa otro acierto metodológico del nuevo régimen. El CCyC incorpora al ordenamiento jurídico la figura del **fraude (genérico) a la ley** (art. 12 CCyC) —que, hasta ahora, fuera una construcción doctrinaria sin consagración legal expresa—, que se diferencia del fraude como **vicio de los actos jurídicos** (arts. 338 a 342 CCyC).

2. Interpretación

En la norma glosada, el CCyC regula un **tipo especial de fraude —el ocurrido entre cónyuges—,** con el fin de impedir maniobras de las que un cónyuge intente valerse para evitar la aplicación del régimen de comunidad, preservando la integralidad del patrimonio ganancial y que no se defrauden los derechos indisponibles protegidos en el denominado "régimen primario" —entre ellos, el derecho a la vivienda familiar y el deber de contribución en proporción a sus recursos (arts. 455 y 456 CCyC)—.

De tal forma, se regula de manera expresa el fraude entre cónyuges y, al igual que en los proyectos de reforma anteriores, se opta por la figura de la inoponibilidad del acto al cónyuge defraudado. A diferencia de los proyectos mencionados, el CCyC **guarda silencio en cuanto al carácter que debe presentar el tercero** (buena o mala fe) o **el acto** (título gratuito u oneroso). Así, con independencia de estas circunstancias, el acto siempre será inoponible.

La norma glosada se relaciona con el fraude a la ley contemplado en el art. 12 CCyC, por tanto no requiere la satisfacción de los requisitos del fraude a los acreedores contemplados en el art. 439 CCyC, a saber: que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores; que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor; y que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia. Ello así, pues la finalidad de la acción pauliana es evitar la insolvencia del deudor, mientras que la acción de fraude entre cónyuges se otorga para proteger los derechos de participación en los gananciales, sin perjuicio de que el consorte sea o no insolvente.

En cuanto al **momento en que puede deducirse** la acción de fraude, entendemos que aquella podrá interponerse tanto durante la vigencia del régimen de comunidad como luego de su disolución, durante la etapa de indivisión postcomunitaria. Ello así, pues al no distinguir la norma diversos momentos, no le cabe al intérprete efectuarlos.

Queda claro que el remedio analizado alcanza tanto a los actos de administración como a los de disposición respecto de bienes gananciales. Están excluidos los actos sobre los bienes propios, salvo que se pretenda defraudar la vivienda familiar.

Por aplicación del art. 2543, inc. a, CCyC, el curso de la prescripción entre cónyuges se suspende durante el matrimonio (supuesto en que la acción de fraude se iniciara vigente la comunidad). Disuelto aquel, corresponde aplicar el plazo de dos años (art. 2562, inc. f, CCyC), por tratarse de una petición que tiene por efecto la declaración de inoponibilidad de lo obrado por el cónyuge en fraude del peticionante.

ARTÍCULO 474.- ***Administración sin mandato expreso.*** ***Si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso.***

1. Introducción

Los cónyuges llevan adelante un proyecto de vida en común que involucra el desenvolvimiento de relaciones personales y también patrimoniales; por ello, el CCyC admite la posibilidad de que uno de los consortes administre los bienes del otro mediante **mandato**

expreso sin obligación de rendir cuentas, salvo pacto en contrario (art. 459 CCyC, Régimen Primario). La posibilidad de administrar bienes del otro cónyuge se reconoce respecto de "los bienes", de modo que los actos de administración por el cónyuge no titular pueden recaer sobre bienes propios o gananciales de su consorte.

2. Interpretación

En el artículo glosado se replica la previsión de la última parte del art. 460 CCyC (Régimen Primario) estableciendo que, frente al **mandato tácito** (supuesto en que el cónyuge titular del bien sepa que su consorte está ejecutando actos de administración sobre aquel en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo), serán aplicables las normas del mandato (arts. 1319 a 1334 CCyC); mientras que frente a **la gestión de negocios** (supuesto en el que un cónyuge asumiera oficiosamente la gestión de los bienes titularidad de su consorte por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad, y sin estar autorizado ni obligado, convencional o legalmente) se aplicarán las normas de tal instituto (arts. 1781 a 1790 CCyC).

Importa señalar que, al no excluirse de manera expresa la obligación de rendir cuentas respecto del cónyuge administrador, el mandante podría requerirla (art. 1324, inc. f, CCyC), sin que ello afecte las bases éticas del proyecto en común que implica el matrimonio.

Sin perjuicio de lo dispuesto por la norma anotada, no debe perderse de vista que su **interpretación debe complementarse con las previsiones contenidas en el denominado "régimen primario",** en particular la referida a la validez de los actos de administración y disposición a título oneroso celebrados con terceros de buena fe sobre las cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, con excepción de los muebles indispensables del hogar y/o los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o para el ejercicio de su trabajo o profesión (art. 462 CCyC).

SECCIÓN 5ª
Extinción de la comunidad

ARTÍCULO 475.- ***Causas.*** *La comunidad se extingue por:*

a. *la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;*
b. *la anulación del matrimonio putativo;*
c. *el divorcio;*
d. *la separación judicial de bienes;*
e. *la modificación del régimen matrimonial convenido.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 476 y 477 CCyC.

1. Introducción

En este módulo se enumeran las únicas causales por las que se extingue el régimen de comunidad —los cónyuges no pueden pactar causal diferente a las expresamente previstas—, al tiempo que se introducen una serie de modificaciones al régimen derogado.

En primer término, se ejecuta una reforma de orden metodológico al concentrar en una sola norma la enumeración completa de las causales de extinción de la comunidad clausurando los debates doctrinarios, especialmente aquellos en torno a la separación de hecho.

Luego, se suprime la separación personal como causa de extinción de la comunidad, como consecuencia de la supresión del instituto del régimen legal atento a la adscripción al divorcio incausado por los motivos enunciados en los fundamentos del CCyC. Mientras que el aporte más significativo en la temática es, quizás, la ampliación de las causales de extinción a través de la incorporación de dos nuevos supuestos: la modificación del régimen matrimonial convenido por los cónyuges y la separación judicial de bienes solicitada con motivo del cese de la cohabitación.

2. Interpretación

Desde la celebración del matrimonio, los cónyuges quedan necesariamente sujetos a una normativa de orden patrimonial imperativa, cualquiera fuese el régimen económico (legal o convencional) o su naturaleza (comunitario o separatista). La extinción del régimen de comunidad implica el cese de la ganancialidad. Las adquisiciones posteriores, en principio, resultan personales y exclusivas de cada cónyuge.

Pese a ello, la cesación de la ganancialidad reconoce excepciones respecto de determinados bienes: los adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial o la reinversión del producto de la venta de los gananciales (art. 465, inc. f, CCyC); los adquiridos con posterioridad a la extinción de la comunidad si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella (art. 465, inc. j, CCyC); y los adquiridos por título oneroso durante la comunidad en virtud de un acto viciado de nulidad relativa, confirmado después de la disolución de aquella (art. 465, inc. k, CCyC), cuestión que se desarrolla en la glosa a las normas citadas.

Resulta un enorme acierto metodológico que la norma contemple todas las causales de extinción de la comunidad y del cese del régimen patrimonial que operara de pleno derecho —muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; efecto de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio putativo— o a petición de parte —separación judicial de bienes o supuesto de modificación del régimen matrimonial convenido—.

Asimismo, producto de su diversa naturaleza, algunos casos supondrán la subsistencia del vínculo matrimonial —separación judicial de bienes o modificación del régimen patrimonial convenido—, mientras que en otros casos aquel también cesará —divorcio, nulidad del matrimonio, muerte—.

2.1. Causales de extinción

2.1.1. Con regulación específica en la Sección. Remisión

Las consideraciones relativas a la causal de muerte comprobada y presunta de uno de los cónyuges se trata al comentar el art. 476 CCyC, y la separación judicial de bienes se desarrolla en el comentario al art. 477 CCyC, por tener en tales normas previsión específica. De modo que a tales comentarios remitimos.

2.1.2. Anulación de matrimonio putativo

La norma establece la declaración de nulidad del matrimonio putativo como causal de extinción de la comunidad. Solo en este caso —matrimonio contraído de buena fe por ambos cónyuges o por uno solo de ellos que ha optado por disolver el régimen patrimonial conforme las previsiones del art. 429, párr. 3, CCyC— resulta posible aludir a existencia de matrimonio y, con él, al régimen patrimonial matrimonial.

2.2. Divorcio

Siendo el divorcio causal de disolución del matrimonio (art. 435, inc. c, CCyC) la extinción de tal vínculo trae como consecuencia inexorable la extinción del régimen de comunidad que regulara las relaciones de contenido patrimonial.

2.3. Modificación del régimen matrimonial convenido

El CCyC recepta la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial del matrimonio al admitir que los consortes puedan optar por dos sistemas: el de comunidad y el de separación de bienes (art. 446, inc. d, CCyC). Tal autonomía se extiende más allá de la celebración de las nupcias, ya que el propio Código permite la posibilidad de mutar de régimen (art. 449 CCyC). El supuesto contemplado por la norma es aquel en el que se encuentran los cónyuges que, habiendo contraído matrimonio sin optar por régimen económico, quedaron sujetos al régimen legal supletorio —comunidad de ganancias— y deciden, posteriormente, mudar al de separación de bienes.

ARTÍCULO 476.- ***Muerte real y presunta.*** *La comunidad se extingue por muerte de uno de los cónyuges. En el supuesto de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento.*

1. Interpretación

La muerte de uno de los cónyuges es causal de disolución del matrimonio (art. 435, incs. a y b, CCyC) y, como lógico correlato de ello, se extingue la comunidad patrimonial nacida a la luz de aquel. El CCyC no distingue si la muerte ha sido comprobada o presunta para establecer el día en que ocurre el fallecimiento como fecha extintiva, de pleno derecho, de la comunidad. Aun cuando la norma no lo establezca, por efecto de la prohibición de estipulación (que la comunidad comience antes o después de la celebración del matrimonio, lo que está previsto en el art. 463 CCyC —con la salvedad de cambio de régimen, conforme lo autoriza el art. 449 CCyC—), queda vedada la posibilidad de la continuidad de la comunidad frente a la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges.

Con esta norma, el CCyC supera las dudas interpretativas que generaba la ley 14.394, contrastada a la luz de los arts. 1307 y 1309 CC. Y es que el art. 30 de la ley 14.394 establecía que la extinción de la comunidad, en caso de muerte presunta, se producía el día fijado por el juez como fecha del supuesto fallecimiento, y que la indivisión de los bienes se prolongaba durante el periodo de prenotación (5 años desde el fallecimiento presunto u 80 desde el día del nacimiento del probable muerto), vencido el cual recién la comunidad podía ser liquidada. El art. 1307 CC autorizaba al cónyuge a impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento o a requerir la división judicial de bienes; y el art. 1309 CC autorizaba a la mujer a administrar los bienes del marido.

La subsistencia formal de este cuadro normativo generaba problemas interpretativos de difícil solución. Eduardo Zannoni se interrogaba sobre si, declarado el fallecimiento presunto de uno de los cónyuges, debían reputarse subsistentes las condiciones de ganancialidad. ¿Cómo concebir que el cónyuge del ausente administre —en sentido amplio— bienes que ya han sido objeto de partición —con los herederos del ausente—, y cuyo dominio se ha inscripto a nombre de aquellos? ¿Qué normas serían aplicables a tal gestión? Suponiendo que la comunidad subsistiese durante el periodo de prenotación,

habría que concluir que las adquisiciones que realizare el cónyuge del ausente durante aquél y los herederos del ausente, serían gananciales, y se incorporarían a la masa sujeta a división vencida la prenotación. Ello no tendría lógica.

Zannoni entendía que el art. 30 de la ley 14.394 presentaba deficiencias técnicas notables, ya que confundía extinción de la comunidad con liquidación, y propiciaba a interpretar que, en caso de muerte presunta, la comunidad se extinguía el día probable del fallecimiento, criterio adoptado por el artículo en comentario.

El valor del CCyC en este punto es trascendente, pues ha cerrado el debate aludido con la redacción de una norma clara que no deja lugar a interpretaciones diversas, acordando una única fecha para que opere la extinción de la comunidad en caso de muerte: la fecha en que ocurre o se presume que ocurrió el deceso.

ARTÍCULO 477.- ***Separación judicial de bienes.*** *La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:*

a. *si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;*
b. *si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge;*
c. *si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse;*
d. *si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero.*

1. Introducción

Con la celebración del matrimonio, si no hubiesen optado por el régimen de separación de bienes (conforme lo autoriza el art. 446, inc. d, CCyC), los cónyuges se encuentran sometidos al régimen de comunidad de ganancias conforme el cual determinados bienes, calificados como gananciales, integrarán una masa común que se dividirá entre ellos en partes iguales, sin consideración a la contribución para su adquisición —partición que operará una vez extinguida la comunidad—. Durante la comunidad se encuentra en juego el destino de un conjunto de intereses (bienes gananciales) sobre los que los cónyuges tienen un derecho eventual de participación por mitades respecto de los que no son titulares.

La separación judicial de bienes, como causa de extinción de la comunidad, es otra expresión de la recepción de la autonomía personal de los cónyuges en el ámbito patrimonial del matrimonio toda vez que, al reconocer su carácter facultativo, opera a petición de parte: es el cónyuge (del mal administrador, del concursado, del fallido, separado de hecho o de quien se opone a ser curador o a la designación de un tercero en tal cargo frente a la declaración de incapacidad de su cónyuge) quien puede ejercer la opción de extinguir la comunidad o de no hacerlo.

Se trata de una acción autónoma de carácter preventivo que tiene por fin proteger la integridad de la masa ganancial, sujeta a partición una vez extinguida la comunidad —aquel derecho eventual del cónyuge peticionante sobre los gananciales del otro— y el derecho actual que tiene el cónyuge de controlar la gestión del otro —comprensivo de los actos propiamente de gestión y de disposición que hagan peligrar el derecho eventual sobre los gananciales—, al tiempo que procura la satisfacción de las necesidades económicas de la familia.

La extinción de la comunidad por efecto de la separación de bienes no impacta sobre el vínculo matrimonial que subsiste, pero, a partir de entonces, las relaciones de contenido económico de los cónyuges se regirán por las normas previstas en los arts. 505 a 508 CCyC.

De tal manera el nuevo régimen se ensambla a la comunidad extinguida. Como consecuencia de ello deberá liquidarse la comunidad para iniciar el nuevo régimen en el que el patrimonio de cada cónyuge estará integrado por los bienes privativos —propios—; los otrora gananciales, que le fueran adjudicados en la partición de la comunidad; y con los que incorporen a su patrimonio con posterioridad a la extinción.

2. Interpretación

El CCyC sistematiza, en una sola norma, las causas por las que un cónyuge podrá requerir la extinción de la comunidad a través de la acción autónoma de separación de bienes. En este sentido, supera notablemente al sistema derogado, que contenía algunas causales diseminadas en varios artículos.

2.1. Causales

La acción de separación judicial de bienes requiere, como presupuesto de admisibilidad, acreditar la existencia de alguna de las causales previstas en forma taxativa por la norma.

En ese sentido, el CCyC mantiene las causales de mala administración que puedan acarrear afectación del derecho a la ganancialidad —la declaración de concurso preventivo y la designación de curador a un tercero—, previstas en el régimen anterior, e incorpora nuevos supuestos: la declaración de quiebra del cónyuge y la separación de hecho sin voluntad de unirse, las cuales se analizan seguidamente.

2.1.1. Mala administración que acarree peligro de perder el derecho eventual a los gananciales

A lo largo de diversas normas se protege la integridad de la masa de bienes gananciales sujeta a partición (arts. 470, 473, 479 y 722 CCyC). Conteste con este marco protectorio, el CCyC mantiene esta causal regulada en el art. 1294 CC.

Es una causal subjetiva, en tanto requiere la calificación de la conducta del cónyuge a quien se demanda por mala administración, y necesita de la configuración de dos elementos para su admisión: la deficiente o inepta gestión de los bienes que ponga en peligro el derecho a la ganancialidad, y que tal accionar sea imputable a título de dolo o culpa al cónyuge administrador.

El primer elemento se manifiesta a través de un obrar desaprensivo, desordenado, dispendioso, temerario, de franca ineptitud del administrador. Resulta insuficiente la circunstancia de pérdidas o quebrantos en negocios más o menos acertados, y cobra virtual relevancia no tanto el daño que pudo haberse causado, sino el peligro que implica para el futuro la gestión inepta.

La acreditación del segundo elemento procura que no se sancione ni la pérdida accidental de bienes ni el mayor o menor acierto en los negocios. Se requiere valorar el conjunto de actos de administración, salvo que se trate de un solo acto y se tenga entidad suficiente para provocar el peligro sobre el derecho a la ganancialidad —supuesto este excepcional—.

La mala administración puede referir a bienes gananciales o propios, supuesto que se daría si su indebido manejo implicara un riesgo para el patrimonio común —como, por ejemplo, pérdida de frutos o rentas que no se producen por ser estos bienes gananciales (art. 465, inc. c, CCyC), o disposiciones de bienes propios que generen insuficiencia para hacer frente a las recompensas debidas al otro cónyuge—.

Esta puede probarse por todos los medios, incluso la confesión y el allanamiento.

Conforme las previsiones del art. 717 CCyC, y desde una interpretación integradora, será competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor.

2.1.2. Concurso preventivo o quiebra del otro cónyuge

Esta causal ya estaba contemplada en el Código Civil, mas, a diferencia de aquel, el CCyC le reconoce entidad autónoma, diferenciada de la mala administración.

Se trata de una "causal objetiva": basta la declaración judicial de concurso preventivo o quiebra del cónyuge, sin perjuicio de si hubo o no mala administración de aquel. Con ello se pone fin a la discusión doctrinaria relativa a que la causal estaba integrada también por un elemento subjetivo: probar la existencia de peligro de perder el derecho sobre los bienes gananciales.

Se incorpora la declaración de quiebra del cónyuge como causal para peticionar la separación judicial de bienes. Esta causal merece reparos, pues salvo simulación, fraude o interposición de personas, el concurso o quiebra de un cónyuge no implica riesgos sobre los bienes de administración del no deudor, en virtud del régimen de gestión separada previsto por el art. 470 CCyC. Sí representa un claro riesgo sobre el derecho a la ganancialidad del cónyuge no deudor, pues todos los bienes del concursado (sean propios o gananciales) responden íntegramente por las obligaciones por aquel contraídas (art. 467 CCyC).

Asimismo, debe tenerse presente que el cónyuge del concursado/fallido no es acreedor de dominio —es decir, titular de un derecho a la separación —al estilo de los consagrados en los arts. 142, 143, 150 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras—, ni tercero en los términos del art. 138 de la misma ley; por lo tanto, no podrá peticionar que su derecho al 50% de los bienes gananciales del fallido sean separados de la masa. Dicho de otro modo, carece de privilegio para tomar el 50% de sus gananciales, de modo que el patrimonio del cónyuge deudor, sin distinción en orden a la calificación de los bienes, quedará afectado a la agresión de los acreedores del proceso universal, ya que el concurso y la quiebra carecen de virtualidad para modificar la garantía patrimonial que tenían aquellos por sus créditos.

Conforme el escenario normativo reseñado, y tratándose de una acción facultativa que tiene un fin tuitivo (amparar el derecho eventual a los gananciales del cónyuge del concursado/fallido), corresponderá analizar, en cada caso, en qué medida tal fin se realiza o en qué medida la acción contemplada por el CCyC puede resultar beneficiosa para el cónyuge del concursado/fallido.

Prestigiosa doctrina ha considerado disvaliosa la promoción de la acción de separación judicial de bienes en estos casos, ya que el peticionante debería dividir los gananciales de los que es titular con el concurso y los bienes gananciales del concursado. Nada recibiría por la presunción de insolvencia del concurso —salvo, claro, que hubiese un remanente de bienes no absorbidos por los acreedores del concursado—, ni tiene preferencia para obtener recompensas a su favor.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[29] ha sostenido que la eficacia de la opción de requerir la separación judicial de bienes frente al concurso o quiebra del cónyuge como remedio para proteger la ganancialidad dependerá de las circunstancias fácticas. Así, si el cónyuge del concursado/fallido es titular de muchos bienes gananciales, no pedirá la separación judicial de bienes, pues inmediatamente de producida, "se achicará" su masa de administración al tener que aportar al concurso el 50% que correspondió a su cónyuge en la partición; mientras que la acción sí podrá resultar del interés de aquel en el caso en que no tenga demasiados bienes gananciales, porque se extinguirá la comunidad, cesando el derecho a la ganancialidad hacia el futuro. Asimismo, podrá administrar los bienes que adquiera en el futuro sin las restricciones impuestas por el art. 470 CCyC; y, si hubiese algún remanente en el concurso del cónyuge, recogerá todo o parte de sus gananciales y abrirá el juego de las recompensas y la recomposición de los bienes propios empleados en ventaja de lo ganancial.

El peticionante deberá dirigir su pretensión ante el juez del proceso colectivo (art. 717, párr. 2, CCyC). La homologación del acuerdo en el concurso preventivo, el avenimiento o pago total en la quiebra carecen de entidad para restablecer la comunidad.

2.1.3. Separación de hecho sin voluntad de unirse

La separación de hecho es una situación fáctica, efectiva, cierta, real, que puede definirse como el quiebre del deber de cohabitación de manera permanente o definitiva, sin intervención judicial. La interrupción de la convivencia puede deberse a la voluntad de ambos esposos, aunque resulta suficiente que, por los menos uno de ellos, haya decidido no convivir.

Esta causal reconoce carácter objetivo, de modo que **no cabe indagar acerca de responsabilidad en la separación de hecho, en clara consonancia con la supresión de las causales subjetivas del divorcio** como modo de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible, contribuyendo a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial.

Tampoco se requiere un plazo mínimo de cese de la cohabitación, por lo que entendemos que bastará con acreditar la inexistencia de la comunidad de vida al tiempo de la solicitud de separación judicial de bienes.

La separación de hecho puede acreditarse por cualquier medio de prueba. Es absolutamente inaceptable que, en caso de petición unilateral, el accionado pueda oponer excepción fundada en su inocencia, atento a la naturaleza objetiva de la causal. Será competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado, a elección del actor (art. 717, CCyC).

La admisión de esta causal se desarrolló a la luz de una realidad cada vez mayor de personas no divorciadas que organizaron sus vidas separadamente por haber desaparecido la comunidad de vida, y sobre la base de considerar que, cesada la cohabitación con la intención de poner fin al proyecto de vida común, desaparece el fundamento mismo de la comunidad de ganancias y, consecuentemente, debe cesar la indisponibilidad del régimen.

(29) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, Bs. As., 2001, p. 385.

Su incorporación al derecho codificado representa un aporte invalorable del CCyC que pone fin a las situaciones inequitativas que provocaba la aplicación del régimen anterior, revalorizando la entidad del cese de la cohabitación en forma permanente como hecho configurante y decisivo del quiebre matrimonial, que trae como lógica consecuencia la extinción de la comunidad de vida, base de la comunidad patrimonial.

2.1.4. Designación de curador a un tercero por incapacidad o excusa del cónyuge

La norma contempla dos supuestos:

a. declaración de incapacidad de un cónyuge y la designación de un curador a un tercero. Asimismo, cabría incluir el supuesto de restricción de la capacidad de un cónyuge que padece *"una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad"* (art. 32 CCyC), cuando tenga por efecto la limitación para disponer y/o administrar sus bienes —circunstancia que acarrearía la designación de un tercero como curador—. En ambos casos, la designación de un tercero como curador habilitaría al otro cónyuge a solicitar la separación judicial de bienes;
b. cónyuge del incapaz interdicto.

Frente a los supuestos señalados, tanto la declaración de incapacidad cuanto la restricción de la capacidad de un cónyuge, podrían suponer que la designación de curador recaiga en el otro cónyuge o en un tercero.

En el supuesto en que la designación del curador recaiga en el cónyuge, el CCyC lo faculta para asumir la curatela del insano (y gestionar los bienes de titularidad de aquel, bajo las reglas del art. 100 CCyC y concs., sin que quepa hablar de unidad de masas de gestión) o bien puede excusarse de tal designación quedando habilitado para requerir la separación judicial de los bienes.

Bastará abonar la declaración judicial de incapacidad (y/o la restricción de la capacidad del cónyuge en los términos del art. 31 CCyC), la oposición a ejercer el cargo de curador, o la designación de un tercero en tal cargo, sin que el peticionante deba acreditar que el curador pueda o no comprometer con su gestión los bienes del incapaz y, con ello, su derecho a la ganancialidad.

Esta causal constituye la simplificación del obrar económico jurídico del cónyuge del incapaz pues, de mantenerse la comunidad, debería, por ejemplo, requerir asentimiento para disponer de sus bienes al curador de su consorte, o bien depender siempre de la autorización judicial.

Será competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado, a elección del actor (art. 717 CCyC), atento a que la jurisdicción de la curatela carece de efectos perpetuos.

ARTÍCULO 478.- ***Exclusión de la subrogación.*** ***La acción de separación de bienes no puede ser promovida por los acreedores del cónyuge por vía de subrogación.***

1. Introducción

El CCyC es respetuoso de la esfera de decisión personal del cónyuge afectado por causales que lo habilitan a peticionar la separación judicial de bienes: de allí el carácter facultativo de esta acción.

2. Interpretación

Tratándose de una acción personal, corresponde solo al cónyuge perjudicado decidir en qué medida lo afectan las consecuencias de persistir con la comunidad de ganancias, frente a la mala administración, concurso, quiebra, separación de hecho o restricción de la capacidad del otro.

El cónyuge es la única persona legitimada para decidir si quiere correr riesgos o no a perder el derecho a la ganancialidad —en los casos de mala administración, concurso, quiebra—, o si está dispuesto a someter la gestión de sus bienes al asentimiento de un tercero —el curador designado a su cónyuge incapaz— o a autorización judicial.

Los terceros acreedores no podrán subrogarse en los derechos de un cónyuge y peticionar la separación judicial de bienes, puesto que carecen de derecho a afectar los gananciales. La garantía de sus créditos es el patrimonio del deudor, y es solidaria la responsabilidad del no deudor en los casos previstos por el art. 467 CCyC, pero carecen de derecho para ejercer una acción que tiene por fin proteger el derecho a la ganancialidad.

Los herederos del cónyuge que peticionara la separación judicial de bienes podrán continuar la acción iniciada por aquel, pues, de lo contrario, el demandado se vería beneficiado. Si bien la comunidad quedaría extinguida por la muerte, los bienes que hubieran ingresado en el patrimonio del accionante entre la fecha de iniciación de la acción de separación de bienes y la fecha de la muerte serían gananciales, de lo cual resulta una clara injusticia. Esta norma no contaba con consagración expresa en el régimen anterior.

ARTÍCULO 479.- ***Medidas cautelares.*** *En la acción de separación judicial de bienes se pueden solicitar las medidas previstas en el artículo 483.*

Remisiones: ver comentario al art. 483 CCyC.

1. Introducción

La acción autónoma de separación judicial de bienes opera frente a supuestos objetivos —concurso, quiebra, oposición a la designación de curador del cónyuge, separación de hecho— o subjetivos —mala administración—, y tiene entidad suficiente para extinguir el régimen de comunidad protegiendo el derecho eventual del peticionante sobre los gananciales.

No obstante ello, desde que se requiere hasta que se resuelve la petición, puede transcurrir un lapso de tiempo en el que el cónyuge demandado distraiga bienes o intente maniobras que pongan en peligro o tornen ilusoria la participación en los gananciales al procederse la liquidación de la comunidad, resultando necesario, a veces, proteger (cautelar, asegurar) el derecho a la ganancialidad del cónyuge solicitante durante ese lapso de tiempo.

2. Interpretación

Las medidas asegurativas a las que alude la norma tienen como finalidad evitar o limitar las posibilidades de accionar del cónyuge demandado en procura de resguardar el valor económico de los bienes de aquel manteniendo la intangibilidad del patrimonio, y se complementan con la protección cautelar genérica estatuida en las normas procesales, conforme lo regula el art. 483 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

Las medidas protectorias autorizadas por la norma glosada tienen su paralelo con aquellas de idéntico fin, que los cónyuges pueden requerir deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes, en caso de urgencia (art. 722 CCyC).

ARTÍCULO 480.- ***Momento de la extinción.*** *La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.*

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508.

1. Introducción

Se destaca el acierto metodológico del CCyC al integrar, en una sola norma, el momento en que opera la extinción comunitaria.

Se instituye, como **principio**, que la extinción de la comunidad opera con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de petición conjunta (de divorcio, nulidad o separación judicial de bienes) reiterando, en este sentido, la solución normativa prevista por el régimen anterior.

Luego, se establecen como excepción los casos en los que la separación de hecho hubiera precedido al divorcio o a la nulidad del matrimonio, en cuyo caso la extinción de la comunidad tendrá efectos retroactivos al día de verificado el cese de la cohabitación.

2. Interpretación

Tal singularidad recepta la doctrina plenaria de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil, seguida por buena parte de los tribunales provinciales, en la que se expuso que "*si la sentencia de divorcio o separación personal se dicta con fundamento en la interrupción prolongada de la convivencia, sin analizar la culpabilidad de los cónyuges, ninguno de ellos tendrá derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho*".[30] El fundamento de la mayoría expresó *"si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación; tal conclusión se fundamenta en razones de equidad y de orden lógico y moral (...) Sería incongruente, por tanto, que en el sistema de nuestra ley la vida separada acarree la exclusión hereditaria, el divorcio la suspensión de los deberes de asistencia recíproca y que sean indiferentes en lo que atañe a la sociedad conyugal (...). Debe repararse en que si la ley no acuerda a ninguno de los esposos*

(30) CNac. Apel. Civ., Plenario,"C., G. T. c/ A., J. O. ", 29/09/1999, en *LL* 1999-F, p. 3.

los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio".[31]

Resulta claro que tal solución estuvo guiada por la **prohibición del abuso de derecho y del enriquecimiento ilícito**, principios cardinales enunciados expresamente en el art. 10 CCyC, que se proyectan hacia todos los ámbitos para poner coto a estas conductas disvaliosas.

Importa destacar que la posibilidad de retrotraer los efectos de la sentencia extintiva de la comunidad al momento del cese de la convivencia excluye el supuesto en el que la comunidad se extinga por separación judicial de bienes, salvo que se invoque separación de hecho preexistente.

2.1. Facultades del juez

Frente a supuestos en los que la separación de hecho preexiste al pedido de extinción de la comunidad, el juez está facultado para modificar la extensión del efecto retroactivo de la sentencia que concluye la comunidad. Los efectos de la sentencia que decide el fin de la comunidad podrán retrotraerse al día en que operó el cese de la convivencia, o bien a la fecha de la notificación de la demanda o presentación conjunta. El juez deberá valorar que los efectos de la extinción de la comunidad, a una u otra fecha, no resulten inequitativos o abusivos para los cónyuges por existir fraude o abuso del derecho.

La regla es la retroactividad de los efectos extintivos de la comunidad hasta la fecha de la separación de hecho; en caso de fraude o abuso del derecho, los efectos podrán fijarse entre aquella fecha y la de la demanda o petición conjunta (de divorcio, nulidad del matrimonio o separación judicial de bienes), pero no más allá de esa fecha.

La ultra retroactividad de los efectos de la sentencia extintiva de la comunidad está prevista por la norma como una "facultad" del juez, de modo que podrán las partes así requerirlo.

2.2. Derechos de terceros

Los efectos retroactivos de la sentencia que extingue la comunidad tienen enorme gravitación en el patrimonio de los cónyuges, pues desde aquella cesa la ganancialidad. De tal modo, las deudas y los bienes posteriores a tal fecha son ajenos a la comunidad, y el patrimonio de cada cónyuge queda constituido por los bienes que eran propios en la comunidad, por los gananciales que le fueran adjudicados en la partición de aquella, y por los incorporados luego de extinguida la comunidad.

La sentencia de divorcio, de nulidad del matrimonio o de separación de bienes extingue la comunidad; en principio, con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta. Sin embargo, para resultar oponible a los terceros, la sentencia debe ser inscripta en el Registro Civil. La norma comentada debe complementarse con la previsión contenida en el art. 487 CCyC, que prevé idéntica protección respecto de terceros acreedores anteriores a la extinción.

2.3. Reglas aplicables extinguida la comunidad por separación judicial de bienes

El matrimonio supone el sometimiento de los cónyuges a un régimen patrimonial convencional —separación de bienes— o legal —comunidad de ganancias—. No se concibe el matrimonio sin normas que regulen las relaciones económicas de los cónyuges.

(31) CNac. Apel. Civ., fallo cit.

El ingreso al régimen de separación de bienes por parte de un matrimonio que estaba sometido al régimen de comunidad genera como efecto principal la extinción de aquella, por lo que corresponderá su liquidación a fin de **determinar la integración del patrimonio privativo de cada cónyuge en el nuevo régimen patrimonial**.

Sin perjuicio del tratamiento particular que se efectúa al glosar la Sección 6ª, importa reseñar brevemente que, tratándose del arribo al sistema de separación de bienes vía judicial —esto es, de manera no consensuada y bajo alguna de las causales previstas por la ley—, durante el período de indivisión postcomunitaria conservan vigencia las reglas del Régimen Primario (relativas al deber de contribución, a las normas de protección de la vivienda familiar y a la responsabilidad solidaria por deudas para atender las necesidades del hogar y de los hijos); junto a las reglas de la Comunidad (referidas a la restricción del poder dispositivo del titular de bienes indivisos, art. 470 CCyC), a las que cabrá adicionar las reglas propias de tal período (arts. 482, 484, 485 CCyC) y, en particular, la contenida en el art. 486 CCyC, que mantiene incólumne el sistema de responsabilidad que regía durante la comunidad.

Luego, la liquidación de los bienes que integraron la comunidad se hará siguiendo la directriz del art. 498 CCyC, que reconoce autonomía de la voluntad plena para acordar la extensión de aquella, en caso de falta de consenso. La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges.

SECCIÓN 6ª

Indivisión postcomunitaria

ARTÍCULO 481.- ***Reglas aplicables.*** *Extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria.*

Si se extingue en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por los artículos siguientes de esta Sección.

1. Introducción

Existe indivisión cuando dos o más personas tienen derechos en común sobre un bien o un conjunto de bienes sin que exista división material de sus partes. Por ello, representan supuestos de indivisión del condominio, la copropiedad sobre bienes que no son cosas, la indivisión hereditaria y la indivisión post comunitaria regulada en esta Sección.

En el Código Civil, la doctrina discrepaba en torno a cuál era la naturaleza que cabía reconocerle a este periodo: producida la extinción de la comunidad hasta que se materializara su liquidación. Como diversas eran las posturas, también distintas eran las normas aplicables según cada autor.

2. Interpretación

En tal sentido, Vidal Taquini entendía que se trataba de una indivisión postrégimen; Fassi y Bossert que no era propio aludir a comunidad de bienes, por cuanto los cónyuges mantenían separadas la titularidad sobre aquellos y la responsabilidad por deudas, considerando más adecuado hablar de liquidación postcomunitaria.

Por su parte, Guaglianone consideraba que se trataba de una universalidad clásica que realiza la concreción de la mera expectativa de los cónyuges anterior a la disolución, en un derecho actual sobre cada uno de los bienes singulares que lo integran. Para Belluscio se trataba de

una indivisión postcomunitaria sin modificación de la identidad de los titulares originarios de los bienes gananciales, pero diversa de la hereditaria, del condominio y de la copropiedad.

Guastavino asimilaba la situación en que se hallaba la masa de bienes gananciales desde la extinción de la comunidad hasta la partición a la sociedad de hecho; mientras que Mazzinghi aludía a la existencia de un condominio sobre las cosas gananciales y de una copropiedad sobre los bienes inmateriales.

A su turno, Zannoni sostenía que no podía darse una solución única, sino que debía distinguirse la causa de la disolución de la sociedad conyugal. En vida de ambos esposo, se crearían relaciones de comunidad entre ellos que solo interesarían al vínculo interno que se establece a los fines de la liquidación, sin trascender externamente como co-titularidad de cada uno de los derechos que integran la comunidad. Cuando la disolución deriva de la muerte de uno de los cónyuges habría una verdadera indivisión.

En cuanto a las normas que rigen las relaciones jurídicas de los cónyuges entre sí y con terceros **durante este periodo**, el CC remitía a las reglas de la comunidad hereditaria cuando la extinción de la comunidad tenía causa en la muerte de uno de los consortes, mientras que **no existía previsión normativa cuando la extinción operaba en vida de ambos**. **Frente al vacío legal del régimen derogado**, la doctrina mantenía posiciones diversas fundadas en la distinta naturaleza jurídica reconocida a este periodo.

Para algunos autores, pese a la extinción de la comunidad, aquella continuaba "de hecho", con lo cual las normas de la comunidad mantenían su vigencia. Para otros, regían los principios de la subrogación real y la vinculación del activo y el pasivo; otro sector propiciaba la aplicación de las normas del condominio; y estaban quienes apreciaban que las normas de la división de la herencia eran aplicables a todos los supuestos de extinción de la comunidad, pues en todos los supuestos se actualizaba el derecho a compartir los gananciales.

Zannoni distinguía según cuál fuera la causa de extinción de la comunidad. En caso de que aquella operara en vida de ambos esposos, no se producía ninguna modificación de las relaciones que la titularidad originaria sobre los bienes gananciales permitió a cada cónyuge oponer frente a terceros. Resultaban aplicables, en cuanto a la gestión y disposición de los bienes, las reglas de la comunidad en el entendimiento de que la comunidad de derechos, a los efectos de la liquidación y partición de los bienes, era una "comunidad interna entre los cónyuges" que les permitía asegurar sus derechos de participación, pero sin trascendencia alguna hacia los terceros.

En cambio, si la extinción de la comunidad operaba por efecto de la muerte de uno de los cónyuges, ingresaban a la relación jurídica patrimonial los herederos del cónyuge premuerto, alterándose las relaciones originarias de titularidad sobre los bienes de aquel (los que son transmitidos a sus herederos por sucesión universal) y, con ello, las normas aplicables, existiendo en este supuesto una verdadera indivisión postcomunitaria.

El CCyC clausura estos debates al regular una **indivisión postcomunitaria con naturaleza y normas propias, que rigen para los supuestos de extinción de la comunidad en vida de ambos esposos**. Trae también la enorme novedad de **establecer las reglas aplicables en los supuestos en que la extinción de la comunidad de ganancias opera en vida de los esposos** (divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, separación judicial de bienes o modificación del régimen patrimonial convenida por los cónyuges), regulación ausente en el CC que ha ocasionado una frondosa vertiente de teorías autorales.

Por otra parte, se mantiene la aplicación de las reglas de la indivisión hereditaria en los supuestos en los que la extinción del régimen de comunidad se produce por muerte de los esposos (art. 2323 CCyC y ss.). En línea con la apertura al reconocimiento de autonomía personal de los cónyuges, se les reconoce la facultad de que acuerden las reglas que regirán sus relaciones económicas durante el periodo posterior a la extinción de la comunidad, hasta su liquidación. Tal derecho está reservado a los supuestos en que la extinción comunitaria opere conjuntamente con la disolución del vínculo matrimonial. En caso contrario —separación judicial de bienes o modificación del régimen convenido por los cónyuges—, si está vigente el matrimonio, las restricciones al poder dispositivo contenidas en el "régimen primario" (arts. 456, 457 y 462 CCyC) permanecen en vigor, por constituir el núcleo duro de protección a la familia, estanod impedidos los cónyuges de apartarse de ellas.

De esta forma, se recepta una práctica totalmente consolidada en la cual los acuerdos entre cónyuges constituyen una pieza esencial en el marco de la extinción de la comunidad. Se adopta una decisión legislativa coherente con la realidad social, respetuosa de la libertad de decisión y de los intereses propios de los copartícipes por haberse extinguido la comunidad cesando, en consecuencia, el orden público. Asimismo, se protege adecuadamente el interés familiar restringiendo la posibilidad de convenir reglas si la comunidad se ha extinguido, pero subsiste el matrimonio.

En consecuencia, **extinguida la comunidad y el matrimonio, el principio es el acuerdo. A falta de acuerdo, y de manera subsidiaria, subsistirán las normas de la comunidad** (arts. 482, 467 a 474 CCyC) **integradas a las previsiones de los arts. 484 a 486 CCyC**, junto al deber de informar de parte del titular del bien ganancial al otro comunero respecto de la intención de otorgar actos de administración extraordinaria, y a la facultad que se reconoce al cónyuge no titular para oponerse al acto de disposición comunicado, permitiéndole requerir la nulidad del acto y/o la restitución de los bienes (art. 482, párr. 2, CCyC). El Código **remite a las normas de indivisión hereditaria cuando la extinción opera por muerte de uno de los consortes** —contenidas en el Libro V, "Transmisión de derechos por causa de muerte" (art. 2323 CCyC y concs.)—.

ARTÍCULO 482.- ***Reglas de administración.*** *Si durante la indivisión postcomunitaria los excónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta Sección.*

Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos.

Remisiones: ver arts. 467 a 474, y 485 CCyC.

1. Introducción

El CCyC consagra la autonomía de la voluntad de los consortes para acordar las reglas que regirán la administración y disposición de los bienes gananciales sujetos a partición, en el convencimiento que aquella no se contrapone con el orden público en el derecho de familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella.

El orden público se encuentra en la defensa del pluralismo, que exige brindar un soporte legal a la *lex privata*, de modo que el orden jurídico familiar derive, en sus aspectos fundamentales, de la acción autónoma de los sujetos.

En consonancia con la regla que autoriza a los excónyuges a requerir en cualquier momento la partición de los bienes (art. 496 CCyC), se establece el **carácter facultativo de arribar a un acuerdo sobre la gestión de los bienes gananciales a partir de la extinción** de la comunidad.

2. Interpretación

2.1. Acuerdo de gestión de los bienes gananciales: matrimonio disuelto

La facultad de los cónyuges para celebrar acuerdo con el objeto de fijar las reglas de administración y disposición de los bienes gananciales durante el periodo de indivisión postcomunitaria **solo será posible si la extinción comunitaria opera conjuntamente con la disolución del vínculo matrimonial**. En caso contrario —si subsiste el vínculo y se opta por la separación judicial de bienes o por la modificación del régimen convenido por los cónyuges— las restricciones al poder dispositivo contenidas en el "régimen primario" (arts. 456, 457 y 462 CCyC) permanecerán vigentes por constituir el núcleo duro de protección a la familia, estando impedidos los cónyuges de acordar en contrario.

El CCyC recepta una práctica totalmente consolidada en la cual los acuerdos entre cónyuges constituyen una pieza esencial en el marco de la extinción de la comunidad. Fue determinante la doctrina judicial, cada vez más proclive a reconocer virtualidad a estos convenios.

Se descarta la obligatoriedad de estos acuerdos sobre la base del principio fundamental sobre el que se estructura el régimen matrimonial, cual es evitar los conflictos, siendo innegable que **si se obligara a los cónyuges a pactar todos los efectos que se derivan de su matrimonio podríamos enfrentarnos a contiendas y controversias cuando el fin del legislador ha sido sortearlos**.

En tal sentido, conforme surge de los "Fundamentos del Anteproyecto...", en torno al convenio regulador se adopta una postura amplia y flexible "*De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la necesidad de que ellos sean los verdaderos protagonistas también en la ruptura de su matrimonio, se consigna la necesidad de incorporar al proceso un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o, cuando se trata de un divorcio unilateral, surgido de una propuesta; debe referirse a cuestiones que se derivan de un divorcio (ejercicio de la responsabilidad parental, atribución de la vivienda, distribución de bienes, eventuales compensaciones económicas, etcétera). El otro cónyuge puede compartir o esgrimir otras propuestas, y el juez dirimir en caso de conflicto y homologar en caso de arribarse a un acuerdo. (…) En total consonancia con la necesidad de diferenciar el vínculo matrimonial en sí de los efectos o consecuencias que se derivan de su ruptura, se dispone de manera expresa que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio; en este caso, quedarán pendientes de resolución judicial en trámite incidental aquellas cuestiones sobre los cuales no se haya arribado a un acuerdo con total independencia de la disolución del matrimonio por el divorcio*".[32]

Siendo facultativo, podrán los cónyuges acordar su extensión, esto es, celebrar acuerdo total o parcial acerca de las reglas tanto de administración cuanto de disposición de los

(32) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

bienes gananciales —por ejemplo, convenir quién se encarga de la administración de una de las fincas del patrimonio ganancial, o la casa familiar, etc.—. El único límite estaría dado por el orden público y la buena fe.

El acuerdo de gestión de gananciales es válido y exigible entre las partes sin que se requiera para su eficacia homologación judicial, salvo que forme parte del convenio regulador del divorcio (art. 438 CCyC) que sí requiere intervención judicial para lograr eficacia jurídica.

En caso de incumplimiento, para lograr su ejecutoriedad, resultará necesario que esté homologado judicialmente.

Nada obsta a que las partes modifiquen las reglas de gestión acordadas para regir el periodo de indivisión postcomunitaria, pues el fundamento del acuerdo es el principio de autonomía de la voluntad.

Tal variabilidad puede provenir de la voluntad común o también, en casos excepcionales, por decisión judicial, ante la petición de alguno de ellos por razones fundadas, casos en los cuales deba quebrarse o limitarse el principio de libertad por aplicación de otros principios, como el de solidaridad o responsabilidad.

El acuerdo sobre la gestión de los gananciales solo podría ser revocado si se alegaren y probaran vicios de la voluntad, toda vez que el acuerdo reviste la naturaleza de un contrato al que las partes se someten voluntariamente.

La extensión de las facultades judiciales de revisión se limitaría a un control de legalidad del acuerdo, pero no del mérito, por cuanto aquel ha sido celebrado entre los cónyuges en el periodo de indivisión postcomunitaria, habiendo cesado el orden público que impedía a los cónyuges pactar la realización de determinados actos.

2.2. Acuerdo en caso de divorcio

En este supuesto, será posible que los cónyuges acuerden las reglas de gestión y disposición de bienes gananciales, como uno de los temas consensuados en el marco del convenio regulador al que alude el art. 438 CCyC, y también que no lo hagan. Ello pues entendemos que, si bien el convenio regulador es condición de admisibilidad de la demanda de divorcio, tal imposición no se extiende a su contenido pudiendo los excónyuges acordar total o parcialmente lo atinente a la gestión de los gananciales.

De igual modo, quien demanda el divorcio unilateralmente podrá incluir, en el marco del acuerdo regulatorio, requisito de proponibilidad de la demanda (art. 438, párr. 4, CCyC), su propuesta de regulación relacionada a las reglas de gestión de gananciales. En este caso, el juez correrá traslado al otro cónyuge para que exprese la aceptación o no de la propuesta. Si no se acepta, nada se conviene, y rigen entonces las normas de la comunidad con las modificaciones introducidas en esta Sección.

Si el acuerdo es consensuado —en caso de divorcio unilateral, por aceptación de la propuesta efectuada por el actor en la demanda—, o si es presentado conjuntamente, deberá ser evaluado y homologado por el juez para resultar exigible.

2.3. Acuerdo en caso de separación judicial de bienes

Habrá que distinguir la causal para establecer la posibilidad de acordar las normas que regirán la gestión de los bienes gananciales hasta su liquidación. Si la separación judicial de bienes se funda en la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges, se

daría el mismo supuesto que en el divorcio, de modo que ambos cónyuges pueden consensuar las reglas a las que se someterán respecto de la gestión de los bienes gananciales hasta su liquidación. Repárese que, en este supuesto, en la mayoría de los casos existirá acuerdo, aún implícito, acerca de las reglas de gestión.

En cambio, no existen dudas acerca de la imposibilidad de acordar tales reglas cuando la separación judicial de bienes se decide por incapacidad o excusa del cónyuge, atento a que la causa de la extinción de la comunidad es justamente la incorporación de un tercero a la gestión de la masa de los bienes comunes (el curador).

Tampoco podrá celebrarse el acuerdo de gestión de los bienes gananciales en caso de declaración de quiebra del cónyuge, porque existe desapoderamiento de los bienes del fallido (incluidos los gananciales) y los bienes están sujetos a la gestión del juez del proceso universal con la asistencia de la sindicatura.

La imposibilidad de acordar también se verifica en el caso de declaración de concurso preventivo del cónyuge aun cuando no haya desapoderamiento, ya que el concursado nada podría decidir sin autorización judicial, con lo cual tampoco tendría libertad para acordar lo relativo a la gestión de los bienes gananciales.

Idéntica restricción se dará cuando la separación judicial de bienes tenga raíz en la mala administración, puesto que la causal supone reproche a la gestión que acarrearía pérdidas en la participación ganancial, resulta poco probable que el requirente de la separación arribe a un acuerdo con el demandado, aun cuando podría arribarse a un acuerdo para que el cónyuge actor administre los bienes.

2.4. Efectos de la falta de acuerdo sobre la gestión de los gananciales

No existiendo acuerdo sobre el modo de gestión de los bienes en la etapa de indivisión postcomunitaria, los cónyuges **siguen sometidos a las normas a las que se hallaban sujetos vigente la comunidad** contenidas en los arts. 467 a 474 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

A tales disposiciones habrá que incorporar las previstas en esta Sección, relativas al deber de información sobre intención de otorgar actos de administración extraordinaria (art. 482 CCyC) y el deber de rendir cuentas por parte del titular del bien que produce frutos y rentas, junto al derecho a requerir compensación por el uso y goce exclusivo de un bien común (art. 485 CCyC).

2.4.1. Deber de informar la intención de otorgar actos de administración extraordinaria

El CCyC incorpora este deber, de aplicación supletoria a falta de acuerdo de gestión, como una obligación que pesa sobre el titular del bien ganancial de comunicar al otro su intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria.

No se regula el medio por el cual esa comunicación debe ser cursada, pero el alcance de este deber implica que la comunicación de la intención de celebrar tales actos sea fehaciente, siendo válido cualquier medio de notificación que acredite que se dio aviso al cónyuge no titular de actos en los que se podría ver involucrado su derecho a la participación en tales bienes.

El Código tampoco regula el plazo en que tal comunicación debe ser efectuada, alude a que sea razonable. En virtud de ello, la razonabilidad de la comunicación dependerá del tipo de acto que se pretenda realizar.

El CCyC acuerda al **cónyuge no titular del bien la facultad de oponerse al acto de disposición comunicado**.

Una interpretación sistémica de la norma implica que tal oposición será en los términos del art. 456 CCyC —que regula el asentimiento— y que permite requerir la nulidad del acto o la restitución de los bienes en el plazo de seis meses de haberlo conocido.

La oposición tramitará ante el juez del último domicilio conyugal o del demandado, a elección del actor (art. 717 CCyC).

El legislador tuvo en miras la posibilidad de fraude entre cónyuges y la situación de sujetos especialmente vulnerables en la relación. A fin de no gravitar sobre la autonomía de la voluntad, se permitió pactar, pero se estableció, como se ve en el derecho comparado, un deber de candor o de transparencia consistente en informar al otro con debida antelación de la intención de otorgar determinados actos, circunstancia esperable durante el matrimonio emergente de la buena fe.

2.4.2. Rendición de cuentas y compensación

Las otras dos reglas especiales establecidas en esta Sección sobre administración y disposición de bienes gananciales durante el periodo de indivisión postcomunitaria se prevén en el art. 485 CCyC —rendición de cuentas de frutos y rentas producido por los bienes comunes, junto al derecho a requerir compensación frente al uso exclusivo de un bien ganancial—, a cuyo comentario remitimos.

ARTÍCULO 483.- ***Medidas protectorias.*** *En caso de que se vean afectados sus intereses, los partícipes pueden solicitar, además de las medidas que prevean los procedimientos locales, las siguientes:*

a. *la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada;*
b. *su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro; su desempeño se rige por las facultades y obligaciones de la administración de la herencia.*

Remisiones: ver comentario al art. 722 CCyC.

1. Introducción

El CCyC fortalece el sistema de protección de la ganancialidad a través de esta norma, incorporando expresamente dos medidas al catálogo de las tutelas posibles cuya admisión era discutida por la doctrina en la etapa en que la comunidad se encuentra extinguida.

Asimismo, regular esta Sección refuerza el principio de que la partición de los bienes gananciales no requiere ser inminente salvo, claro, el supuesto en que aquella deba producirse en forma inmediata, como en el caso que los cónyuges acuerden la modificación del régimen de comunidad por el de separación de bienes, pues su resultado indicará el patrimonio personal de cada cónyuge con el que se ingresa al nuevo régimen.

Las medidas reguladas en este artículo integran el conjunto de remedios (arts. 470, 473, 479 y 722 CCyC, reconocido en el proceso judicial de separación de bienes, con la demanda de divorcio, nulidad y aún antes de aquellas) que el Código establece con el

objeto de asegurar el derecho del cónyuge a participar en la mitad de los gananciales que se encuentran bajo la masa de administración del otro frente al peligro de que este comprometa dichos bienes en su perjuicio durante el periodo de indivisión postcomunitaria. Procuran resguardar la intangibilidad del valor del patrimonio sujeto a división así como asegurar la oportuna compensación a que podría ser acreedor el peticionante, de mediar la existencia de créditos propios.

Amén de la protección cautelar genérica estatuida en las normas procesales, el Código legisla en forma específica dos medidas que pueden ser requeridas en el periodo de indivisión postcomunitaria ampliando generosamente el ámbito de protección cautelar, de modo que el juez puede decretar aquellas que estime más idóneas según la finalidad perseguida, incluso alguna medida innominada.

2. Interpretación

Las cautelares en los procesos de familia, sean de tutela personal o patrimonial, están regidas prioritariamente por la legislación de fondo o sustantiva. Están sometidas a presupuestos propios y no se aplican, salvo subsidiariamente y ante la ausencia de normas específicas, las disposiciones de los Códigos procesales.

La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora se acreditarán con la prueba de la extinción de la comunidad (sentencia de divorcio, de nulidad, de separación judicial de bienes o convención matrimonial) siendo tales condiciones las habilitantes para requerir la protección del derecho a la ganancialidad.

Respecto de su extensión, el juez deberá evaluar, en cada caso, qué amparo resulta más adecuado a fin de proteger los derechos del solicitante, rechazando las solicitudes deducidas en forma abusiva con fines extorsivos o que imposibiliten el normal desenvolvimiento de los negocios o actividad de la parte afectada.

No resultará aplicable el régimen de caducidad de las cautelares regulado en las normas procesales, por referir a obligaciones exigibles, carácter que no se concilia con las obligaciones familiares.

Sin embargo, resultaría prudente que el juez, según las circunstancias de cada caso, fije plazos de caducidad a los fines del inicio de la acción principal, para evitar perjuicios *sine die* al afectado y el ejercicio de conductas abusivas por parte del peticionante de la medida.

La tutela alcanza, en principio, a los bienes gananciales, pero puede extenderse sobre los bienes propios de uno de los esposos cuando se justifique —por ejemplo, eventuales derechos de recompensa u ocultación de gananciales—. En caso de duda sobre el carácter propio o ganancial del bien, no corresponde su previa dilucidación, atento a la presunción de ganancialidad del art. 466 CCyC, por lo que debe ordenarse su despacho favorable.

No existen modificaciones respecto del régimen previsto para las cautelares en general. Así, la resolución que las admite o deniega será susceptible de recurso de reposición o revocatoria, por tratarse de una providencia simple. La forma y los efectos de la admisión del recurso divergen según los diversos ordenamientos procesales.

En principio, las cautelares rigen hasta tanto se proceda a la liquidación de la comunidad, oportunidad en la cual el cónyuge titular habrá de recibir su parte correspondiente. Sin embargo, podrán ser dejadas sin efecto en caso de demostrarse injusticia de su conservación y ausencia de peligro alguno para el cónyuge que las peticionó.

Las medidas autosatisfactivas podrían, excepcionalmente, decretarse adjudicando anticipadamente a un cónyuge bienes o sumas gananciales que son necesarias para afrontar eventos de gravedad, pero extremando la prudencia para su otorgamiento. No se presentan situaciones de "anticipo de tutela", sino de "conservación de bienes".

2.1. Autorización para realizar actos que requieren el asentimiento del cónyuge

Durante la comunidad, la gestión de los bienes gananciales está en cabeza del cónyuge titular, con arreglo al régimen de gestión separada ratificado por el art. 470 CCyC. Cada cónyuge actúa como titular de sus bienes gananciales, sin perjuicio de la restricción impuesta por el CCyC, relativa al asentimiento del no titular para ejecutar determinados actos de disposición —derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables de aquella (art. 456 CCyC)— y para la enajenación o constitución de gravamen, incluso la promesa de tales actos, respecto de ciertos bienes (art. 470 CCyC).

Tal exigencia, vigente la comunidad, obedece a la necesidad de prevenir actos en fraude o en perjuicio del cónyuge no titular del bien, rodeando la disposición de los bienes gananciales de un halo protector constituido por la intervención del no titular para asegurar el respeto de su derecho a la ganancialidad.

Las disposiciones comunes al régimen legal y al convencional, regulado por el Código (arts. 454 a 462 CCyC) son inderogables y se encuentran destinadas a la protección de los intereses familiares comprometidos, al tiempo que reconocen base en la solidaridad familiar: de allí que **la indisponibilidad de este régimen normativo no se discute si permanece vigente el matrimonio aun cuando se hubiere extinguido la comunidad**. De tal modo, extinguida la comunidad, pueden darse diversos supuestos:

a. que no se disuelva el matrimonio —separación judicial de bienes o modificación del régimen convenido por los cónyuges— con lo cual las restricciones al poder dispositivo (arts. 456, 457, 462 y 470 CCyC) continúan plenamente vigentes;
b. que también se disuelva el matrimonio —divorcio, muerte, nulidad de matrimonio putativo— y que los excónyuges hubiesen acordado reglas de administración y disposición de los bienes sujetos a partición (art. 482 CCyC) que impliquen la cesación de las restricciones al poder dispositivo impuestas por los arts. 456, 457 y 462 CCyC;
c. que se disuelva el matrimonio, pero que los excónyuges no hubiesen acordado reglas de disposición diversa, de modo que las restricciones al poder dispositivo impuestas por los arts. 456, 457, 462 y 470 CCyC subsisten. En este último supuesto, el requisito de la doble intervención, del titular de los derechos a transmitir y de su exconsorte, protege la proyección comunitaria legal de los gananciales.

Vigente la restricción al poder dispositivo respecto de los bienes enunciados en los arts. 456 y 470 CCyC, el excónyuge titular que no obtuviera injustificadamente el asentimiento de su exconsorte, podrá requerir al juez autorización para efectuar el acto, debiendo acreditar las condiciones de la operación para que el magistrado efectúe el control de mérito del acto, mientras que sobre el oponente pesará la carga de exponer las razones de su oposición.

2.2. Designación del cónyuge o de un tercero como administrador de la masa del otro

Aceptada por el Código la sustitución del cónyuge (o excónyuge) administrador, se impone resaltar que será una providencia excepcional, viable cuando se configure un peligro cierto para los derechos del no administrador, exteriorizado en la conducta del que se

quiere desplazar, que permita temer enajenaciones fraudulentas o disipación de bienes, y la exigencia de haberse comprobado actos suyos dirigidos al perjuicio del consorte o a tornar ilusorios sus derechos.

Con el dictado de esta orden se persigue evitar que la gestión por parte de uno de los esposos de los bienes sujetos a su administración ponga en peligro, haga inciertos o defraude los derechos del otro integrante de la comunidad. No debe perderse de vista que, en el despacho de estas autorizaciones, debe preverse que no se perjudiquen derechos de terceros o se produzcan perjuicios innecesarios a quien la padece.

2.3. Medidas acordadas en los procedimientos locales

Los ordenamientos locales regulan una enorme casuística de medidas asegurativas cuyo despacho debería acordarse según la tutela que se quiera brindar. Aquellas son desarrolladas *in extenso* en el comentario del art. 722 CCyC, al cual remitimos.

Merece destacarse la posibilidad de requerir medidas cautelares en el ámbito comunitario del Mercosur.[33]

A diferencia de la orfandad normativa, especialmente de fuente convencional, que se advierte en otras latitudes, entre los países del Mercosur existen varios tratados internacionales que se ocupan específicamente de la cooperación cautelar internacional y encaran el problema brindando soluciones razonables, como el Tratado de Derecho Procesal Internacional (Montevideo, 1940), cuyos arts. 12 a 14 contemplan varios aspectos de los embargos trabados por exhorto, incluso el levantamiento de la medida y la oposición de tercerías; la Convención Interamericana sobre cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II, Montevideo, 08/05/1979), de la que son partes siete Estados latinoamericanos (Argentina, Ecuador, Colombia, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay); y el propio instrumento elaborado por el Mercosur, el Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto, 16/12/1994), vigente en los cuatro países del Mercosur —en nuestro país, mediante ley 24.579—. Este último tratado internacional tuvo por finalidad facilitar la traba de medidas cautelares cuando el juicio tramita en un país del Mercosur y la medida debe hacerse efectiva en otro, especialmente respecto de Brasil, que no era parte en la CIDIP II, mientras que respecto de Argentina, Paraguay y Uruguay rigen ambas normas (Ouro Preto y CIDIP II). La gran importancia del tratado de Ouro Preto en relación con Brasil, es que permite que las medidas cautelares sean solicitadas a través de exhortos o cartas rogatorias, y que no se aplique el procedimiento homologatorio de las sentencias extranjeras.

ARTÍCULO 484.- ***Uso de los bienes indivisos.*** *Cada copartícipe puede usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho del otro.*

Si no hay acuerdo, el ejercicio de este derecho es regulado por el juez.

El uso y goce excluyente sobre toda la cosa en medida mayor o calidad distinta a la convenida, solo da derecho a indemnizar al copartícipe a partir de la oposición fehaciente, y en beneficio del oponente.

Remisiones: ver comentario al art. 485 CCyC.

(33) Kemelmajer, Aída R., "Los protocolos de cooperación jurisdiccional y de medidas cautelares en el Mercosur", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 1 —Sociedades Anónimas—, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 579.

1. Introducción

Recuérdese que mediante el reconocimiento de la autonomía personal de los excónyuges —siempre que la comunidad se extinga y también el vínculo, pues, de lo contrario, si ha habido separación judicial de bienes y/o modificación de régimen, los cónyuges quedarán sujetos al régimen de separación de bienes (arts. 505 a 508 CCyC) y a las restricciones al poder dispositivo previstas en el "régimen primario" (arts. 456, 457 y 462 CCyC)— aquellos podrán acordar libremente las reglas de administración y disposición de los bienes gananciales durante el periodo de indivisión postcomunitaria (art. 482 CCyC).

Si no hubiere acuerdo, subsistirán las reglas establecidas en el régimen de comunidad (arts. 467 a 474 CCyC), junto a tres reglas incorporadas en esta Sección:

a. deber de informar la intención de otorgar actos de administración extraordinaria (art. 482, párr. 2, CCyC);

b. deber del titular del bien ganancial de rendir cuentas de los frutos y rentas producidos por aquel; y

c. deber de abonar compensación a la masa por el uso o goce exclusivo de un bien común desde que se requiere.

2. Interpretación

2.1. Principio rector: acuerdo sobre el uso y goce de los bienes comunes

En el marco de la autonomía de la voluntad reconocida a los cónyuges por el art. 482 CCyC, que los faculta a convenir las normas de gestión de los bienes durante el periodo de indivisión postcomunitaria, el Código prevé la posibilidad de pacto respecto al uso que se dé a aquellos: de tal modo, podrá pactarse el uso exclusivo y/o compartido de cualquier bien. Frente a la ausencia de consenso entre los comuneros sobre el uso y goce de los bienes comunes, será el juez quien decida.

2.2. Reparación por uso indebido del bien indiviso

Se regula el supuesto en que, existiendo acuerdo de gestión de los gananciales (art. 482 CCyC), un copartícipe ejerza el derecho de uso y goce sobre un bien ganancial en medida o calidad diversa a la convenida. El CCyC resuelve un problema bastante frecuente en los estrados judiciales. En tal caso, el otro cónyuge —o excónyuge— deberá deducir oposición fehaciente previa para tener derecho a que el uso no convenido cese y sea reparado. La oposición fehaciente supone que se efectivice mediante un instrumento hábil para tal fin, por ejemplo, una carta documento.

Privilegiando la autonomía de los cónyuges o excónyuges para acordar las diferencias, el CCyC habilita, como última instancia para dirimir el conflicto, la intervención judicial —del juez del último domicilio conyugal o de el del demandado, a elección del actor (conf. art. 717 CCyC)— quien establecerá la medida de la reparación a cargo del copartícipe por el uso indebido, así como la extensión del uso que cabe asignarle al bien. La norma analizada debe complementarse con el derecho a indemnización por uso exclusivo de un bien ganancial regulado por el art. 485 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

ARTÍCULO 485.- ***Frutos y rentas.*** *Los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecen a la indivisión. El copropietario que los percibe debe rendición de cuentas, y el que tiene el uso o goce exclusivo de alguno de los bienes indivisos debe una compensación a la masa desde que el otro la solicita.*

1. Interpretación

En el periodo de indivisión postcomunitaria, disuelto también el matrimonio, la gestión de los bienes puede acordarse (art. 482 CCyC). En su defecto, siguen vigentes las normas de la comunidad, de modo que cada cónyuge mantiene la gestión de sus bienes gananciales con las restricciones al poder dispositivo previstas en los arts. 456 457, 462 y 470 CCyC, así como las reglas incorporadas por esta Sección, relativas al deber de informar acerca de la intención de otorgar actos extraordinarios de administración (art. 482 CCyC) y al deber de rendir cuentas (art. 485 CCyC).

La disposición glosada, ausente en el régimen del Código Civil, recepta el consenso doctrinario y jurisprudencial relativo a que los frutos y rentas de los bienes gananciales engrosan la indivisión, por tanto, integran la masa sujeta a división; mientras que los frutos, rentas y productos de los bienes propios y los frutos civiles, el trabajo, profesión o industria de los copartícipes, a partir de la extinción de la comunidad, le pertenecen en forma exclusiva al copartícipe que los causa o titular del bien.

El Código también establece el **deber de rendir cuentas** sobre los frutos y rentas de los gananciales devengados durante este periodo, obligación cuya extensión estará dada por el requerimiento que efectúe el cónyuge que la peticiona. La eximición de tal obligación solo podrá provenir del acuerdo de gestión de los bienes al que arriben los cónyuges (art. 482 CCyC).

De otra parte, cuando uno de los esposos utiliza en forma exclusiva un bien, podrán también acordar el **pago de un canon compensatorio** por tal exclusividad —derecho que se encuentra expresamente reconocido por el art. 444 CCyC, a favor de quien no se hubiere atribuido la vivienda familiar—, o bien requerirlo el consorte que no se beneficia con tal goce.

En los casos en que la exclusividad del uso del bien reconozca origen en el art. 442, inc. c, CCyC —atribución de la vivienda familiar al cónyuge enfermo—, o en el art. 443 CCyC —atribución al cónyuge que se encuentra en situación desventajosa para proveerse una vivienda por sus propios medios—, el juez decidirá si corresponde la fijación de canon por tal exclusividad.

Para reclamar el pago del canon, deberá deducirse oposición ante el juez del último domicilio conyugal o del demandado, a elección del actor (art. 717 CCyC), ello por cuanto el uso exclusivo tolerado por el otro copartícipe sin oposición importará la aprobación de la situación.

Existe consenso en el sentido que tal derecho puede ejercerse únicamente con proyección hacia el futuro, ya que la pasividad de los comuneros con respecto a la ocupación gratuita por parte de uno de ellos importa consentimiento tácito con dicha ocupación. En consecuencia, debe reconocerse el derecho a percibir un canon fijado judicialmente, desde la fecha de reclamación, no con relación al tiempo anterior.

ARTÍCULO 486.- ***Pasivo.*** *En las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión postcomunitaria se aplican las normas de los artículos 461, 462 y 467 sin perjuicio del derecho de éstos de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común.*

1. Introducción

La cuestión relacionada a las cargas de la comunidad y la responsabilidad de los cónyuges suscitó divergencias doctrinarias a partir de la reforma operada al texto de Vélez Sarsfield, por las leyes 11.357 y 17.711.

El sistema originario del CC establecía una serie de deudas, que denominó "cargas de la sociedad conyugal", permitiendo distinguir las deudas comunes de las propias de cada cónyuge y establecer, a la liquidación de la sociedad, qué bienes debían soportar la deuda. Tal previsión tenía como correlato la unidad de administración puesta en cabeza del marido.

Cuando se analizaba el pasivo de la comunidad, se planteaba una doble cuestión. De un lado, sobre qué bienes le es posible al acreedor perseguir el cobro de su crédito (cuestión de la "obligación"); y, de otro, quién debe finalmente soportar el peso de la deuda (cuestión de la "contribución"). Se afirmaba que la cuestión de la obligación se planteaba desde el origen de la deuda, y la referida a la contribución se presentaba al momento de la disolución y partición de la comunidad. Ambos aspectos quedaban subsumidos en el régimen de cargas del Código Civil (art. 1275 CC), que establecía cuáles eran las deudas por las que los acreedores podían perseguir los bienes gananciales permitiendo un adecuado sistema de contribución por el pago de deudas comunes en caso de haberse satisfecho aquellas con bienes propios de uno de los cónyuges.

Sin perjuicio de constituir cargas comunes de la sociedad conyugal, los acreedores de tales créditos podían ejecutar los bienes propios del cónyuge deudor, aun cuando no existía disposición expresa.

El dictado de la ley 11.357 generó una modificación sustancial en el régimen establecido por el art. 1275 CC atento a la incorporación de los bienes reservados a la administración de la mujer y la posibilidad de que ella reasumiera la gestión de sus bienes propios, y al establecimiento de un régimen de responsabilidad separada entre los cónyuges (arts. 5° y 6° de la ley 11.357). La alteración normativa reseñada debió también conciliarse con el régimen de gestión separada establecido por la ley 17.711.

La concertación interpretativa de las normas aludidas dividió a la doctrina. Para un sector, el sistema de cargas del art. 1275 CC había sido derogado y, en su reemplazo, regían las directivas de los arts. 5° y 6° de la ley 11.357. Mientras que la mayoría discrepaba con tal solución, sosteniendo que la posición que propiciaba la derogación implícita del art. 1275 CC, no distinguía los dos aspectos involucrados en la norma —las cuestiones de la obligación o responsabilidad por la deuda y las de la contribución—; afirmó que el art. 5° de la ley 11.357 (que establece la responsabilidad separada) modificó el primer aspecto relativo a la responsabilidad por la deuda, y no el aspecto referido a la contribución. De modo que, a partir de la ley 11.357, la solvencia del crédito ya no se imputa a una masa ganancial única, como preveía el art. 1275 CC, sino que corresponde distinguir la masa ganancial del cónyuge que contrajo la deuda, siendo las deudas por aquel contraídas ejecutables solo sobre la masa bajo su administración y no sobre la del no deudor. Concluye expresando que la imputación final de la deuda común que se haga a la liquidación de la sociedad conyugal no quedaba resuelta por el art. 5° de la ley 11.357.

En virtud de ello, era pertinente distinguir entre deudas comunes —o cargas— y deudas propias del cónyuge en los términos que lo realizaba el art. 1275 CC, por lo que si una deuda propia era ejecutada sobre bienes gananciales del deudor a la liquidación de la sociedad, el otro cónyuge tenía derecho a reclamar una compensación.

Los arts. 5° y 6° de la ley 11.357 solo modificaron el aspecto de la "obligación", mientras que la cuestión de la "contribución" permanecía regida por el art. 1275 CC. Resultaba ampliamente mayoritaria esta última interpretación.

2. Interpretación

El CCyC cierra este debate aludido al regular los dos aspectos de la responsabilidad durante la etapa de indivisión post comunitaria. La cuestión de la "obligación o responsabilidad" por la deuda se legisla en el artículo bajo comentario, mientras la cuestión de la "contribución" en la deuda se regula en el art. 489 CCyC, a través de la sistematización de una serie de obligaciones comunes o tipificadas de acuerdo a la finalidad por la cual fueron contraídas (cargas de la comunidad).

2.1. Subsistencia del régimen de responsabilidad comunitario. Excepciones

El Código ratifica el **principio de responsabilidad separada** vigente la comunidad, de modo que las deudas contraídas en este periodo son personales del cónyuge que las contrajo; también la responsabilidad **solidaria es excepcional** y se caracteriza por el fin que la causó, mientras que subsiste la responsabilidad concurrente por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales.

Señalado el pasivo de la indivisión y, a pesar del estado de los bienes gananciales, ello no significa que las masas no tengan su propia individualidad frente a terceros, por lo cual cada masa ganancial continúa como garantía de las obligaciones contraídas por el cónyuge propietario.

2.2. Disposición a título oneroso de cosas no registrables

Mediante esta norma, el Código restringe la capacidad de autorregulación reconocida a los comuneros en el periodo de indivisión de los bienes comunes, manteniendo el diseño del sistema de responsabilidad vigente durante la comunidad de bienes. La razón de ello reside en la protección de los derechos de los terceros contratantes con los cónyuges, a quienes se les garantiza que la extinción de la comunidad no puede afectar la garantía patrimonial de sus deudores (art. 487 CCyC).

Los actos de gestión y disposición sobre cosas muebles no registrables ejecutados por el copartícipe que ejerce la tenencia de la cosa son plenamente válidos salvo que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro copartícipe o al ejercicio de su trabajo o profesión, actos para los que se requiere el asentimiento de aquel (art. 462 CCyC). Los actos ejecutados en contra de tal disposición autorizan al otro copartícipe a demandar la restitución del bien o la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses de haberlo conocido (art. 456 CCyC).

Estas normas, integrantes del denominado "núcleo duro" o "régimen primario" —comunes a todos los matrimonios con independencia del régimen económico que rija la unión—, propagan su vigencia extinguida la comunidad.

2.3. Partición de la comunidad solicitada por los acreedores

La norma autoriza a todos los acreedores de los copartícipes a subrogarse en los derechos de su deudor o en los del no contratante para solicitar la partición de la masa común. La subrogación en tales derechos nunca podrá ser superior al monto del crédito que pretende ejecutarse.

Los acreedores del cónyuge no titular, como son los subrogantes, tienen interés en que los bienes se transmitan, sean partidos y pasen, total o parcialmente, de la cabeza de quien era el titular exclusivo antes de la disolución —en el caso, un cónyuge— a su deudor —en el caso, el otro cónyuge—, para que, de este modo, puedan agredir bienes que antes no podían atacar porque estaban bajo la titularidad del cónyuge no deudor.

Por ello, extinguida la comunidad, y liquidadas las deudas de cada uno de los cónyuges, la garantía patrimonial de los acreedores sufre un encogimiento y un estiramiento. Encogimiento de la garantía de los acreedores del cónyuge deudor que no han estado atentos, que no se han opuesto a la partición pues, consecuentemente, parte de los bienes pasaron al otro cónyuge. Estiramiento porque los acreedores que antes no tenían bienes para agredir, ahora tienen los recibidos por efecto de la partición. El mérito del nuevo texto consiste en haber mejorado notablemente el sistema de responsabilidad antes regulado por la ley 11.357, tanto en su expresión como en su contenido.

ARTÍCULO 487.- ***Efectos frente a los acreedores.*** *La disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integralidad del patrimonio de su deudor.*

Remisiones: ver art. 480 CCyC.

1. Introducción

La sentencia que extingue la comunidad —de divorcio, nulidad, separación judicial de bienes y/o el cambio de régimen— produce efectos retroactivos con diverso alcance, al día de la notificación de la demanda de divorcio o nulidad o de la presentación conjunta, o a la fecha en que operó el cese de la convivencia (conf. art. 480 CCyC, a cuya glosa remitimos), de modo que las deudas y los bienes posteriores a tal fecha son ajenos a la comunidad, por tanto revisten carácter personal del cónyuge contratante.

No obstante ello, la titularidad que sobre los bienes tenían los cónyuges antes de extinguida la comunidad no se modifica de pleno derecho una vez disuelta aquella.

Esta norma complementa la disposición del art. 486 CCyC, en tanto protege los derechos de terceros acreedores de los copartícipes de fecha anterior a la extinción de la comunidad, imponiendo a los **cónyuges (o excónyuges) un deber de diligencia**, consistente en la inscripción de la sentencia de extinción de la comunidad (o del cambio de régimen) en el Registro Civil. Satisfecho tal deber, la extinción comunitaria será oponible a los acreedores.

2. Interpretación

El Código regula el Título Preliminar como núcleo de significaciones aportando reglas que **confieren una significación general a todo el Código**. De este modo, como se expresa en los "Fundamentos del Anteproyecto...", el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza

y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas.

Entre los principios generales del Título Preliminar —que luego se complementan con reglas específicas existentes en materia de obligaciones, contratos, derechos reales y otros aspectos, sin dejar de considerar la influencia que ello tiene sobre las leyes especiales—, se establece el fraude, independizándolo del fraude a los acreedores y elevándolo al rango de una categoría general (art. 12 CCyC). Desde esta perspectiva, el Título Preliminar amplía su contenido a otras cuestiones.

El Código también regula la buena fe como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos subjetivos (art. 9° CCyC), acción que se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos. Al ser un principio general, se incluye tanto la buena fe en el sentido de la exigencia de un comportamiento leal (objetiva) como la denominada buena fe "creencia" (subjetiva), que incluye la apariencia y, por lo tanto, se prescinde de aquella expresión.

La buena fe del tercero se presume. La carga de probar la mala fe pesa sobre el cónyuge que la alega, pretendiendo oponer la extinción de la comunidad a un acreedor. Luego, la protección de terceros se encuentra contemplada, en forma expresa e implícita, en diversos articulados del Título II, Libro II, que establecen qué bienes pertenecen a cada cónyuge y cuáles tiene carácter ganancial, al fijar las pautas de responsabilidad durante y extinguida la comunidad, etc.

Mediante la disposición glosada, el Código efectúa una **aplicación concreta y explícita de la seguridad jurídica como uno de los pilares sobre los que se asienta el régimen matrimonial cualquiera sea su fuente** —legal o convencional, como se verá en el desarrollo del Capítulo 3, art. 505 CCyC y concs.—, en tanto procura impedir que los cónyuges se confabulen entre sí para violar las reglas de orden público previstas por el CCyC.

De este modo, se recepta la doble dimensión de la seguridad jurídica ensayada por Lorenzetti,[34] que implica la posibilidad de predicción y protección, de modo que involucra de un lado la existencia de pautas estables y previsibles que permitan el intercambio de bienes y servicios en la vida social, y de otro, la protección de los derechos de terceros que, en el régimen matrimonial deben quedar a salvo de los actos que realicen los cónyuges.

2.1. Acreedores de los copartícipes de fecha anterior a la extinción de la comunidad

Durante la comunidad, la gestión de los bienes gananciales está en cabeza del cónyuge titular con arreglo al régimen de gestión separada consagrado desde el año 1968 en nuestro país y ratificado por el art. 470 CCyC. Cada cónyuge actúa como titular, sin perjuicio de las restricciones impuestas por la norma citada y por el "régimen primario", que requiere asentimiento del no titular para determinados actos (arts. 456 y 457 CCyC).

(34) Lorenzetti, Ricardo, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 454.

Tal exigencia, vigente la comunidad, obedece a la necesidad de prevenir actos en fraude o en perjuicio del cónyuge no titular del bien.

Extinguida aquella, la disposición del bien por parte del titular implica la salida del activo ganancial de un bien que integra la masa partible.

Frente a tal acto de disposición, el cónyuge no titular del bien podrá ejercer las medidas cautelares que considere apropiadas, pues la comunidad se ha extinguido y su derecho a la ganancialidad es actual.

Mas, frente a terceros, no podrá alegar el carácter de copropietario porque la extinción de la comunidad no supone titularidad de esa mitad. Por ello, durante el estado de indivisión, las masas gananciales de cada cónyuge (o excónyuge) mantienen su propia individualidad frente a los terceros. Así, cada masa continúa como garantía de las obligaciones contraídas por el cónyuge propietario.

La limitación de la responsabilidad, también durante este periodo, es la solución más adecuada, pues lo contrario implicaría que, por el hecho de la disolución, los acreedores verían aumentada su garantía en límites que no existían en el instante de nacer sus créditos, mientras que el cónyuge no deudor resultaría responsable por una deuda a cuya satisfacción no estaba obligado durante la vigencia del régimen.

La norma glosada **resguarda expresamente el derecho de los acreedores con quienes contrataron los copartícipes antes de extinguirse la comunidad**, extinción que solo les es oponible una vez inscripta en el Registro Civil, ya sea por sentencia de divorcio, nulidad, separación judicial de bienes, o por el cambio de régimen convenido por los cónyuges.

Esta norma de protección a los terceros acreedores de fecha anterior debe complementarse, en caso de fraude, con las normas generales del art. 338 CCyC y ss.; con la previsión del art. 480, párr. 4; y con la del art. 449 CCyC, que acuerda a los acreedores anteriores al cambio de régimen, que sufran perjuicios por tal motivo, a requerir la inoponibilidad de tal modificación en el término de un año computado a partir de que tuvieron conocimiento.

SECCIÓN 7ª
Liquidación de la comunidad

ARTÍCULO 488.- ***Recompensas.*** *Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes.*

1. Introducción

La consagración de normas específicas para el proceso de liquidación de la comunidad se inscribe como otro gran logro del ordenamiento sancionado mediante el CCyC; decisión legislativa, que se completa con la **sistematización de su extensión, oportunidad para su reclamo, procedimiento de valuación y la posibilidad de devengar intereses, ausentes en el ordenamiento anterior y** previstas a lo largo de esta Sección.

Reciben la denominación de recompensas los créditos entre los cónyuges que surgen con motivo de la gestión patrimonial de los bienes propios y gananciales durante la comunidad, que han de determinarse después de su disolución, a fin de establecer con exactitud la masa que entrará en la partición.

Su propósito es restablecer la debida composición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, teniendo en cuenta los bienes que las constituían al iniciarse la sociedad conyugal y los que fueron adicionándose o sustrayéndose después.

El enorme valor de esta norma reside en la consagración explícita de la noción de recompensa —inclusiva de cualquier supuesto en que hubiere beneficio de una masa de bienes a expensas de otra— designando las reglas que la rigen, superando así al régimen anterior, que solo las admitía casuísticamente.

El concepto teórico subyacente para reclamar el derecho a recompensa es el de enriquecimiento sin causa, previsto expresamente en el art. 1794 CCyC. Es importante señalar que esta teoría recién cobra virtualidad una vez extinguida la comunidad.

2. Interpretación

El proceso de liquidación de la comunidad requiere de la realización de una serie de operaciones para concretarse.

El primer paso es la determinación de las operaciones de compensación de masas por beneficios obtenidos a expensas de bienes pertenecientes a la otra, a fin de establecer los créditos correspondientes.

De tal modo, este proceso abarca, tanto el caso en que la comunidad, integrada por los bienes gananciales de cada cónyuge, tenga que reintegrar —compensar— a uno de los cónyuges los valores con que, a falta de reinversión, ingresaron a ella como gananciales; como también aquel supuesto en el que la comunidad se haya visto privada de valores que aprovecharon exclusivamente a uno u otro cónyuge, por ingresar a su propio patrimonio o por acrecido o mejorado bienes propios.

El pago de la recompensa supone la satisfacción de una relación crédito/deuda entre un cónyuge acreedor y un cónyuge deudor, pues se trata de créditos debidos entre cónyuges, o entre uno de ellos y los herederos del otro a causa de su participación en la comunidad.

El Código establece, **como directiva general, el deber de compensar los supuestos en los que hubo provecho de una u otra masa —ganancial o propia—, en detrimento de la otra**, por uso de fondos que no le pertenecen, sin perjuicio de los casos expresos de compensación regulados a lo largo del Código.

A favor de la comunidad: art. 464, inc. b, párr. 3, CCyC: valor de donaciones remuneratorias que excedan una equitativa remuneración de los servicios recibidos; art. 464, inc. c, CCyC: por saldo ganancial utilizado para la adquisición de un bien propio adquirido por subrogación real; art. 464, inc. f, CCyC: por mejora de la calidad de las crías de ganado propio; art. 464, inc. j, CCyC: por empleo de fondos gananciales para la mejora o adquisiciones a cosas propias; art. 464, inc. k, CCyC: adquisiciones de partes indivisas de un bien del cuál ya era partícipe un cónyuge a título propio; art. 464, inc. l, CCyC: por los valores utilizados para extinguir derechos reales de bienes propios; art. 464, inc. m, CCyC: por la adquisición de ropas y objetos de uso personal, o bienes para el ejercicio laboral o profesional de gran valor; art. 468 CCyC: pago de deuda personal con fondos gananciales; art. 491 CCyC: mayor valor de acciones propias por capitalización de utilidades, etc.

Y a favor del cónyuge: art. 465, inc. f, CCyC: bienes comunes adquiridos por subrogación real con empleo de fondos propios; art. 465, inc. m, CCyC: valor de las mejoras o

adquisiciones hechas en bienes gananciales con fondos propios; art. 465, inc. n, CCyC: adquisiciones de partes indivisas de un bien ganancial; art. 465, inc. ñ, CCyC: por los valores utilizados para extinguir derechos reales de bienes comunes; art. 491 CCyC: enajenación de bienes propios sin reinversión, etc.

Se trata de un derecho adquirido de contenido patrimonial, por tanto renunciable extinguida la comunidad y transmisible por causa de muerte.

En cuanto a la prescripción, cabe señalar que, tratándose de una obligación personal y no teniendo plazo especial legalmente previsto, la acción para reclamar las recompensas se rige por el término genérico (art. 2560 CCyC, que lo establece en cinco años), computable a partir de que queda firme la sentencia de divorcio.

La extensión de la recompensa será variable, según se trate de compensación debida al copartícipe o a la comunidad.

Así, la debida por uno de los copartícipes a la comunidad equivaldrá al 50% del monto de los gastos, mejoras o pagos efectuados, por tratarse de un crédito ganancial que, al extinguirse la comunidad, se transforma en copropiedad de ambos. Si la recompensa es debida por la comunidad a uno de los copartícipes, aquel tendrá derecho a retirar de la masa ganancial el total del valor de la inversión verificada con fondos propios, sin perjuicio de lo que le corresponda por efecto de la partición de la comunidad.

ARTÍCULO 489.- ***Cargas de la comunidad.*** *Son a cargo de la comunidad:*

a. *las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el artículo siguiente;*
b. *el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar;*
c. *las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y aun la de bienes propios si están destinados a su establecimiento o colocación;*
d. *los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales.*

1. Introducción

Aquí se regula el modo de contribución entre los cónyuges para el cómputo de recompensas, disposición que debe concordarse con el reconocimiento expreso del derecho a recompensa a favor del cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad (art. 468 CCyC).

El sistema propuesto mantiene, en general, el criterio anterior, aun cuando se observa la ampliación de algunas cargas y la reducción de otras.

Asimismo, resulta coherente con el régimen de administración y responsabilidad separada vigente la comunidad.

Se destaca la **bondad metodológica de legislar las cargas en la sección de liquidación, toda vez que es en esta etapa cuando la cuestión de la contribución se materializa, debido al sistema de responsabilidad separada**. En virtud de ello, el cónyuge tomador de la deuda la enfrentará —y, luego, en la etapa de liquidación de la comunidad— podrá reclamar recompensa si los gastos enumerados por la norma glosada fueron cubiertos con fondos propios.

2. Interpretación

Como se explicitara en los párrafos precedentes, el Código regula los dos aspectos de la responsabilidad durante la etapa de indivisión postcomunitaria. La cuestión de la "obligación o responsabilidad" —quién paga— se legisla en el art. 486 CCyC; mientras que en la disposición glosada se reglamenta la cuestión de la "contribución" de la deuda —con qué fondos—, a través de la sistematización de una serie de obligaciones a las que se denomina cargas de la comunidad, en virtud de la finalidad por la cual fueron contraídas, y que pesarán sobre la masa común (ganancial).

Extinguida la comunidad, subsiste la separación de responsabilidades, lo que implica que los acreedores de uno u otro cónyuge, o copartícipe, podrán ejecutar sus créditos respecto del patrimonio de su deudor. De tal modo, si se hubiese agredido patrimonio propio del cónyuge deudor por deudas comunes, aquel tendrá derecho a reclamar recompensa en las operaciones de liquidación.

2.1. Análisis de los incisos

Se utiliza la expresión **cargas de la comunidad para aludir a débitos (compromisos) contraídos por cualquiera de los cónyuges en beneficio de la comunidad**, aun cuando las obligaciones son siempre personales de cada uno. El Código enuncia como **cargas de la comunidad (o sea que deben ser computadas sobre el haber ganancial)** a las siguientes:

a. ***las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el artículo siguiente;***

Son las cargas por excelencia, en tanto que las anteriores a la celebración del matrimonio son personales de cada cónyuge. Representan la contracara del art. 465, inc. a, CCyC conforme el cual todas las adquisiciones onerosas posteriores a la celebración del matrimonio son, en principio, gananciales. Se incluyen en este apartado todas las obligaciones de fuente contractual, excepto que la deuda importe una contraprestación de la que solo obtenga un beneficio el cónyuge deudor. Se mantiene la redacción del art. 1275, inc. c, CC.

b. ***el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar;***

Las deudas enunciadas en este inciso constituyen la manifestación más pura del deber de asistencia debido en razón de los vínculos familiares y de la solidaridad familiar. El CCyC mantiene la redacción del art. 1275, inc. a, CC, pero con una fórmula gramatical superadora, por cuanto el régimen reformado aludía a los hijos "legítimos" de uno de los cónyuges, al tiempo que limitaba los alimentos —como carga— a los debidos a los "ascendientes". En este sentido, **se ha ampliado la extensión de esta carga**.

El deber alimentario de un cónyuge puede extenderse al exconsorte de un matrimonio anterior —por padecimiento de enfermedad grave preexistente al divorcio; por carecer de recursos propios suficientes o por imposibilidad razonable para procurárselos (art. 434 CCyC)—; a sus ascendientes o a sus hermanos (art. 537 CCyC); a sus parientes por afinidad en línea recta en primer grado —suegros o hijos de su cónyuge (art. 538 CCyC)—; y a sus descendientes (art. 662 CCyC), aun mayores de edad —en las condiciones previstas por los arts. 662 y 663 CCyC—, o en el marco de la acción de reclamación de la filiación y antes de ella (arts. 586, 664 y 665 CCyC).

La obligación alimentaria del padre afín supondrá convivencia con el niño o adolescente (art. 672 CCyC) y, en principio, se extingue con el cese de aquella, salvo supuesto de grave daño al niño, en el que se autoriza que subsista con carácter asistencial y por el tiempo que el juez estime necesario, de acuerdo a las condiciones de fortuna del alimentante, las necesidades del niño y la duración de la convivencia. Tratándose de ascendientes, la obligación alimentaria derivada del parentesco alcanzará al yerno o nuera (art. 538 CCyC), quedando tal obligación incluida como carga, es decir, solidaria de ambos cónyuges. De tal manera, son cargas de la comunidad las deudas alimentarias que cada cónyuge debe a sus ascendientes, descendientes comunes o de uno de ellos, y aquellas que pesan solo sobre uno de ellos (hermanos, hijo afín no conviviente, la derivada del parentesco de un matrimonio anterior disuelto).

c. *las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y aun la de bienes propios si están destinados a su establecimiento o colocación;*

El CCyC prevé el caso de que se hubiese donado un bien ganancial o propio cuando se destine a la colocación de los hijos, sea la instalación de casa de comercio, oficina, estudio, consultorio, etc. Es decir, la ayuda para que el hijo se instale a trabajar o desempeñar su oficio o profesión, no siendo ello obligatorio para los padres.

d. *los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales.*

Esta regla es la contracara del art. 465, inc. c, CCyC, que establece que los frutos de los bienes propios y de los gananciales son comunes. Quedan comprendidos en este supuesto los accesorios de las deudas comunes, habiéndose admitido jurisprudencialmente los intereses legales o pactados, la cláusula penal compensatoria, y no así los intereses punitorios. También las costas y honorarios fijados en juicios en los que se hubieren ejercido acciones conservatorias de los bienes comunes y en juicios relativos al cobro de deudas comunes.

El pago de los impuestos que gravan los bienes propios es una obligación común, pues el uso, goce y los frutos de tales bienes aprovechan a la comunidad, resultando lógico que los gastos que demande la conservación del bien productor de tales derechos sea soportado por ambos cónyuges.

La circunstancia de que la deuda haya sido contraída por un mandatario no modifica el sistema de responsabilidad separada y solidaria regulado por el CCyC. El cónyuge que otorgó el mandato es el deudor y su consorte, deudor solidario, haya sido o no el mandatario.

En este caso, el CCyC amplía el supuesto previsto en el régimen anterior (art. 1275, inc. b, CC), incluyendo como carga de la comunidad los gastos de conservación de los bienes gananciales, y receptando la interpretación doctrinaria y jurisprudencial dominante. El sistema propuesto mantiene, en general, el criterio anterior, aun cuando se observa la ampliación de algunas cargas y la reducción de otras. Asimismo, resulta coherente con el régimen de administración y responsabilidad separada vigente la comunidad.

Se destaca la bondad metodológica de legislar las cargas en la sección de liquidación y no en la sección de régimen de comunidad, toda vez que es en esta etapa cuando la cuestión de la contribución se materializa debido al sistema de responsabilidad separada.

ARTÍCULO 490.- ***Obligaciones personales.*** *Son obligaciones personales de los cónyuges:*

a. *las contraídas antes del comienzo de la comunidad;*
b. *las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges;*
c. *las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios;*
d. *las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial;*
e. *las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales.*

1. Introducción

Conviene reiterar que, extinguida la comunidad, subsiste la separación de responsabilidades regulada por el art. 486 CCyC, lo que implica que los acreedores de uno u otro cónyuge, o copartícipe, deberán ejecutar sus créditos respecto del patrimonio de su deudor, salvo el supuesto de responsabilidad solidaria por las cargas de la comunidad (art. 489 CCyC) y los supuestos de responsabilidad concurrente (art. 467, párr. 2, CCyC).

Se instituye, de manera expresa, cuáles son las obligaciones personales de los cónyuges con el objeto de demarcar cuáles son las obligaciones que deben ser soportadas por cada uno de los cónyuges —el tomador de la obligación— sin posibilidad de requerir recompensa o afectar bienes gananciales para su pago, caso en el que aquel debería compensar a la comunidad. El Código Civil no regulaba las deudas personales, a las que caracterizaba por oposición a las cargas de la comunidad, de modo que su inclusión expresa representa una bondad metodológica. Por ello, la norma glosada constituye una modificación del CC que solo enumeraba las "cargas" a cargo de la comunidad.

2. Interpretación

Las deudas enumeradas en este artículo pesarán sobre el patrimonio propio del cónyuge que las contrajo o sobre los bienes que aquel reciba en la partición de la masa común. Si se hubiere agredido el patrimonio ganancial del cónyuge deudor por ellas, nacerá derecho a favor del copartícipe no deudor a reclamar recompensas. Tal es el concepto medular de la norma.

En cambio, si una deuda definitivamente común fue pagada durante la vigencia de la comunidad con bienes gananciales de titularidad de uno u otro cónyuge, la cuestión queda agotada no produciéndose consecuencia alguna en la etapa de liquidación. Esta norma debe concordarse con la previsión expresa de derecho a recompensa a favor de la comunidad, en caso de deuda personal del cónyuge solventada con fondos gananciales (art. 468 CCyC).

2.1. Análisis de los incisos

Son deudas personales de los cónyuges:

a. *las contraídas antes del comienzo de la comunidad;*

Son las que en la etapa de liquidación permanecen impagas. Este supuesto es consecuencia de la responsabilidad separada prevista por el art. 461 CCyC y ratificado por el art. 486 CCyC.

b. *las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges;*

Ello por cuanto los bienes que ingresan al patrimonio del cónyuge a título gratuito, como heredero, legatario o donatario, vigente o no la comunidad, se califican como propios (art. 464, inc b, CCyC).

c. *las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios;*

La deuda se subroga en el carácter del bien que no está sujeto a partición, de modo que, no existiendo provecho para el cónyuge no deudor, el crédito debe ser soportado por el deudor, único beneficiario del gasto.

d. *las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial;*

Cabe idéntico fundamento al expuesto en el apartado precedente.

e. *las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales.*

La responsabilidad surgida de un delito o cuasidelito es personal del cónyuge autor del ilícito. Así, no puede afectar al otro cónyuge la deuda por indemnización de daños y perjuicios. Quedan incluidos en este supuesto los honorarios y costas del juicio penal o civil.

Por oposición, son comunes las obligaciones derivadas de la responsabilidad contractual, siempre que resulten subsumidas en gastos que se reputen cargas, conforme la previsión del art. 489 CCyC.

Se destaca la inclusión, como deuda personal del cónyuge que la contrajo, de la derivada de la responsabilidad por hechos ilícitos (inc. e), por cuanto se receptan los aportes de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria. Estas deudas son personales por ser ajenas al interés familiar protegido por la comunidad y por no estar vinculadas a la ganancialidad.

ARTÍCULO 491.- ***Casos de recompensas.*** *La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad.*

Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad.

Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio.

1. Introducción

Se incorpora el principio de recompensa cuando ha habido beneficios de un patrimonio, propio o ganancial, en detrimento de otro, también propio o ganancial.

El gran valor de esta norma es haber regulado dos situaciones como supuestos de recompensas, respecto de las cuales se habían generado interpretaciones diversas, por

no encontrar una regulación específica en el Código Civil. De esta manera, se resuelven supuestos de fraude, pudiendo aplicarse los principios generales derivados de esta norma para resolver todos los otros casos no contemplados. Resulta igualmente trascendente la consagración de la necesidad de transformación del capital societario como recaudo para hacer viable la recompensa a favor de la comunidad (art. 491, párr. 3, CCyC) .

2. Interpretación

2.1. Principio de recompensa

Del primer párrafo del artículo glosado surge indubitable que el CCyC se pronuncia por el reconocimiento de recompensas con carácter amplio, no limitado a los supuestos expresamente contemplados por el ordenamiento legal.

A no dudarlo: tal disposición mejora sustancialmente las previsiones del Código Civil, en el que el derecho a recompensas no tenía una regulación sistematizada y se desprendía del juego de normas más o menos aisladas.

2.2. Supuestos expresos de recompensas contemplados por el Código

A la previsión glosada deben sumarse otros supuestos de recompensas con recepción legal expresa en el articulado que regula la calificación de los bienes de los cónyuges bajo el régimen de comunidad. De tal manera, el CCyC registra el derecho a **recompensas:**

A favor de la comunidad por empleo de sus fondos para:

- pagar deuda personal de un cónyuge (art. 468 CCyC);
- hacer frente a cargos impuestos a adquisiciones a título gratuito (art. 464, inc. b, CCyC);
- adquirir bienes propios por subrogación (art. 464, inc. c, CCyC);
- adquirir partes indivisas de un bien en el que un cónyuge tenía participación antes de iniciar la comunidad (art. 464, inc. k, CCyC);
- extinguir derechos reales y lograr la plena propiedad sobre un bien respecto del cual antes de la comunidad se detentaba la nuda propiedad (art. 464, inc. l, CCyC)
- la adquisición de bienes de uso personal o necesarios para el trabajo o profesión que reconocen gran valor (art. 464, inc. m, CCyC)
- por el valor de la mejora o adquisiciones por accesión a cosa propia (art. 464, inc. j, CCyC).

Y a favor del cónyuge, en caso de haberse utilizado fondos propios para:

- solventar una deuda de la comunidad (art. 468 CCyC);
- adquirir bienes gananciales por subrogación (art. 465, inc. f, CCyC);
- adquirir partes indivisas de un bien en las que era titular con carácter ganancial (art. 465, inc. n, CCyC);
- extinguir derechos reales y consolidar la plena propiedad sobre un bien cuya nuda propiedad reconocía carácter ganancial (art. 465, inc. ñ, CCyC);
- equivalente al valor del ganado propio aportado en caso de mejora de la calidad del ganado originario (art. 464, inc. f, CCyC);

- por el valor de las mejoras o adquisiciones por accesión a bienes gananciales hechas con fondos propios (art. 465, inc. m, CCyC).

2.3. Supuestos de recompensas contemplados en la norma

En los párrafos segundo y tercero, la norma glosada contiene dos casos de recompensas que habían recibido consagración doctrinaria y jurisprudencial.

2.3.1. Enajenación de bienes propios sin reinversión

El primer supuesto reconoce tal derecho a favor del cónyuge que ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio, sobre la base de considerar que tales fondos han sido utilizados para cubrir las necesidades de la familia, aprovechando a la comunidad, por lo que el cónyuge al que pertenecían debe ser compensado.

El reconocimiento de esta recompensa por el valor de los bienes propios no subsistentes ni reinvertidos al tiempo de la disolución deriva de la propia esencia del régimen matrimonial, tiene una antigua raigambre y es, precisamente, el supuesto que dio lugar a la creación de la teoría de las recompensas en el derecho francés.

2.3.2. Mayor valor de las participaciones societarias o de un fondo de comercio de carácter propio por capitalización de utilidades

Este supuesto, contemplado en el párr. 3 de la disposición anotada que recepta la posición mayoritaria de la doctrina conforme la cual el mayor valor de las acciones propias por revalúo de activos sociales tiene idéntico carácter.

Las utilidades de una sociedad son el incremento del patrimonio social exteriorizado por el balance y provienen de un resultado económico regular, aprobado por los socios, y de ganancias realizadas y líquidas, resuelta su distribución por el órgano de gobierno societario, una vez practicadas las deducciones legales obligatorias y/o las facultativas. La capitalización de aquellas supone transformar en capital social los fondos disponibles inscriptos en el balance. Por ello, se regula el deber de compensar a la comunidad sobre la base de comprender que, aun cuando el mayor valor de las participaciones societarias o del fondo de comercio no alteran la relación de titularidad originaria que, en carácter propio, tenía el cónyuge, la comunidad tiene derecho a ser compensada por las utilidades reinvertidas en provecho del titular del bien, trátase de un supuesto de mayor valor de un bien propio.

Sin desconocer que, por expreso imperio legal del art. 464, inc. k, el CCyC reputa propio el mayor valor de las acciones adquirido durante la vigencia de la comunidad, un prestigioso sector de la doctrina estima discutible la solución adoptada, por cuanto en el supuesto bajo análisis —mayor valor derivado de la capitalización de las utilidades—, el incremento del valor del paquete accionario propio no se originó en el empleo de fondos gananciales, por cuanto la utilidad capitalizada pertenece a la sociedad comercial y no al cónyuge socio sin que medie, en el caso, ningún desembolso de aquel.

Esta última solución es observada por un prestigioso sector de la doctrina, en el entendimiento de que el incremento del valor del paquete accionario propio no se originó en el empleo de fondos gananciales, por cuanto la utilidad capitalizada pertenece a la sociedad comercial y no al cónyuge socio sin que medie, en el caso, ningún desembolso de aquel.

El CCyC mejora sustancialmente las previsiones del CC, en el que el derecho a recompensas no se encontraba sistematizado y se desprendía del juego de normas más o menos aisladas.

ARTÍCULO 492.- ***Prueba.*** *La prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio.*

1. Interpretación

La acción para obtener el reconocimiento de la compensación debe hacerse valer en la etapa de liquidación; no resulta viable su pretensión vigente la comunidad.

Se trata de un derecho personal y el derecho a ella no reconoce privilegio alguno. El cónyuge (o sus sucesores) que reclama el crédito por recompensas debe probar su existencia por cualquier medio, incluso el confesional.

Por aplicación del principio general de amplitud probatoria que rige en el derecho privado —y, en particular, en los conflictos de familia—, el Código permite que la prueba en torno al derecho de recompensa pueda ser demostrada por cualquier medio probatorio a instancias de quien la invoca.

Prestigiosa doctrina propicia la inhabilidad de la confesional del cónyuge deudor (si es a favor de la comunidad) o del no deudor (si es a favor de un cónyuge), en caso de existir acreedores que puedan verse afectados por el reconocimiento del crédito.

Relacionado al reconocimiento del derecho a recompensas, en el caso de pago de tributos de un bien ganancial, corresponde distinguir los pagos efectuados durante la vigencia de la comunidad y los que son realizados durante el estado de indivisión comunitaria, es decir, luego de extinguido el régimen. Los primeros se presume que son realizados con fondos gananciales; en cambio, los segundos se presume que provienen de fondos propios. Todo ello, sin perjuicio de que se pruebe lo contrario, en virtud del carácter *iuris tantum* de tales conjeturas. Así, reconociendo carácter propio a las sumas de dinero empleadas para el pago de los tributos, aun cuando el pago se hubiese efectuado con posterioridad a la extinción de la comunidad, y siendo imputables a la conservación de bienes gananciales, cabe reconocer derecho a recompensa por la mitad de tal valor, en tanto se trata de una obligación concurrente de ambos cónyuges (art. 467 CCyC).

ARTÍCULO 493.- ***Monto.*** *El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla.*

ARTÍCULO 494.- ***Valuación de las recompensas.*** *Los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación.*

1. Introducción

Analizamos estas dos disposiciones conjuntamente, en el entendimiento de que una no tiene sentido sin la otra; o, dicho de otro modo, de que son reglas complementarias.

2. Interpretación

Los créditos que, en concepto de recompensas, adeudan los cónyuges a la comunidad, y aquella a estos, requieren de la estimación de su importe para poder lograr su imputación. Pero sucede que, entre la fecha en que se efectuó el gasto o inversión que da

origen a la recompensa, y la fecha de la liquidación de la comunidad, puede haber transcurrido un intervalo de tiempo en el que los valores patrimoniales han sufrido los efectos de la depreciación monetaria. Ello suscita que existan disparidades entre el valor de lo invertido y el beneficio efectivamente producido por la inversión, por efecto de múltiples circunstancias.

El Código Civil establecía que los créditos por recompensas de los cónyuges contra la sociedad debían ser reajustados equitativamente teniendo en cuenta la fecha en que se hizo el gasto y las circunstancias del caso.

Esta norma suscitó diversas interpretaciones por cuanto omitía considerar las recompensas debidas por los cónyuges a la comunidad, y fijaba pautas de valuación judicial que no necesariamente operaban sobre base matemática, lo que llevó a prestigiosa doctrina a propiciar el reconocimiento de tales créditos como obligaciones de valor que debían estar sujetas a pautas predeterminadas de reajuste y no sometidas a la discrecionalidad judicial.

Se discutía si el valor de la recompensa era el que tenía al momento de la inversión y luego se aplicaban intereses, o si correspondía tomar el valor de la inversión al momento de la extinción de la comunidad, o al momento de la liquidación.

El CCyC cierra este debate al incorporar una regla, ausente en el CC, que reconoce fundamento en la prohibición del enriquecimiento sin causa.

Para obtener tal monto se cotejan dos valores: el gasto, inversión o erogación efectuada por un cónyuge con dinero propio en beneficio del haber ganancial, o con fondos comunes en beneficio propio; y el provecho que tal gasto significó para la comunidad y/o para el cónyuge al momento de la extinción de la comunidad. De estos dos valores se toma el menor.

En consecuencia, quien demande recompensa deberá probar el gasto con fondos comunes en beneficio propio y/o la afectación de fondos propios en beneficio de la comunidad, así como la existencia del provecho.

Dado que lo que se reconoce en carácter de recompensa es un crédito por el beneficio, si no hubo provecho, el monto de la compensación será la cuantía del gasto en valores constantes al momento de la liquidación de la comunidad (art. 494 CCyC).

Ello no empece a que, en caso de que el menor valor reconocido en concepto de recompensa suponga un enriquecimiento ilícito del patrimonio beneficiado, se pueda reclamar un monto mayor con fundamento en los principios generales de buena fe y el abuso del derecho, pilares sobre los que se asienta la reforma, tal como se señala en los "Fundamentos del Anteproyecto...".

La disposición alude a **"valores constantes", con lo cual corrige las distorsiones derivadas de la depreciación o revalorización monetaria**, al tiempo que modifica la solución acordada por el régimen anterior (art. 1316 bis CC, que tomaba, como pauta para la determinación del crédito por recompensa, la fecha en que se hubiere efectuado la inversión), reconociendo amplia discrecionalidad al juez para la fijación del crédito por recompensa.

La fórmula plasmada en la norma glosada pone fin a las múltiples interpretaciones a que daba lugar la anterior redacción, estableciendo los dos momentos concretos a considerar y las pautas que serán ponderadas para obtener el monto final de la recompensa, fórmula que debería comprender la depreciación monetaria de que se trate.

La regla contenida en la norma glosada debe ser concordada con el art. 494 CCyC, para obtener un resultado comprensivo de la depreciación monetaria. Se supera así la solución insuficiente provista por el régimen reformado.

La enorme trascendencia de las normas relativas a recompensas es haber sistematizado su extensión, oportunidad para su reclamo, procedimiento de valuación y posibilidad de devengar intereses, ausentes en el ordenamiento anterior.

ARTÍCULO 495.- ***Liquidación.*** *Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquél, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo en favor del cónyuge le debe ser atribuido a éste sobre la masa común.*

En caso de insuficiencia de la masa ganancial, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro.

1. Interpretación

El reconocimiento expreso, en el Código, de la teoría de las recompensas, así como de los mecanismos para calcular su monto y valuación, trae como contrapartida esta norma mediante la cual se garantiza a los cónyuges acreedores de recompensas contra la comunidad, la satisfacción de su crédito, reconociendo un derecho de crédito en su cabeza ejecutable sobre el patrimonio propio del otro copartícipe.

La extinción de la comunidad no solo suprime, para el futuro, las condiciones de gananciali dad, sino que también produce la formación de una masa indivisa constituida por los bienes gananciales, a los fines de su liquidación y posterior partición.

La consagración de los pasos que deben concretarse, en el proceso de liquidación de la comunidad, es otro gran acierto del Código. En tal sentido, se regula la realización de una serie de operaciones para concretar la liquidación de la comunidad.

En primer término, deben calificarse y valuarse los bienes sujetos a partición, y establecer el pasivo que pesa sobre la masa ganancial. Luego se instituirán los créditos por recompensas que tienen los cónyuges contra la comunidad, y los de aquella contra los cónyuges. El remanente constituirá la masa partible: activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge (art. 497 CCyC), excluidos los bienes propios.

La determinación de las operaciones de compensación de masas por beneficios obtenidos a expensas de bienes pertenecientes a la otra se efectuará conforme el procedimiento regulado en esta Sección.

La admisión del derecho a recompensa no se resuelve en un pago a realizarse entre los esposos, sino en su computación en la cuenta de división de la comunidad. Es, en consecuencia, una operación aritmética contable. De modo que si la recompensa es de la comunidad contra uno de los cónyuges, su valor se adicionará al haber ganancial y se imputará a la porción del cónyuge deudor. En el caso diverso —recompensa de un cónyuge contra la comunidad—, el valor de aquella se debita de la masa ganancial, y al cónyuge acreedor se le atribuirá, además de la mitad de los gananciales líquidos, el importe de la recompensa.

Luego, el Código regula los efectos de la inexistencia de bienes gananciales para imputar lo debido en concepto de recompensa en la hijuela del cónyuge acreedor,

estableciendo que el crédito por recompensa no se extingue por falta de bienes para su realización. Conforme ello, solo en este supuesto habría pago del cónyuge deudor al copartícipe acreedor con fondos propios; de lo contrario, podrá demandarse judicialmente su cobro.

Vale la pena recordar que la opinión de la doctrina es unánime respecto de que la acción para reclamar el pago de las recompensas, al no tener plazo especial legalmente previsto, se rige por el término genérico que el Código instituye en cinco años (art. 2560 CCyC).

SECCIÓN 8ª

Partición de la comunidad

ARTÍCULO 496.- ***Derecho de pedirla.*** *Disuelta la comunidad, la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario.*

1. Interpretación

El Código Civil no contenía una disposición que indicase el momento en el que se podía pedir la partición de la sociedad conyugal. Por aplicación de las disposiciones de la partición hereditaria, se interpretó que aquella podía requerirse desde el mismo momento en que se disolvía la sociedad conyugal.

El CCyC incorpora, en esta norma, el derecho a pedir la partición de la comunidad en todo tiempo, sin límite temporal ni prescripción, excepto disposición en contrario. La introducción de esta norma trae claridad y seguridad.

De tal modo, en caso de muerte comprobada o presunta del/los cónyuges, la partición puede ser pedida por el cónyuge supérstite y por los herederos del cónyuge fallecido, si los hubiera.

En el supuesto de anulación de matrimonio putativo, la partición podrá ser peticionada por ambos (si fueren de buena fe), o por uno de ellos, si eligiere la aplicación del régimen de comunidad y la liquidación conforme estas normas (arts. 428 y 429, inc. c.ii, CCyC).

Tratándose de separación judicial de bienes (art. 477 CCyC) o de modificación del régimen patrimonial (art. 449 CCyC), cualquiera de los cónyuges podrá pedir la partición de la masa común.

En el caso de divorcio, se aplicarán las normas relativas al convenio regulador (arts. 439 CCyC y concs.). La obligatoriedad de la presentación de este convenio o de la propuesta del cónyuge que pide el divorcio reducirá los casos en los que deba pedirse la partición, quedando el pedido de partición limitado a aquellos supuestos en los que las propuestas de los cónyuges difieran y el juez postergue su resolución para luego del divorcio.

Las restricciones a la partición solo pueden reconocer origen legal; tales, las disposiciones contenidas en el art. 444 CCyC, que atribuyen al juez la facultad de impedir la partición del inmueble que fuera la vivienda familiar, y las de los arts. 2330 a 2334 CCyC, que prevén los supuestos de indivisión forzosa.

ARTÍCULO 497.- ***Masa partible.*** *La masa común se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge.*

1. Introducción

Como apuntáramos al glosar la Sección 6ª de este Capítulo —Indivisión postcomunitaria—, extinguida la comunidad, subsisten dos masas de gestión de bienes gananciales en cabeza de cada cónyuge titular de tales bienes (art. 482 CCyC).

2. Interpretación

La masa común se forma para liquidarse y no para que perdure en el tiempo. Para componer la masa partible no importa quién es el cónyuge titular y/o el administrador, ni la causa de adquisición. Solo se tiene en cuenta la calificación de ganancial. Todos los bienes gananciales integran la masa común.

Aun cuando la norma glosada no explicite cuáles son los "gananciales líquidos" que conforman la masa común, es claro que involucra a todos los bienes de tal carácter, menos a las deudas. Esta disposición debe complementarse con el art. 495 CCyC, que incluye en la masa común el saldo positivo o negativo que deje el balance de las recompensas.

La masa partible queda conformada por los bienes gananciales, previa deducción de las cargas de la comunidad (art. 489 CCyC) y los créditos o deudas resultantes del balance de las recompensas (art. 488 CCyC).

Esta disposición refleja la interpretación doctrinaria y jurisprudencial existente, al tiempo que completa un vacío legislativo que obligaba a una interpretación basada en criterios relativos a la comunidad y partición hereditaria.

ARTÍCULO 498.- ***División.*** *La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante. Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado.*

1. Interpretación

El Código **incorpora la facultad de los partícipes** (ambos cónyuges, o supérstite y herederos del otro) de **acordar libremente cómo se asignarán los bienes** sujetos a partición por extinción de la comunidad.

Esta disposición representa **otro claro ejemplo de recepción de la autonomía personal**, uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Título relativo al matrimonio y los efectos jurídicos que se derivan de ello, al reconocer virtualidad al convenio acerca del modo de división de la masa común, sin sujetarlo a ningún criterio en particular.

De tal modo, los partícipes podrán considerar si uno de ellos vive en el inmueble que fuera la vivienda familiar, si lo hace con los hijos, si algún bien ganancial es sede del trabajo de uno de los excónyuges, la diferencia de posibilidades de ingresos de cada uno de los excónyuges, etc. Lo cierto es que la posibilidad de acordar la partición con libertad convierte la división por partes iguales en una de las variables que los cónyuges pueden considerar al realizar el convenio, entre tantas otras, pero no es obligatoria ni determinante.

El reconocimiento del principio de libertad y autonomía, consagrado en el art. 19 CN, impone afirmar que un acuerdo desigual no implica, de por sí, un vicio del consentimiento, sino que representa la expresión de tales principios siendo los partícipes capaces y acordando libremente.

Así, la libertad para convenir se extiende hasta la posibilidad de una completa renuncia a los bienes gananciales, siendo que si existe un vicio del consentimiento, deberá demostrarse y regirse por la teoría general respectiva.

La libertad para convenir el modo en que se asignarán los bienes comunes es coherente en un Código que pone el acento en la libertad y que propone un enorme avance de la autonomía de la libertad por sobre el orden público; que es respetuoso de la solidaridad familiar; y que, además, le da preponderancia a la búsqueda de acuerdos como forma de resolver los conflictos familiares. Se supera así el debate doctrinario que, vigente el Código Civil, se mantenía respecto de la partición de los bienes gananciales de un modo que no respetara el principio de división por mitades.

Mas, en caso de incapacidad o desacuerdo, mantiene la tradición jurídica de división por mitades de la masa común, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. En estos casos, la partición deberá realizarse judicialmente, según el principio de la adjudicación en especie, respetando el criterio de división por mitades o partes iguales.

Esta disposición además de poner fin a la incertidumbre que surgía del vacío legislativo del CC, ratifica la tendencia doctrinaria, jurisprudencial, y la constante práctica en los últimos tiempos.

ARTÍCULO 499.- ***Atribución preferencial.*** *Uno de los cónyuges puede solicitar la atribución preferencial de los bienes amparados por la propiedad intelectual o artística, de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica, y de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte en ésta, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos. Habida cuenta de las circunstancias, el juez puede conceder plazos para el pago si ofrece garantías suficientes.*

1. Introducción

La partición de la comunidad, aunque inevitable frente al pedido de cualquiera de las partes, debe resultar lo menos dañina a los intereses de los cónyuges. El principio de partición en especie satisface tal objetivo, ya que la venta y distribución del producido podría ser más perjudicial a los intereses de los partícipes.

Ahora bien, la mera asignación en especie respetando la división por mitades puede ser insuficiente para lograr una justa distribución, ya que puede haber bienes que tengan un valor distinto para un cónyuge que para el otro.

A través de la norma glosada, el Código introduce dos criterios de asignación de bienes, con el fin de lograr una partición equitativa.

2. Interpretación

2.1. Atribución preferencial de bienes

En primer término, se incorpora una previsión muy interesante, como es la atribución preferente de ciertos bienes a alguno de los cónyuges, fundada en algunas razones que el legislador considera ameritan darle un trato diferencial en la adjudicación.

Y es que, si bien es cierto que los bienes sujetos a partición deben ser considerados conforme su valor objetivo de mercado, también resulta que, subjetivamente, cada bien puede tener un valor distinto para cada cónyuge. Situación que se daría, por ejemplo, en el caso que un establecimiento industrial estuviera sujeto a partición, su valuación se haría conforme el valor del mercado (aquel por el que sería comprado por un tercero). Sin embargo, para el cónyuge administrador de ese bien, posiblemente sea más valioso que lo tasado, o más útil que para un tercero. Si los bienes que componen ese establecimiento no se le asignaran al cónyuge administrador en la partición, este debería adquirir otros similares para poder seguir trabajando. Eso podría implicarle un esfuerzo económico y operativo mayor que el precio al que está valuado. Por el contrario, para el cónyuge no administrador, la asignación de ese bien puede ser perjudicial.

La norma glosada permite considerar esta doble realidad a los fines de resolver la adjudicación particional con una justicia más integral. De tal modo, puede solicitarse la **atribución preferencial de diversos bienes**: los amparados por la propiedad intelectual o artística; los bienes de uso relacionados con la actividad profesional, de un establecimiento comercial, industrial o agropecuario; y/o de la vivienda al tiempo de la extinción de la comunidad.

El motivo que se debe acreditar a los fines de reclamar la atribución preferencial es el **vínculo especial con el bien**, sea porque son bienes amparados por la propiedad intelectual o artística; porque están relacionados con su actividad profesional; porque el establecimiento comercial, industrial o agropecuario fue adquirido y/o formado por el peticionante; o porque el inmueble era su residencia al tiempo de la extinción de la comunidad.

Entendemos que, acreditada la vinculación especial con el bien, los supuestos de atribución preferencial podrían extenderse respecto de otros bienes no enumerados en la norma.

2.2. Hijuelas desiguales. Compensación

Luego, la norma habilita al juez para asignar a un cónyuge bienes por sobre el valor que le corresponde a su hijuela, compensando la mayor cuantía de lo asignado a través del pago con sumas de dinero al otro cónyuge o a sus herederos. Esta facultad otorga gran flexibilidad a la labor del partidor y del juez, y tiene un criterio mucho más cercano a las posibilidades reales.

ARTÍCULO 500.- ***Forma de la partición.*** *El inventario y división de los bienes se hacen en la forma prescripta para la partición de las herencias.*

1. Introducción

En el Código Civil, el empleo de las normas de la división de las herencias solo resultaba aplicable en el caso en que la extinción de la comunidad operara por la muerte de uno de los cónyuges.

A pesar de ello, el consenso doctrinario hacia extensivo el empleo de tales reglas para cualquier supuesto en el que la comunidad se extinguiera, es decir, también cuando eso acaecía en vida de ambos consortes.

2. Interpretación

A través de la incorporación de la norma glosada, el Código recepta el consenso aludido, **reputando aplicable a cualquier supuesto de extinción comunitario las reglas expuestas en el Capítulo 2, Título VIII, Libro V CCyC, referido a los "Modos de hacer la partición"**.

La partición puede ser de dos modos: **privada**, si todos los copartícipes están presentes y son capaces, o **judicial**. En este último caso, y con independencia de lo que regulen los Códigos de procedimientos locales, el Código establece, de manera expresa, la figura del partidor (art. 2373 CCyC), así como la posibilidad de que cualquiera de los copartícipes (en este caso, los cónyuges) soliciten la licitación de alguno de los bienes de la herencia (art. 2372 CCyC), al tiempo que contempla las diferentes etapas del proceso particional y los objetivos de cada una ellas —composición de la masa (art. 2376 CCyC); formación de lotes (art. 2377 CCyC); asignación (art. 2378 CCyC); entre otras)—.

ARTÍCULO 501.- ***Gastos.*** ***Los gastos a que dé lugar el inventario y división de los bienes de la comunidad están a cargo de los cónyuges, o del supérstite y los herederos del premuerto, a prorrata de su participación en los bienes.***

1. Introducción

La división de los bienes que conformaron la comunidad ganancial generará gastos en las diversas etapas comprensivas del proceso particional.

Así, los gastos propios podrán comprender la designación de un inventariador, la promoción de incidentes para acreditar la calificación de los bienes, las operaciones tendientes a obtener el balance del derecho de recompensa, entre otros. En la etapa de avalúo habrá que afrontar los honorarios de los diferentes peritos tasadores. Y en la etapa particionaria propiamente dicha, se designarán uno o varios partidores que adjudicarán los bienes, por lo que habrá que afrontar los honorarios, los gastos de adjudicación, la tasa de justicia, de inscripción registral de los bienes, entre otros.

2. Interpretación

Vale recordar que **esta Sección está presidida por el reconocimiento del derecho de autorregulación del conflicto**, esto es, la libertad de los partícipes para acordar el contenido de sus relaciones jurídicas, siempre que se trate de personas capaces y exista consenso para la decisión; de modo que, también en esta etapa, las partes capaces podrán pactar con total libertad cómo se afrontan estos gastos, al igual que las adjudicaciones y el modo de partir.

A falta de ese acuerdo la norma glosada prevé que esos gastos deberán ser afrontados por ambos cónyuges, proporcionalmente a su participación en la masa. Tal disposición debe complementarse con la contenida en el art. 2384 CCyC, que rige para la partición

hereditaria, de modo que resulta aplicable al proceso de partición de la comunidad ganancial por previsión legal expresa (art. 500 CCyC). Aquella norma establece, como principio, que los gastos de la partición son considerados comunes, por tanto imputables a la masa común. Como excepción a tal principio, deja fuera de la masa común de imputación a los gastos y trabajos innecesarios o desestimados por el juez. Estos gastos no serán distribuidos proporcionalmente entre los copartícipes, sino que serán asumidos en forma exclusiva por la parte que los causó.

Este principio y esta excepción continúan la tradición anterior a la reforma, referente a la imposición de costas en el proceso particional.

ARTÍCULO 502.- ***Responsabilidad posterior a la partición por deudas anteriores.*** *Después de la partición, cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores por las deudas contraídas con anterioridad con sus bienes propios y la porción que se le adjudicó de los gananciales.*

1. Introducción

El CCyC, a diferencia del CC, distingue con precisión las distintas etapas por las que atraviesa la comunidad de ganancias nacida a la luz de la celebración del matrimonio, de manera supletoria —por falta de opción de los cónyuges en convención matrimonial—, o de manera expresa —cuando los consortes acuerdan la modificación del régimen de separación de bienes—.

En tal sentido, instituye reglas claras tanto mientras la comunidad se desenvuelve (reglas del "régimen primario", de la comunidad relativas a la calificación y gestión de los bienes, y de responsabilidad) como una vez extinguida aquella (indivisión postcomunitaria), en el periodo de su liquidación, y para la posterior partición.

Asimismo, dentro de cada etapa, regula las distintas cuestiones que se derivan de ellas. Cobra particular trascendencia la relativa a la responsabilidad por deudas, distinguiendo las dos aristas que presenta la cuestión, esto es la relativa a la "obligación" —quién paga, ámbito interno que involucra a los cónyuges—, y la concerniente a la "contribución" —con qué fondos se afronta la deuda, asunto atinente a la relación con los terceros acreedores—.

2. Interpretación

Durante el proyecto de vida en común, el CCyC consagra la responsabilidad separada por las deudas en cabeza del cónyuge que la contrajo (art. 461, párr. 2, CCyC), al tiempo que legisla supuestos de responsabilidad solidaria caracterizados por el fin que los causó (art. 461, párr. 1, CCyC), junto a la responsabilidad concurrente por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales (art. 467 CCyC).

Más novedosa es la regulación de la responsabilidad en la etapa de **indivisión postcomunitaria**, periodo en el que se mantienen los principios que rigen mientras está vigente la comunidad (arts. 486 y 487 CCyC).

La norma glosada establece las reglas de **responsabilidad una vez liquidada la comunidad de gananciales, manteniendo el principio de responsabilidad separada** para las deudas que no han sido pagadas luego de la partición.

Esto implica que la partición es definitiva e irrevocable aun cuando no se hayan pagado las deudas anteriores, las que deberán ser afrontadas por el cónyuge que las contrajo con su patrimonio (propio y/o los gananciales adjudicados definitivamente).

Ello no empece a que, liquidada la comunidad y, posteriormente, pagada por un cónyuge una deuda que reconoce carácter de carga comunitaria (art. 489 CCyC), pueda este deducir reclamo en contra del otro, por tratarse de un supuesto de solidaridad legal pasiva que no ha sido incluido en la partición.

ARTÍCULO 503.- ***Liquidación de dos o más comunidades.*** *Cuando se ejecute simultáneamente la liquidación de dos o más comunidades contraídas por una misma persona, se admite toda clase de pruebas, a falta de inventarios, para determinar la participación de cada una. En caso de duda, los bienes se atribuyen a cada una de las comunidades en proporción al tiempo de su duración.*

1. Introducción

El supuesto comprendido por la norma atrapa los casos en que, frente a la liquidación de una comunidad de gananciales, resulta necesario liquidar, con carácter previo, una anterior. Tales, los supuestos en que uno o ambos exesposos contraigan nuevas nupcias o cuando, fallecido uno de los cónyuges, el otro contraiga nuevo matrimonio sin haber realizado el juicio sucesorio. Con la redacción actual del Código, además, se suma el supuesto en el que los integrantes de una unión convivencial pacten un régimen de comunidad (art. 518 CCyC) y que, sin liquidarla, alguno de ellos contraiga matrimonio con posterioridad.

2. Interpretación

Reafirmando el principio de libertad y amplitud probatoria, el Código permite que cada uno de los cónyuges acredite en qué forma participó en las comunidades (conforme los criterios contenidos en los arts. 464 al 466 CCyC), y como sistema supletorio, o sea, si la incertidumbre persiste, resuelve que la distribución de los bienes se efectuará en proporción al tiempo de duración de cada comunidad.

En términos generales, el CCyC mantiene la solución acordada por el CC, aunque con mejoras sustanciales en la proposición gramatical de la regla, toda vez que suprime el término "socios" (pues los excónyuges no lo son), así como la consideración de los bienes propios como variables a tener en cuenta frente a la falta de inventario o de prueba.

ARTÍCULO 504.- ***Bigamia.*** *En caso de bigamia y buena fe del segundo cónyuge, el primero tiene derecho a la mitad de los gananciales hasta la disolución de su matrimonio, y el segundo a la mitad de la masa ganancial formada por él y el bígamo hasta la notificación de la demanda de nulidad.*

1. Interpretación

El Código mantiene, con algunas modificaciones de índole formal, el régimen derogado (art. 1316 CC) que se ocupara de regular qué sucedía en los supuestos de bigamia, cuando en el segundo matrimonio uno de los cónyuges es de buena fe.

El matrimonio contraído de buena fe produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad, pero solo respecto del cónyuge de buena fe (art. 429 CCyC). Tal es el asunto contemplado por la norma glosada que presume la mala fe del bígamo. En estos casos, el Código reconoce al contrayente de buena fe tres opciones para liquidar la comunidad de gananciales:

a. considerar que el matrimonio estuvo regido por el régimen de separación de bienes; supuesto en el que solo habría una comunidad para liquidar (la constituida por el segundo matrimonio del bígamo) a la que se le aplicarán las normas contenidas en esta Sección, más no la disposición comentada.

b. liquidar los bienes como si fuera una comunidad.

c. exigir la demostración de aportes de cada cónyuges para dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratara de una sociedad de hecho.

El caso contemplado en el apartado b) es el regulado por el artículo bajo comentario. Y es que el **asunto involucra los derechos de "tres" cónyuges**, uno de mala fe (el bígamo) y dos de buena fe (el legítimo y el del matrimonio nulificado).

Coexisten dos comunidades, la del primer matrimonio nunca extinguida —y, por ello, tampoco liquidada—, y la del segundo matrimonio, extinguida por la declaración de nulidad con causa en el impedimento de ligamen (arts. 403, inc. d, y 424 CCyC).

En este caso, el primer cónyuge del bígamo mantiene incólume su derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta el fin de su comunidad, periodo comprensivo del tiempo en que el segundo matrimonio declarado nulo también existía.

Luego, el Código ampara los derechos del segundo cónyuge del bígamo que optare por liquidar la comunidad de gananciales, conforme la disposición anotada, autorizándolo a reclamar la mitad de los gananciales adquiridos desde la celebración de esas nupcias inválidas hasta la notificación de la demanda de nulidad. Al bígamo le corresponderá su parte en la liquidación de la primera comunidad, de la que se detraerá lo correspondiente al segundo cónyuge de buena fe.

De esta manera, ninguna consecuencia patrimonial hace recaer al Código sobre el cónyuge legítimo y de buena fe del segundo matrimonio, mientras que el juicio de reproche por la inconducta del bígamo en la esfera patrimonial se concreta en la afectación de su patrimonio ganancial a dos liquidaciones comunitarias.

El CCyC mantiene la solución acordada en el CC, aun cuando la mejora de la fórmula utilizada es sustancial y se condice con el principio de igualdad consagrado por la ley 26.618.

CAPÍTULO 3

Régimen de separación de bienes

ARTÍCULO 505.- ***Gestión de los bienes.*** *En el régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo dispuesto en el artículo 456.*

Cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, excepto lo dispuesto en el artículo 461.

Remisiones: ver comentario al art. 446 CCyC.

1. Introducción

Una de las grandes modificaciones introducidas por el Código al régimen patrimonial del matrimonio gira en torno a **la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes**, al que, en el CC, solo se podía acceder mediante decisión judicial frente a supuestos en los que se demostrara la ineptitud en la gestión de los bienes —concurso, mala administración—, o bien frente al abandono voluntario de la convivencia marital o la declaración de incapacidad del cónyuge.

Actualmente, la adscripción a tal régimen puede ser convencional —acordada por los cónyuges al celebrar el matrimonio o por modificación posterior del régimen de comunidad—, o judicial —decidida por sentencia en los supuestos autorizados en el art. 477 CCyC—.

En este sistema no hay distinción alguna entre bienes propios y gananciales. Solo se puede hablar de bienes personales o privativos. **Ninguna comunidad surge con el matrimonio, de modo que ningún cónyuge tiene derecho actual o eventual sobre las ganancias del otro.**

Cada consorte ostenta la titularidad de los bienes que tenía antes del matrimonio; de los que le fueron asignados en la liquidación de la comunidad cuando la separación de bienes se decide judicialmente; de los adjudicados extinguida la comunidad por opción consensuada de adscribir a la separación de bienes; y de los que adquiera con posterioridad a la celebración del matrimonio —o a la liquidación de la comunidad en el caso de separación judicial de bienes—.

Cada cónyuge conserva la independencia de su patrimonio y, por ende, retiene la propiedad y el exclusivo uso, goce y disposición de sus bienes y de los frutos de los mismos, tanto de los que sea titular a la fecha de comenzar el régimen de separación como respecto de los que adquiera, por cualquier modo legítimo, durante su vigencia. Pero, pese a la autonomía imperante en este régimen, **el Código instituye un conjunto de disposiciones indisponibles que se imponen a los cónyuges**, cualquiera fuere el régimen al que adscriban (comunidad o separación).

Estas disposiciones, contenidas en el denominado "**Régimen primario**" (arts. 454 a 462 CCyC) se justifican en la necesidad de dotar de efectividad los derechos de los integrantes de la familia, y se materializan a través de una serie de obligaciones y restricciones a la autonomía personal.

En primer término, se impone la **realización de un conjunto de contribuciones** de parte de los cónyuges, consistente en los aportes necesarios para alcanzar su propio sostenimiento, el del hogar y el de la descendencia común.

Luego, en materia de **gestión, se decide una única restricción consistente en contar con el asentimiento del cónyuge no titular del bien** cuando se trate de la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de esta, así como para transportarlos fuera de ella. La ausencia de tal recaudo hace nacer el derecho a demandar la nulidad del acto o a requerir la venia judicial supletoria para autorizar su concreción.

Se reputan válidos los actos de administración y disposición a título oneroso celebrados por uno de los consortes con terceros de buena fe, sobre cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce en forma individual, salvo para aquellos casos en que recaigan sobre los muebles indispensables del hogar, así como también sobre los objetos empleados para el ejercicio del trabajo o profesión, o de uso personal de uno de los cónyuges.

También se consagra **el principio general de la inejecutabilidad del inmueble que constituyera la vivienda familiar por las deudas contraídas tras la celebración de las nupcias**, exceptuándose a aquellas adquiridas por los cónyuges en forma conjunta, o por uno de ellos contando con la debida aprobación del restante.

En materia contractual, importa señalar que los cónyuges bajo régimen de separación de bienes no se encuentran alcanzados por la inhabilidad especial consagrada en el art. 1002 CCyC, de modo que **pueden celebrar todo tipo de contratos**.

Si concluyeren mandato, se dispone, como principio general, el relevamiento de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos durante su gestión por parte del apoderado, salvo convenio particular en contrario. Mientras que en el caso en que uno de los cónyuges actúe representando al otro sin habérsele otorgado un mandato expreso o prescindiendo de autorización judicial, resultarán de aplicación las disposiciones que rigen la figura del mandato tácito o la gestión de negocios, de conformidad con la realidad que el caso particular exhibiera.

Por último, se establece el **principio genérico de responsabilidad separada por deudas**, regla que se complementa con **supuestos de solidaridad legal pasiva** frente a las deudas destinadas a satisfacer las necesidades ordinarias del hogar, o aplicadas para lograr el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

El régimen de separación de bienes, como su propia denominación lo expresa, consiste en que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes personales, y se hace responsable por las deudas que contrae con excepción de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 461 CCyC.

2. Interpretación

Sea la separación de bienes convencional —acordada por los cónyuges al celebrar el matrimonio o por modificación posterior del régimen de comunidad—, o decidida judicialmente —en los supuestos autorizados en el art. 477 CCyC—, rigen las normas de esta Sección, que establecen que cada consorte ostenta la titularidad de los bienes que tenía antes del matrimonio, o que le fueron asignados en la liquidación de la comunidad cuando la separación de bienes se decide judicialmente, o bien de los adjudicados por extinción de la comunidad en el caso de convención voluntaria de adscribir a la separación de bienes, y de los que adquiera con posterioridad a la celebración del matrimonio —o a la liquidación de la comunidad, en el caso de separación judicial de bienes—.

En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge conserva la independencia de su patrimonio y, por ende, retiene la propiedad y el exclusivo uso, goce y disposición de sus bienes y de los frutos de los mismos, tanto de los que sea titular a la fecha de comenzar el régimen como de los que adquiera, por cualquier modo legítimo, durante su vigencia.

No hay distinción alguna entre bienes propios y gananciales. Solo se puede hablar de bienes personales o privativos.

La norma anotada ha de complementarse con la restricción impuesta en el "régimen primario" respecto de la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de esta, así como transportarlos fuera de ella, actos para los que requiere el asentimiento del cónyuge no titular del bien (art. 456 CCyC).

En la segunda parte de la disposición anotada se instituye el principio de separación de responsabilidad por deudas, regla que se complementa con la solidaridad pasiva

prevista en el "régimen primario" respecto de las deudas contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar, el sostenimiento, y la educación de los hijos comunes (arts. 455 y 461 CCyC).

Los gastos para el sostenimiento de los hijos de uno de los cónyuges que conviven con el matrimonio en el régimen de separación de bienes no se encuentra expresamente previsto como deber de contribución (art. 456 CCyC), mas entendemos que tales erogaciones deberían ser computables como necesidades ordinarias del hogar y también, como no, como obligación alimentaria del padre afín (art. 676 CCyC).

El recorte a la autonomía personal de los cónyuges separados de bienes encuentra justificación, al igual que en el régimen de comunidad, en la solidaridad familiar.

El valor de la recepción del régimen de separación de bienes, con fuente convencional, ha sido desarrollado extensa y satisfactoriamente al comentar el art. 446 CCyC, al cual remitimos, al tiempo que representa un importante aporte, reclamado por un amplio sector de la sociedad, que tiene un profundo fundamento igualitario y respetuoso de la autonomía personal de los consortes.

Como bien apunta Mizrahi,[35] la iniciativa de desplazamiento de la familia a la "persona" se encuentra en marcha y se orienta en dos proyecciones. Por una parte, el cambio del lugar de la familia, puesta al servicio del sujeto y de su dignidad, que se apoya en el concepto de que es la persona lo único sustantivo, y que la familia solo tiene sentido si coadyuva a su plenitud y su desarrollo. Desde otro ángulo, el desplazamiento se encauza a juzgar a la autonomía personal, en el ámbito familiar, como un aspecto básico de la organización social y política, es decir una suerte de reafirmación privada e intimista de la familia, que importe un enérgico rechazo a las propuestas heterónomas que se dirijan a la imposición de un modelo de vida familiar, pues, en el terreno de los ideales autoreferenciales, el principio de la autonomía personal debe adquirir un valor irrestricto. Se plantea, entonces, la ejecución de un drástico recorte a los campos dominados por el orden público, los que, en un aspecto, no pueden ir más allá de asegurar claridad, certidumbre y publicidad a los actos jurídicos familiares y, en el otro, se deben limitar a propender al amparo de la buena fe, brindando una efectiva protección a terceros, menores e incapaces, en un contorno de solidaridad familiar.

ARTÍCULO 506.- ***Prueba de la propiedad.*** *Tanto respecto del otro cónyuge como de terceros, cada uno de los cónyuges puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien por todos los medios de prueba. Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades.*

Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el juez puede negarla si afecta el interés familiar.

1. Introducción

El carácter personal y privativo de los bienes de cada cónyuge puede ser acreditado por cualquier medio de prueba. A diferencia del régimen de comunidad, en el que el Código establece la insuficiencia de la confesional e instituye normas en caso de bienes registrables adquiridos por inversión o reinversión de bienes propios respecto de

(35) Mizrahi, Mauricio L., "Interés familar", en Carlos Lagomarsino y Marcelo Salerno (dirs.), *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. II, Bs. As., Universidad, 1992, p. 556.

terceros (art. 466 CCyC); para acreditar la propiedad exclusiva sobre bienes personales, sea entre cónyuges o respecto de terceros, no se establecen modalidades especiales.

2. Interpretación

En el régimen de separación, como no existe calificación de bienes (ni gananciales ni propios), el orden público se encuentra limitado a las disposiciones contenidas en el denominado "régimen primario", en el que ninguna disposición alude a la prueba.

En el caso de **bienes cuya propiedad fuera imposible determinar,** el Código presume el condominio de los cónyuges, arribando así a idéntica conclusión que la prevista para igual supuesto en el régimen de comunidad —con la diferencia, claro, de que en este último caso se reputa que existe condominio ganancial (art. 472 CCyC)—.

Esta norma tiene como fin evitar que un cónyuge pueda disponer de los bienes, generalmente muebles, sin el conocimiento y anuencia del otro, tutela que se complementa con la fórmula de los arts. 456 y 462 CCyC, que impiden disponer los bienes muebles indispensables del hogar.

En todo momento, los consortes pueden requerir la partición del bien sujeto a condominio por aplicación de las normas que rigen este derecho real, la cual será resuelta judicialmente siempre que no afecte el interés familiar (por ejemplo, petición de división de un negocio productivo de rentas, del vehículo que usa un cónyuge con los hijos, entre otras). Tratándose de la división de condominio del inmueble que fuera vivienda familiar, cabe recordar que el art. 444 CCyC impone la prohibición de partición.

El "interés familiar" es un concepto jurídico indeterminado que el juez debe valorar en cada caso concreto, teniendo en cuenta los principios de solidaridad familiar y la prohibición del ejercicio abusivo del derecho.

Mizrahi parte de considerar que la familia no es portadora de interés propio. En ella solo se realizan intereses que son exigencias de las personas que la integran, por lo que no podrá atribuirse al interés familiar naturaleza de categoría jurídica diferenciada.

Señala que, para algunos autores, el significado normativo de interés familiar podría aludir a una suerte de concepto estándar, esto es, a una serie de pautas orientadoras, prefijadas de antemano y destinadas a resolver diversos problemas en cada caso, pero esta interpretación presenta el grave inconveniente de la dogmatización por sujeción del juez a pautas objetivas pudiendo conducir a soluciones injustas.

Para otros, el interés familiar es aquel traducido como el interés que abarca la comprensión de lo necesario o conveniente para la agrupación familiar vista en su integridad. Esta propuesta analítica termina admitiendo la existencia del interés familiar como categoría jurídica diferenciada, en tanto se lo estima diverso y de grado superior a los intereses de los miembros de la familia involucrados en el caso, ingresando en el terreno de la abstracción muy cercano a la teoría organicista de Cicu.

Agrega que, en todas las situaciones de conflicto, este se suscita entre intereses de los sujetos y no entre los intereses de estos y el de un hipotético ente supraindividual: el grupo familiar. De tal modo, el interés familiar para la ley no es otro que el propio interés del sujeto involucrado dada su invocación legítima, no abusiva, sin que interfiera o lesione un legítimo interés de otro integrante, y encuadrada dentro de la regla de la solidaridad.

Así, el juez, para dar con el interés personal digno de protección —con el cual se identificará el interés familiar—, tendrá que realizar el balance respectivo teniendo en cuenta la magnitud de los intereses en juego y la vigencia de dos notas de peculiar gravitación en el derecho de familia: la prohibición del abuso del derecho y la solidaridad familiar.

El examen propuesto por el autor citado procura lograr una humanización del interés familiar, neutralizando la operatividad de dogmas, preconceptos y apreciaciones abstractas, a la par que permite apartarse de la vieja idea de presentar la cuestión en términos de una subordinación unilateral de los intereses individuales a los colectivos, lugar común que envuelve un contrasentido, pues aquellos se definen como límites a los objetivos perseguidos por estos.

La restricción impuesta por el Código para peticionar la división del condominio con fundamento en el interés familiar consolida el sistema de protección común, regulado para las diversas formas de vivir en familia reconocidas por el nuevo texto civil —en este caso, la familia matrimonial—, plasmada en el denominado "régimen primario" (arts. 456 a 462 CCyC).

ARTÍCULO 507.- ***Cese del régimen.*** *Cesa la separación de bienes por la disolución del matrimonio y por la modificación del régimen convenido entre los cónyuges.*

Interpretación

El Código regula con claridad las dos formas por las que puede cesar el régimen de separación de bienes: en forma convencional, por modificación consensuada por los cónyuges adscribiendo al régimen de comunidad; y por disolución del matrimonio —divorcio, muerte comprobada o presunta de uno o ambos cónyuges (art. 435 CCyC), y por nulidad de matrimonio putativo en el que se hubiere acordado régimen de separación (art. 429 CCyC).

Recuérdese que, para resultar oponible a los terceros, la cesación de cualquier régimen patrimonial del matrimonio ha de ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 449 CCyC).

La estructura del Código tiene un orden preciso y claro; la regulación bajo examen es muestra cabal de ello, pues condensa las causales de extinción del régimen de separación en una sola norma.

ARTÍCULO 508.- ***Disolución del matrimonio.*** *Disuelto el matrimonio, a falta de acuerdo entre los cónyuges separados de bienes o sus herederos, la partición de los bienes indivisos se hace en la forma prescripta para la partición de las herencias.*

Interpretación

Como en este régimen no existe expectativa de participación en los bienes de propiedad del otro cónyuge, no hay bienes sujetos a partición. Salvo el supuesto en que los cónyuges fueren condóminos. En tal caso, extinguido el régimen de separación, aquellos podrán acordar el modo de partirlo y, si no lograren consensuarlo, regirán las normas de la partición hereditaria (art. 2369 CCyC y concs.).

La norma consagra, como muchas otras del Código, la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad de quienes mantuvieron una comunidad de vida, promoviendo que ese principio de libertad se traduzca en la autorregulación del modo de distribuir los bienes indivisos de quienes estuvieron sometidos al régimen de separación de bienes.

Una interpretación sistémica de la regulación en análisis conduce a propiciar que, si los cónyuges separados de bienes acuerdan ingresar al régimen de comunidad, la división de los bienes deberá concretarse antes de dar inicio a la comunidad, pues los bienes cuyo dueño no pueda determinarse a esa fecha, ingresarán como bienes propios en condominio a la nueva comunidad.

CAPÍTULO 2 Régimen de comunidad	CC	CCyC
Sección 1ª Disposiciones generales	**Comunidad:** régimen único y forzoso. **Principio de libertad contractual. Inhabilidad restringida** a los contratos de compraventa y donación, y a aquellos en que se apliquen las reglas de estos.	**Comunidad:** régimen supletorio, vigente a falta de opción en convención matrimonial. **Inhabilidad contractual especial para contratar entre cónyuges sujetos al régimen de comunidad.** Solo pueden celebrar mandato y sociedades.
Sección 2ª Bienes de los cónyuges	**Bienes propios y gananciales. Dote de la mujer.** **Reglas de calificación indisponibles para los cónyuges.** **Presunción de ganancialidad.**	**Enumeración minuciosa en una sola norma de los dos tipos de bienes.** **Bienes propios:** • aportados a la comunidad; • adquiridos por un derecho anterior a la comunidad; • adquiridos durante la comunidad, a título gratuito; • adquiridos por subrogación (consagración expresa de los productos de los bienes propios, excepción: minas y canteras); • bienes incorporados por accesión: reglas para el mayor valor; • principio de accesoriedad. Calificación única. Recompensas; • cría de animales; • bienes de uso personal, para el trabajo o ejercicio profesional; • indemnizaciones por daños personales; • derecho a pensión, jubilación y alimentos; **Supresión de la dote.**

CAPÍTULO 2 Régimen de comunidad	CC	CCyC
Sección 2ª Bienes de los cónyuges	**Bienes propios y gananciales. Dote de la mujer.** **Reglas de calificación indisponibles para los cónyuges.** **Presunción de ganancialidad.**	**Bienes gananciales:** • adquisiciones onerosas, en general; • adquisiciones por azar y hallazgos de tesoros, • frutos de los bienes de los cónyuges (definición legal de frutos). Se incorporan los frutos industriales y los civiles del comercio; • lo devengado como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio; • adquiridos por subrogación; • productos de los bienes gananciales y de minas y canteras propias; • incorporados por accesión; • principio de accesoriedad; • adquiridos por derecho anterior a la extinción de la comunidad; **Se mantiene** • **admisión expresa de la calificación única;** • **admisión expresa de supuestos de recompensas;** • **regulación de la modalidad probatoria en supuestos de subrogación real.**
Sección 3ª Deudas de los cónyuges	**Principio:** responsabilidad separada. **Excepción:** responsabilidad del no contratante limitada a los frutos de sus bienes por obligaciones contraídas para atender las necesidades del hogar, conservación de los bienes y educación de los hijos.	**Se mejora sustancialmente el régimen de responsabilidad:** • se mantiene el **principio de responsabilidad separada;** • se establece **responsabilidad solidaria** respecto de las deudas para satisfacer necesidades ordinarias del hogar, sostenimiento y educación de los hijos ("régimen primario"); • se establece **responsabilidad concurrente** de ambos consortes por los gastos de conservación y reparación de bienes gananciales. Responsabilidad limitada a los gananciales del no contratante; • **admisión expresa de recompensa** en caso de deuda personal solventada con fondos gananciales o a la inversa.

CAPÍTULO 2 Régimen de comunidad	CC	CCyC
Sección 4ª Gestión de los bienes en la comunidad	**Administración y disposición separada** de cada cónyuge respecto de sus bienes.	**Se mantiene sistema de gestión separada.**
	Restricciones al poder dispositivo (consentimiento).	**Se mantiene restricción (asentimiento), para enajenar o gravar diversos bienes gananciales** (nominados con mejora sustancial), **y también para disponer los derechos sobre la vivienda familia y sus enseres** (aun cuando aquella fuere de carácter propio: "régimen primario").
	Silencio legislativo.	**Se incorporan reglas para la administración y disposición de bienes adquiridos conjuntamente (en condominio) por ambos cónyuges.**
	Situación regulada en el Capítulo de la disolución de la sociedad conyugal.	**Se consagra expresamente la la inoponibilidad al cónyuge de los actos celebrados por el otro con el propósito de defraudarlo, lo que constituye una me**jora metodológica indudable que se trata en el Capítulo de gestión. Se relaciona con la figura del fraude genérico, consagrado en el art. 12 CCyC.
Sección 5ª Extinción de la comunidad	**Normas aisladas que contemplaron** las causales de extinción de la sociedad conyugal: separación personal, divorcio, separación judicial de bienes, nulidad de matrimonio putativo, muerte, ausencia con presunción de fallecimiento.	**Sistematización en una sola norma de las causales de extinción del régimen de comunidad.** **Supresión de la separación personal como causal** (Consecuencia de la supresión del instituto en el CCyC).
	Separación judicial de bienes: normas dispersas.	**Incorporación de causales de extinción de la comunidad:** • **modificación del régimen patrimonial del matrimonio** (convención adscribiendo al régimen de separación de bienes) y; • **separación judicial de bienes solicitada con motivo del cese de la convivencia.** **Sistematización de las causales para requerir separación judicial de bienes:** mala administración, declaración de concurso, incapacidad o excusa de uno de los cónyuges (ídem al CC), **declaración de quiebra y separación de hecho sin voluntad de unirse (nuevas causales).**

CAPÍTULO 2 Régimen de comunidad	CC	CCyC
Sección 5ª Extinción de la comunidad	**Normas aisladas que contemplaron** las causales de extinción de la sociedad conyugal: separación personal, divorcio, separación judicial de bienes, nulidad de matrimonio putativo, muerte, ausencia con presunción de fallecimiento. Separación judicial de bienes: normas dispersas.	**Se precisa el momento en que ocurre la extinción de la comunidad según la causal**, zanjando divergencias en torno al momento en que ocurría en el caso de ausencia con presunción de fallecimiento. **Se faculta al juez para retrotraer los efectos de la extinción de la comunidad al momento del cese de la convivencia,** en caso de separación de hecho, para evitar efectos inequitativos o abusivos.
Sección 6ª Indivisión postcomunitaria	**Inexistencia de regulación en supuestos de indivisión postcomunitaria en vida de ambos cónyuges.** **Reglas de la indivisión hereditaria cuando la extinción comunitaria opera por muerte de uno de los esposos (art. 1313 CC).** **Inexistencia de regulación en supuestos de indivisión postcomunitaria en vida de ambos cónyuges.** **Reglas de la indivisión hereditaria cuando la extinción comunitaria opera por muerte de uno de los esposos (art. 1313 CC).**	**Consagración de normas específicas cuando la extinción de la comunidad opera en vida de ambos consortes:** • **subsistencia de las reglas de responsabilidad:** imposibilidad de que los cónyuges acuerden en contrario; • **facultad de acordar reglas de gestión de los bienes comunes** reservada a los supuestos en que también se extingue el vínculo matrimonial (divorcio, nulidad de matrimonio putativo). **En caso contrario** (separación judicial de bienes o modificación de régimen legal convenido), **o en el caso de falta de acuerdo, mantienen su vigencia las restricciones al poder dispositivo** contenidas en el "régimen primario"; • **deber de informar al consorte no titular del bien ganancial la intención de otorgar actos de administración extraordinaria** (facultad del no titular para oponerse al acto); • **uso y disfrute exclusivo de cada cónyuge respecto de los bienes cuya titularidad detenta** (puede también acordarse); • **los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecen la masa ganancial;** • **posibilidad de que los acreedores de los cónyuges soliciten la partición de la comunidad** (subrogación); • **posibilidad de los cónyuges de requerir medidas asegurativas de su derecho a la ganancialidad.** **Se mantiene tal remisión.**

CAPÍTULO 2 Régimen de comunidad	CC	CCyC
Sección 7ª Liquidación de la comunidad	**Inexistencia de regulación.**	**Consagración de normas expresas para el proceso de liquidación de la comunidad.** Establecidas las recompensas, el saldo a favor de la comunidad debe adicionarse a la masa común, y el saldo a favor del cónyuge, que debe ser atribuido a este sobre la masa común. En caso de insuficiencia de aquella, se reconoce un crédito a favor del cónyuge en contra del otro.
	Cargas de la sociedad conyugal (legisladas en forma separada).	**Regulación de las deudas personales incluyendo, con tal carácter, las derivadas de la responsabilidad por hechos ilícitos.** **Consagración explícita de la noción de recompensas** (sistematización de su extensión, oportunidad para el reclamo, procedimiento de valuación —intereses— y monto). **Regulación de las cargas de la comunidad en esta Sección. Se destaca su bondad metodológica,** pues es en esta etapa (liquidación), cuando la cuestión de la contribución en las deudas se materializa, en virtud del sistema de responsabilidad separada.
Sección 8ª Partición de la comunidad	**Regulación en el Capítulo de disolución de la sociedad conyugal solo referida** al principio de división por mitades y los supuestos de sociedades conyugales simultáneas y bigamia.	**Consagración de normas expresas para el proceso de partición de la comunidad** (ausentes en el CC): • **disuelta la comunidad la partición puede ser pedida en todo tiempo,** sin límite temporal ni prescripción; • **designación de cómo se integra la masa sujeta a partición:** gananciales de ambos esposos previa deducción de las cargas de la comunidad y previa imputación o deducción de recompensas; • **consagración de la facultad de los comuneros de acordar libremente el modo en que dividirán los bienes comunes**. Solo en caso de desacuerdo rige el principio de división por mitades. • **posibilidad de requerir asignación preferencial de un bien común;** • **forma de la partición:** cualquiera fuere la causal de extinción rigen las disposiciones para la partición de herencias previstas por el CCyC;

CAPÍTULO 2 Régimen de comunidad	CC	CCyC
Sección 8ª Partición de la comunidad	Liquidación de dos o más comunidades. Bigamia.	• **los gastos que demanden las operaciones de partición** serán soportados a prorrata por los cónyuges o por el consorte y los herederos del otro a prorrata de su partición en los bienes; • **responsabilidad posterior a la partición por deudas anteriores:** aquéllas serán soportadas por el cónyuge que la contrajo con su patrimonio (propio y ganancial adjudicado). **Se mantiene la disposición con una formulación gramatical superadora** por cuanto no se considerará, en este procedimiento, los bienes propios de cada cónyuge, sino que será dirimente la prueba aportada para determinar la participación y el tiempo de duración de cada comunidad. **Se mantiene la disposición con una formulación gramatical superadora.**

TÍTULO III
Uniones convivenciales(*)

CAPÍTULO 1
Constitución y prueba

ARTÍCULO 509.- ***Ámbito de aplicación.*** *Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.*

1. Introducción

Una de las principales novedades del CCyC en materia de relaciones de familia se refiere a la regulación integral de otra forma de organización familiar, alternativa y diferencial a la figura matrimonial, a la que el legislador nomina "unión convivencial". "Unión", en tanto refleja la idea de proyecto de vida compartido en el marco de una relación de pareja signada por el afecto; "convivencial" como denotación de uno de los rasgos distintivos y estructurales de este tipo familiar no formal o "sin papeles": la convivencia.

De este modo, la legislación civil y comercial se distancia de la postura abstencionista originaria del CC, ya que reconoce ciertos efectos jurídicos a las relaciones afectivas de

(*) Comentarios a los arts. 509 a 528 elaborados por Natalia De la Torre.

pareja, pero los diferencia de la regulación prevista para el matrimonio, con respecto al derecho de las personas a casarse y a no casarse (art. 19 CN). Se trata de un reconocimiento que se produce siempre que se cumplan las características enunciadas, a modo de definición, en el artículo en comentario —"*singular, pública, notoria, estable y permanente*"— más los requisitos constitutivos establecidos en el artículo siguiente, art. 510 CCyC, con especial atención al mínimo temporal impuesto de dos años de convivencia como modo de evitar la indeterminación e inseguridad jurídica que genera no saber desde cuándo se tienen o se pueden reclamar los deberes-derechos que se prevén en este Título III.

Por último, el CCyC, a tono con el avance legislativo que significó la ley 26.618 en materia de igualdad y no discriminación, reconoce las uniones convivenciales del mismo o diferente sexo.

2. Interpretación

El CC regulaba un solo tipo de familia, la surgida en el marco de un matrimonio, caracterizado por su heternormatividad —e, incluso, en un comienzo, por su religiosidad o no laicidad—. Recuérdese que fue recién en 1888, casi 20 años después de sancionado el Código de Vélez (1869), que la Argentina incorporó a su ordenamiento jurídico el matrimonio civil a través de la sanción de la ley 2293. En esta línea unívoca de decir "familia", Vélez Sarsfield replicó la línea abstencionista seguida por el modelo del Código napoleónico, negándole reconocimiento de efectos jurídicos a las relaciones afectivas de parejas sin base matrimonial, posicionamiento sintetizado comúnmente con el adagio "*como los concubinos ignoran la ley, la ley debe ignorarlos*".

Sin embargo, esta posición abstencionista originaria fue virando con el tiempo por fuerza de la realidad. De esta forma, sucesivas reformas parciales al CC (leyes 17.711, 23.264, 20.798 y 23.515) y la sanción de distintas leyes especiales de claro cariz asistencial (leyes 20.744, 23.091, 24.193, 24.417, entre otras) abrieron paso a un modelo regulatorio caracterizado por un proteccionismo mínimo y parcial basado, fundamentalmente, en el reconocimiento de derechos de los convivientes frente a terceros (el empleador, la aseguradora de trabajo, el Estado a través de su organismo de Seguridad Social, el locador de la vivienda, etc.).

En este contexto se inserta la regulación integral de otra forma de vivir en familia del CCyC, la que suma las uniones convivenciales al abanico de opciones de vida familiar protegidas por el derecho infra constitucional-convencional (art. 14 bis CN).

Las razones de esta incorporación son varias y responden a los bastiones axiológicos en los que se asienta el CCyC:

a. principio de realidad;
b. derecho privado constitucionalizado —principalmente, el principio de igualdad y no discriminación, en el marco de una sociedad plural o multicultural—;
c. seguridad jurídica en protección de los más vulnerables.

Así, en los "Fundamentos del Anteproyecto...", que dieron lugar al CCyC se expresa: "*El progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial constituye una constante en todos los sectores sociales y ámbitos geográficos*", agregándose: "*Desde la obligada perspectiva de Derechos Humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad*

de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea mínima, de las convivencias de pareja, constituye una manda que el anteproyecto debe cumplir". (36)

Con otro plus que hace al tópico de la seguridad jurídica: si bien el CC partía de una postura abstencionista frente al entonces llamado, peyorativamente, "concubinato", el tiempo y la fuerza de la realidad hicieron que este fenómeno sea reconocido no solo, como adelantamos, en diversas leyes especiales sino también en la jurisprudencia, otorgándosele algunos efectos jurídicos a las relaciones afectivas que cumplían determinados requisitos —los mismos que hoy se sintetizan en el artículo en comentario: estabilidad, permanencia, singularidad y publicidad—. Ahora bien, huelga decirlo, el reconocimiento jurisprudencial fue dispar, quedando los derechos de las personas a la zaga del juez llamado a intervenir en cada caso. ¿El modo de evitar esta indeterminación y su pasible consecuencia, la arbitrariedad? Definir qué se entiende por unión convivencial.

Justamente, teniendo en cuenta estas mandas, el CCyC abre el Título III del Libro Segundo, reconociendo la unión estable, pública, notoria y permanente de dos personas de igual o distinto sexo que conviven y comparten un proyecto de vida en común basado en el afecto, en tanto forma de vivir en familia, alternativa al matrimonio.

La convivencia y el proyecto de vida en común son los primeros elementos tipificantes de estas uniones. Se trata de elementos que diferencian a este tipo de organización familiar de otras relaciones afectivas, por ejemplo, relaciones de pareja pasajeras o efímeras (noviazgos) que no cumplen con el requisito de la convivencia, o relaciones de amistad o parentesco (amigos que comparten vivienda mientras se van a estudiar a otra provincia, hermanos que conviven siendo adultos, etc.) que, si bien pueden cumplir con el requisito de convivencia, no traslucen un proyecto de vida en común —en otras palabras, no son pareja—.

Otro de los caracteres con que el CCyC define y delimita el reconocimiento de efectos jurídicos a las convivencias de pareja, es la singularidad o exclusividad en el vínculo. Como en el caso del matrimonio, esta exigencia responde al modelo monogámico socialmente aceptado. Ya la jurisprudencia de época anterior a la sanción de la nueva legislación destacaba la importancia de este requisito: "*La relación concubinaria es aquella prolongada en el tiempo, con vocación de permanencia, calificada por un especial vínculo afectivo, excluyente de toda otra relación simultánea con caracteres similares destinada a pervivir".* (37)

Asimismo, los rasgos de notoriedad y publicidad que se mencionan en el artículo en comentario responden a la necesidad de prueba de esta relación no formal. Es que, a diferencia del matrimonio que se instituye a partir del hecho formal de su celebración (es decir, que tiene fecha cierta), la unión convivencial no exige formalidad alguna; por tanto, siendo un hecho fáctico, requiere de elementos objetivos para su constitución, como ser la notoriedad y la relación pública.

En la misma línea se inscriben las notas distintivas de permanencia y estabilidad, en consonancia con el requisito de dos años de convivencia que se incluye en el artículo

(36) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

(37) SCJ Buenos Aires, "G., M. F. c/ Provincia de Buenos Aires (Instituto de Previsión Social) s/ Demanda contencioso administrativa", 18/03/2009, AP 14/153427 y 14/153430, citado en Herrera, Marisa y de la Torre, Natalia, "Convivencias de Pareja", en Cecilia P. Grosman; Nora Lloverásy Marisa Herrera (dirs.), *Summa de Familia,* t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012, p. 1467.

siguiente (art. 510 CCyC). Sucede que términos como "permanencia" y/o "estabilidad" pueden no significar lo mismo a los ojos de diversos intérpretes (para algunos un año puede alcanzar para tener por configurado estos caracteres; para otros, cinco años y así existen infinidad de posibilidades). Precisamente para evitar esta discrecionalidad y divergencia judicial a la hora de reconocer o no reconocer los efectos de este Título III a las convivencias de pareja, el CCyC prevé un plazo mínimo de convivencia.

Por último, a tono con el avance legislativo en materia de igualdad y no discriminación instaurado con la sanción de la ley 26.618, y en consonancia con el principio de no regresividad en materia de derechos humanos, el CCyC no incluye como requisito de la unión convivencial a la diversidad sexual de sus miembros. Es decir, recepta las uniones convivenciales del mismo o diferente sexo, cerrando con ello los caracteres delimitantes del ámbito de aplicación subjetivo de las normas previstas en el Título III, del Libro II.

ARTÍCULO 510.- ***Requisitos.*** *El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:*

a. *los dos integrantes sean mayores de edad;*
b. *no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado;*
c. *no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta;*
d. *no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;*
e. *mantengan la convivencia durante un periodo no inferior a dos años.*

1. Introducción

Una vez definido los caracteres de la unión convivencial —unión estable, pública, notoria y permanente de dos personas de igual o distinto sexo que conviven y comparten un proyecto de vida en común basado en el afecto (art. 509)—, el CCyC introduce cinco requisitos constitutivos de esta forma de organización familiar alternativa al matrimonio.

Se trata de requisitos que deben ser cumplidos para que proceda el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos previstos en los Capítulos III y IV del Título III, y que pueden sintetizarse en: ser mayor de edad; no estar unidos por vínculos de parentesco; no estar casados o en otra unión convivencial; y mantener la convivencia por un mínimo de dos años.

Cobra especial interés el último de los requisitos mencionados, sobre todo teniendo en cuenta que que, en pos de no dejar nuevamente fuera del derecho a un grupo amplio de personas —fundamentalmente, a aquellas más vulnerables—, no exige la registración de la unión como modo de constitución. Es decir, la registración es posible y se prevé, pero solo a los fines de facilitar la prueba de la unión, como veremos con más detalle en los comentarios de los arts. 511 y 512.

2. Interpretación

El CCyC, a diferencia de otras legislaciones que observa el derecho comparado, no exige la registración como elemento constitutivo de las uniones convivenciales. Por este motivo, datos fácticos y objetivos como los enumerados en el artículo en comentario —en línea con los rasgos tipificantes previstos en el artículo anterior— son introducidos para poder

determinar qué parejas no casadas son alcanzadas o no alcanzadas por las normas previstas en el Título III.

2.1. Análisis de los incisos

a. ***los dos integrantes sean mayores de edad;***

El primero de estos requisitos es la mayoría de edad de los miembros de una unión convivencial, 18 años según la legislación vigente —ley 26.579—. En tal sentido, se diferencia del matrimonio, donde si bien la edad núbil se alcanza también a los 18 años —art. 403, inc. f, CCyC—, la persona menor de edad que no haya cumplido los 16 años puede contraer matrimonio, previa dispensa judicial; y la persona mayor de 16 y menor de 18 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales —art. 404 CCyC— y, si ella le es negada, puede requerir al juez la dispensa judicial. En las uniones convivenciales, en cambio, no se prevén excepciones a este requisito de edad mínima. Sucede que las uniones convivenciales, a diferencia del matrimonio, se constituyen sin formalidad alguna y, por tanto, están ajenas al control estatal; en resguardo y protección de las personas menores de edad, se impone como requisito ineludible la mayoría de edad de sus miembros.

b. ***no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado;***

En segundo término, a los fines de evitar relaciones incestuosas —y porque el CCyC incluye únicamente las relaciones de pareja en su definición de unión convivencial y no así a las llamadas "uniones asistenciales" (que pueden darse entre amigos que conviven, hermanos, etc.)—, se establecen limitaciones respecto del parentesco entre los miembros de la pareja. Al referirse a la noción de parentesco sin distinción, cabe recordar que, conforme lo establece el art. 529 CCyC, este comprende al parentesco surgido de la filiación por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción. La prohibición alcanza, en línea recta ascendente y descendente, a todos los grados y, en línea colateral, hasta el segundo grado. Es decir, no podrán constituir una unión convivencial hermanos —unilaterales o bilaterales—.

c. ***no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta;***

El artículo en comentario impone también como limitante la relación de parentesco por afinidad en línea recta en todos los grados entre los miembros de una unión convivencial. Así, por ejemplo, si un matrimonio se disuelve por divorcio, el/la excónyuge no podrá constituir una unión convivencial con los ascendientes de su exmarido/mujer (suegros), ni con los hijos de su expareja provenientes de una relación anterior (hijos afines), ni con los hijos de estos (nietos afines), etc. En este punto, cabe aclarar que la unión convivencial, a diferencia del matrimonio, no genera estado civil alguno y, por tanto, al no producirse parentesco por afinidad entre el/la conviviente y los parientes de su pareja, es posible que una vez cesada la unión convivencial, alguno de sus miembros constituya una nueva unión con uno de los parientes de su expareja.

d. ***no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;***

Por otra parte, el CCyC también establece como requisito constitutivo la inexistencia de impedimento de ligamen, con un plus diferencial respecto de la regulación del matrimonio:

aquí el impedimento de ligamen se hace extensivo no solo al matrimonio anterior de uno o ambos miembros de la pareja mientras subsista, sino también a la unión convivencial registrada de manera simultánea de uno o ambos miembros. Es importante aclarar que, si bien en el artículo en comentario, el CCyC prevé impedimentos de fácil acreditación porque encierran una formalidad —matrimonio y unión convivencial registrada—, los conflictos que puedan suscitarse por la existencia simultánea de dos uniones convivenciales no registradas, deberán ser dirimidos en la justicia y resueltos teniendo en consideración las pruebas que se acrediten en torno a los requisitos y elementos tipificantes previstos en los arts. 509 y 510 CCyC, más las causales de cese de la convivencia reguladas en el art. 523 CCyC.

e. *mantengan la convivencia durante un periodo no inferior a dos años.*

Por último, como adelantamos al comentar el artículo anterior, la nueva legislación civil y comercial estatuye al factor tiempo como determinante para la configuración de este tipo de organización familiar pues, a diferencia del matrimonio que se constituye a partir de un hecho formal de celebración, la unión convivencial carece de formalidad y precisa de la delimitación de su configuración a partir de datos objetivos como la cuestión de la permanencia y estabilidad temporal. El tiempo exigido, dos años, es una cuestión de política legislativa —los criterios en el derecho comparado son variados (solo a modo de ejemplo, Paraguay exige 4 años de convivencia; Uruguay, 5 años, etc.) y, en este punto, existen en nuestro medio leyes locales antecesoras, como la ley 1004 de la Ciudad de Buenos Aires, que establecen también dos años como piso mínimo para el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos. La finalidad de establecer un plazo de convivencia estable, pública y notoria está expresada con elocuencia en los Fundamentos: *"La determinación de un plazo busca resguardar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad que puede derivarse de la indeterminación"*.[38]

A modo de cierre, una consideración general de suma relevancia: el cumplimiento de los rasgos estructurales definidos en el art. 509 CCyC, más los requisitos constitutivos previstos en el artículo en comentario, son exigidos a los fines de reconocer los efectos jurídicos previstos en el Título III del Libro II; por tanto, no puede inferirse de este razonamiento que las convivencias de pareja que no cumplan con alguno o varios de estos requisitos no tengan efecto jurídico alguno dentro de la nueva legislación civil y comercial. Por el contario, y solo a título ilustrativo, podemos mencionar el reconocimiento de legitimación activa para reclamar daño extra patrimonial al conviviente en tanto demuestre "trato familiar ostensible" —art. 1741 CCyC—; la posibilidad de constituir en beneficiario de la afectación de la protección a la vivienda única al conviviente —art. 246, inc. a, CCyC—; la adopción de integración del hijo del conviviente que, a diferencia de la adopción conjunta, no requiere la configuración de una unión convivencial entre el progenitor y su pareja —art. 620 CCyC—. Misma tesitura debe seguirse en torno a la aplicación de la legislación especial anterior a la sanción del CCyC en materia de derechos a las convivencias de pareja (indemnización por muerte del trabajador; derecho a pensión; locaciones urbanas; protección contra la violencia familiar; trasplante de órganos; acceso a las técnicas de reproducción humana asistida; entre otras), debiéndose aplicar lo que se establece en estas

(38) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

normativas y no los requisitos exigidos a los efectos de reconocer los derechos-deberes del Título III del Libro II.

ARTÍCULO 511.- ***Registración.*** *La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios.*

No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes.

1. Introducción

El CCyC, a diferencia de normativas locales anteriores como la ley 1004 de la CABA, no exige la registración como requisito de configuración de la unión convivencial. La registración de la existencia, el cese y los pactos que la pareja haya celebrado, se instituye únicamente a los fines de facilitar su prueba.

2. Interpretación

El CCyC prevé la registración de las uniones convivenciales solo con fines probatorios, mas no como requisito para su configuración, es decir, como elemento indispensable para reconocer los efectos jurídicos previstos en el Título III.

La razón de esta política legislativa es clara: no dejar nuevamente fuera del derecho a un grupo amplio de personas, sobre todo a aquellas más vulnerables que, por diversos motivos socio culturales, no quieren o no pueden acceder a la registración de sus convivencias. De este modo, se evita crear nuevas categorías o tipos de familias por fuera del derecho.

Cabe recordar las elocuentes palabras de la Corte IDH en el caso "Atala Riffo", *"el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio"*.[39] En resguardo de estos lazos familiares de hecho, y en consonancia con la solidaridad familiar que surge de haber asumido un proyecto de vida en común y la atención particular que la nueva legislación brinda a los sectores de la población más vulnerables, el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones convivenciales se otorga con prescindencia de formalidad alguna, es decir, estén las parejas registradas o no.

No obstante, si bien la registración se prevé solo a los fines de facilitar la prueba de la unión, su cese o la existencia de pactos entre sus integrantes, como veremos con mayor detalle al comentar el art. 522 CCyC, las uniones registradas tienen un plus de derechos respecto de la protección de la vivienda familiar y los muebles indispensables de ella —plus ineludible por pacto en contrario en tanto conforma el piso mínimo inderogable para las partes—. Protección en un doble sentido:

(39) Corte IDH, "Atala Riffo otros c/ Chile", 24/02/2012, parág. 142, AP/JUR/948/2012.

a. necesidad de asentimiento del otro conviviente en caso de disposición; y
b. inejecutabilidad por deudas contraídas con posterioridad a la registración, excepto que hayan sido contraídos por ambos convivientes o por uno con el asentimiento del otro.

La respuesta al por qué de la necesidad de registración para que esta protección sea operativa surge clara: la protección de derechos de terceros, que la legislación no puede desatender.

Respecto de los requisitos necesarios para la registración de la unión, sus pactos y su cese, y siendo la cuestión registral competencia no delegada a la nación, habrá que atender a las formalidades que dispongan las normativas de cada jurisdicción —las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—.

En consonancia con el carácter de singularidad y el requisito de impedimento de ligamen extendido a la existencia de una unión convivencial anterior mientras subsista, el artículo en comentario dispone la prohibición de inscribir una nueva unión convivencial hasta tanto no se proceda a registrar el cese de una unión convivencial anteriormente inscripta. Cese que podrá ser registrado a solicitud de uno de los miembros de la pareja, tal como se desprende, *contrario sensu*, del último párrafo de la norma en comentario, *"La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes"*.

En síntesis, solo la registración de la unión convivencial requiere de la voluntad expresa de ambos miembros; lpor el contrario, los pactos que ellos hayan celebrado —como la existencia de alguno de los supuestos de cese de la convivencia— pueden ser inscriptos en el Registro a solicitud de uno de sus miembros.

ARTÍCULO 512.- ***Prueba de la unión convivencial.*** *La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.*

1. Introducción

El CCyC establece el principio de amplitud probatoria en materia de acreditación de existencia de la unión convivencial. Se destaca la facilidad probatoria que favorece a las uniones registradas, pues su sola registración es prueba suficiente de su constitución.

2. Interpretación

Definidos los caracteres de la unión convivencial —unión estable, pública, notoria y permanente de dos personas de igual o distinto sexo que conviven y comparten un proyecto de vida en común basado en el afecto (art. 509 CCyC)— y los requisitos constitutivos para su configuración —ser mayor de edad, no estar unidos por vínculos de parentesco, no estar casados o en otra unión convivencial y mantener la convivencia por un mínimo de dos años (art. 510 CCyC)—, el Código dispone el principio de libertad probatoria a los fines de tener por acreditada la existencia de la unión. De este modo se habilita la posibilidad de exigir los efectos jurídicos reconocidos en el Título III a este tipo de organización familiar.

Asimismo, en consonancia con el principio establecido en el art. 511 CCyC, en tanto la registración no es un elemento *ad solemnitatem* sino solo *ad probationem*, la sola registración de la unión es prueba suficiente de su existencia y no requiere de otros medios probatorios para su acreditación.

CAPÍTULO 2

Pactos de convivencia

ARTÍCULO 513.- ***Autonomía de la voluntad de los convivientes.*** *Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522.*

1. Introducción

El CCyC estatuye, como principio rector de regulación en el marco de una unión convivencial, la autonomía de la voluntad. De este modo, durante y/o después del cese de la convivencia, priman las reglas que los integrantes de la unión se autoimpongan de común acuerdo mediante los pactos que deben celebrar por escrito. Ante falta de pacto, como régimen supletorio, se aplican las disposiciones del Título III.

Ahora bien, el CCyC prevé ciertas limitaciones a esta posibilidad de autocomposición a través de pactos, restricciones fundadas en la obligada mirada de derechos humanos y en resguardo de la solidaridad o responsabilidad familiar. De esta manera, conforme lo establece el art. 515 CCyC, los pactos no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial. Asimismo, no pueden violentar lo dispuesto en los arts. 519, 520 y 521 CCyC, para el caso de uniones registradas y no registradas, ni lo previsto en el art. 522 CCyC, aplicable solo a las uniones registradas. Estas normativas —arts. 519 a 522 CCyC— conforman el piso mínimo obligatorio insoslayable, haya o no haya pacto, o incluso contra pacto.

2. Interpretación

El CCyC, a diferencia de lo que acontece en materia matrimonial, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad en la regulación de las uniones convivenciales. Son los convivientes los que determinan, por acuerdo de parte exteriorizado en pacto por escrito, cómo regular sus relaciones personales y/o patrimoniales durante y/o después del cese de la unión.

Como adelantamos, por aplicación del principio de realidad y la constitucionalización-internacionalización del derecho de familia, la regulación de esta forma de organización familiar alternativa a la familia matrimonial era una manda que la nueva legislación civil y comercial no podía desatender.

Ahora bien, el desafío mayor para el legislador estaba en determinar el modo o alcance de su regulación, es decir, hasta dónde intervenir en materia regulatoria para no violentar el principio de autonomía de la voluntad —el derecho a no casarse— y, al mismo tiempo, asegurar la protección integral que se le debe a la familia, cualquiera sea su forma. En palabras de los Fundamentos que acompañan al Anteproyecto que sirvió de base del CCyC,

la tensión entre autonomía de la voluntad y orden público es resuelta regulando de manera limitada y diferencial las uniones convivenciales de la figura matrimonial, *"En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el anteproyecto reconoce efectos jurídicos a las convivencias de pareja, pero de manera limitada. Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) que se fundan en aceptar que, en respeto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia".* [40]

De esta manera, en las uniones convivenciales cobra primacía el libre juego de las autonomías para conformar la regulación de las relaciones personales y patrimoniales durante y después de la convivencia. No obstante, esta amplitud para el ejercicio de autocomposición tiene sus límites. Los convivientes deben respetar ciertos mínimos que no pueden desatender mediante pacto, a saber:

a. alimentos durante la vigencia de la unión;
b. contribución en las cargas del hogar;
c. responsabilidad solidaria frente a terceros; y
d. solo para las uniones registradas, protección de la vivienda familiar.

Asimismo, también en respeto de la autonomía personal y del principio de solidaridad familiar, a falta de pacto, el CCyC establece un régimen supletorio que incluye el piso mínimo inderogable, más la atribución de la vivienda post cese de la convivencia, más la posibilidad de requerir una compensación económica, como se verá al analizar los artículos subsiguientes de este Título III.

En suma, tal como se explicita en los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto, el elemento central en este tipo de organización familiar son los pactos de convivencia: *"El Anteproyecto prioriza la autonomía de la voluntad expresada en forma escrita, que debe ser inscripta si la unión convivencial es registrada. La libertad no es absoluta; por eso, esos pactos no deben ser contrarios al orden público, ni conculcar el principio de igualdad entre los miembros de la pareja, ni afectar derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes. Con estas restricciones, y de manera meramente orientativa, se dispone que las partes puedan pactar, entre otras cuestiones, la contribución a las cargas del hogar durante la unión, y para el caso de ruptura, la atribución del hogar común y la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común. Se permite que los pactos puedan ser modificados y extinguidos en cualquier momento por ambos convivientes, expresándose que el cese de la convivencia trae consigo la extinción de pleno derecho del pacto para el futuro. En protección a derechos e intereses de terceros, se dispone que tanto el pacto, como su modificación o cese, son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el articulado relativo a la registración, y también en los registros correspondientes a los bienes incluidos en el pacto".* [41]

(40) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

(41) "Fundamentos del Anteproyecto...", en *Proyecto..., op. cit.*

ARTÍCULO 514.- ***Contenido del pacto de convivencia.*** *Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:*

a. *la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común;*
b. *la atribución del hogar común, en caso de ruptura;*
c. *la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.*

1. Introducción

El CCyC, a título ilustrativo, enuncia posibles tópicos a incluir como contenido de los pactos entre convivientes. Se trata de contenidos que dan solución a hipotéticos conflictos que pueden surgir tanto durante la unión como en ocasión de su cese. En vigencia de la unión podrán, entre otras cuestiones, disponer el modo en que ambos contribuirán con las cargas del hogar durante la vida en común. Una vez cesada la unión, podrán fijar de antemano a quién atribuir el hogar común o cómo se dividirán los bienes que se hayan obtenido por el esfuerzo común durante la vigencia de la unión.

2. Interpretación

El Capítulo II del Título III se dedica a regular todas las aristas en materia de pactos entre convivientes. Luego de enunciar como principio regulatorio entre convivientes la autocomposición de sus relaciones mediante pactos por escrito (art. 513 CCyC), el artículo en comentario ejemplifica solo a título enunciativo posibles contenidos a incluir en estos acuerdos.

El primer tópico que se enuncia es el relativo al modo de contribuir en una de las obligaciones inderogables por acuerdo entre los convivientes: las cargas del hogar. Como se verá con más detalle en el comentario al art. 520 CCyC, si bien las cargas del hogar conforman el piso mínimo obligatorio insoslayable, el Código prevé la posibilidad de acordar entre convivientes la forma en que cada uno dará cumplimiento a esta obligación común. En este sentido, el pacto no podrá incluir, válidamente, una cláusula que estipule que estará en cabeza de uno de los miembros de la pareja la responsabilidad de solventar todas las cargas del hogar, pero sí podrá, válidamente, establecer el modo de contribución de cada uno.

Asimismo, el CCyC, conforme el principio de realidad, enuncia dos de los conflictos más usuales en materia del cese de la convivencia: la posibilidad de acordar mediante pacto a quién se le atribuirá el hogar común una vez acaecida la ruptura y cómo se resolverán los conflictos que puedan surgir respecto de la división de los bienes obtenidos durante la vigencia de la unión por el esfuerzo común de los convivientes.

Ahora bien, los contenidos enunciados y los no enunciados pero incluidos por acuerdo entre convivientes están sujetos a un doble límite impuesto expresamente por el CCyC: no pueden desatender el piso mínimo obligatorio (art. 513 CCyC) ni ser contrarios al orden público, al principio de igualdad entre convivientes y a los derechos fundamentales de sus miembros (art. 515 CCyC).

ARTÍCULO 515.- ***Límites.*** *Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.*

1. Introducción

En materia de uniones convivenciales, los contenidos de los pactos encuentran ciertos límites fundados en el principio de solidaridad familiar reflejado en el establecimiento de un piso mínimo inderogable de orden público y en la protección de los derechos humanos de los integrantes de la pareja. En particular, los pactos no pueden violentar el principio de igualdad.

2. Interpretación

El CCyC establece ciertos límites a la autonomía de la voluntad, es decir, a la facultad de pactar entre los integrantes los efectos de su relación.

Si bien en principio las relaciones personales y patrimoniales entre convivientes estarán signadas por lo que ellos establezcan mediante pacto escrito, toda regla o cláusula incluida en el pacto deberá pasar el test de validez impuesto de forma genérica en el artículo en comentario. En otras palabras, las cláusulas pactadas que infrinjan el orden público o el principio de igualdad entre los convivientes, o afecten sus derechos fundamentales se tendrán por no escritas.

El primer límite genérico en materia de pactos que enuncia el artículo en comentario es el orden público. El art. 12 CCyC define qué debe entenderse o cuál es el alcance del término "orden público": "*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*". Un claro ejemplo de esta aplicación imperativa es la obligación impuesta en el art. 513 CCyC respecto al piso mínimo obligatorio (arts. 519 a 522 CCyC) para todas las uniones convivenciales —con la salvedad ya expresada respecto de la protección de la vivienda que solo rige en caso de que la unión esté registrada—. Por razón de orden público, de existir un acuerdo entre convivientes que contradiga el cumplimiento del piso mínimo, la convención particular será dejada sin efecto tornándose imperativo lo normado en el art. 513 CCyC. Asimismo, para reforzar esta línea directiva, el art. 13 CCyC prohíbe la renuncia general a las leyes y agrega que "*Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba*"; prohibición expresa en el art. 513 CCyC: "*Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522*".

Por otra parte, la norma en comentario establece como limitante de la autonomía de los integrantes de una unión convivencial —es decir, de su libertad para pactar como mejor lo consideren sus relaciones personales y patrimoniales—, el respeto del principio de igualdad entre sus miembros y el respeto de sus derechos fundamentales.

En consonancia con el sistema de fuentes que el CCyC recepta en su art. 1 —que expresa: "*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*"—, la validez y eficacia del contenido de los pactos estará intrínsecamente ligada al respeto de los derechos fundamentales de los involucrados, consagrados en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos. A modo

de ejemplo, cabe recordar, entre otros, el principio de igualdad enunciado en el art. 17, inc.4, CADH: "*Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo*", aplicable por analogía a las uniones convivenciales, en tanto la normativa encierra el principio general de protección a la familia. En la misma línea, recuérdese lo expresado en el art. 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, *"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…"*.

Por otra parte, la normativa en análisis, en tanto limita la posibilidad de pactar, se vincula con la prohibición genérica del ejercicio abusivo de los derechos establecida en el art. 10 CCyC —*"La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres"*— y con lo establecido en el art. 344 CCyC (en especial, en su último párrafo) respecto de las condiciones prohibidas de los actos jurídicos:*"Se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave la libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil"*.

En suma, el respeto por la libertad y el derecho a la intimidad de los miembros de una unión convivencial deben conjugarse con la responsabilidad y solidaridad familiar por el proyecto de vida familiar asumido y el respeto de los derechos humanos de sus miembros, "*En un sistema basado en la protección y consiguiente eficacia de los derechos fundamentales, la función del derecho de Familia debe ser la de evitar que los conflictos que se producen en el interior del grupo puedan llegar a lesionar los derechos fundamentales de algunos de sus miembros. El pertenecer a una familia no implica la pérdida ni la disminución de ningún derecho*".[42]

ARTÍCULO 516.- ***Modificación, rescisión y extinción.*** *Los pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes.*

El cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro.

1. Introducción

La posibilidad de autocomposición de los efectos personales y patrimoniales de los convivientes mediante pacto no se encuentra limitada o cristalizada en un único momento. El CCyC permite a los convivientes modificar y rescindir los acuerdos pactados siempre que se cuente con conformidad expresa de ambos, y determina la vigencia de los pactos hasta tanto no se produzca alguna de las causales de cese de la unión previstas en el art. 523 CCyC. En caso de que el cese suceda, los pactos entre convivientes se extinguen de pleno derecho hacia el futuro.

(42) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Capítulo Introductorio", en Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (dirs.), T*ratado de Derecho de Familia. Según el CCyC 2014*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2014, t. I, p. 41.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales

El amplio margen a la autonomía de la voluntad que se recepta en la regulación de las uniones convivenciales se refleja también en la posibilidad de modificar o rescindir los acuerdos entre convivientes pactados con anterioridad.

Por razones diversas, que hacen al contexto socioeconómico de cada pareja, lo dispuesto en determinadas circunstancias puede no ser lo más conveniente en otras, permitiendo la norma modificar o incluso rescindir el o los pactos celebrados con anterioridad.

Ahora bien, esta posibilidad de mutación de las condiciones pactadas encuentra un límite: la obligación de contar con el acuerdo de ambos integrantes de la pareja. De este modo, la norma prohíbe, en el caso de pactos entre convivientes, la recisión o modificación por declaración de una sola de las partes (art. 1077 CCyC), exigiendo la bilateralidad.

Esta modificación o rescisión, excepto estipulación en contrario de los convivientes, solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros, conforme se colige de lo normado por el art. 1076 CCyC —incluido en el Título II referido a contratos en general del Libro III del CCyC— y de lo estatuido en el artículo siguiente al aquí comentado —art. 517 CCyC—, en relación a la exigibilidad de inscripción en el registro de la modificación o recisión de los pactos para su oponibilidad frente a terceros.

Por último, el mismo artículo prevé la extinción de los pactos a futuro en caso de ocurrencia de algunas de las causales de cese de la convivencia previstas en el art. 523 CCyC. Una extinción que opera de pleno derecho entre convivientes, pues la eficacia de los pactos —estipulación, modificación, recisión o extinción— frente a terceros se regula en el siguiente artículo.

2.2. Modificación del pacto

Como adelantamos, distintas circunstancias —cambios de escenarios cotidianos y/o extraordinarios que hacen a la intimidad de cada pareja— pueden empujar a los convivientes a tomar la decisión de modificar lo pactado con anterioridad. En otras palabras, el CCyC prevé la posibilidad de que los convivientes puedan rever sus decisiones anteriores plasmadas en un pacto por escrito de común acuerdo, modificando alguna/as de sus cláusulas e imprimiendo nuevas reglas a la vida en común y/o a los efectos post cese de la unión.

Para que estas modificaciones tengan validez entre partes —convivientes—, tienen que ser expresadas por escrito, contar con el acuerdo de ambos y no violentar el piso mínimo inderogable —conforme lo establecido en el art. 513 CCyC—, ni los derechos fundamentales de los integrantes —art. 515 CCyC—.

2.3. Rescisión del pacto

También puede ocurrir que los convivientes no deseen modificar alguna o algunas de las cláusulas del pacto celebrado con anterioridad, sino directamente rescindirlo en su totalidad. En este caso, cabe preguntarse cuáles serían las normas aplicables a futuro, una vez rescindido el pacto. La respuesta la encontramos en el texto del art. 513 CCyC: *"Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes"*. Es decir que, en principio, los pactos prevalecen sobre las normas previstas en el Título III, pero a falta de pacto o ante su rescisión, estas se tornan operativas.

Nuevamente, al igual que en el caso de la modificación, para que la rescisión tenga eficacia y sea válida entre partes —convivientes—, tiene que contar con el acuerdo de ambos y realizarse por escrito, no existiendo la posibilidad de una rescisión tácita.

2.4. Extinción del pacto por cese de la convivencia

A diferencia de los supuestos analizados en los anteriores parágrafos —modificación y rescisión del pacto—, donde la voluntad expresa de los convivientes se torna necesaria para su operatividad y validez, el último párrafo del artículo en comentario prevé un caso de extinción del pacto, ya no por acuerdo de partes sino por la existencia de un hecho: el cese de la convivencia.

El cese de la convivencia, cualquiera sea su causal —muerte de uno de los convivientes, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes, matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros, matrimonio de los convivientes, mutuo acuerdo, voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro o cese de la convivencia mantenida con los alcances que prevé el art. 523, inc. g, CCyC—, extingue de pleno derecho los pactos hacia el futuro.

Al igual que en los casos de rescisión y/o modificación, la extinción de los pactos es oponible a terceros solo desde la inscripción del cese de la unión en el registro respectivo de la jurisdicción.

Es decir, la operatividad de pleno derecho fijada por la norma en comentario rige únicamente entre partes —convivientes—, en tanto el CCyC destina el último artículo del Capítulo 2 del Título III, art. 517 CCyC, a reglar lo relativo a la eficacia de los pactos frente a terceros.

En síntesis, el artículo en comentario establece reglas diferenciales respecto de la eficacia y validez de los pactos, sus modificaciones, rescisiones o extinciones, en la relación interna de los convivientes, destinando el artículo siguiente a reglar los mismos tópicos, pero respecto de las relaciones externas —uno o ambos convivientes frente a terceros—.

ARTÍCULO 517.- ***Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros.*** *Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos.*

Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura.

1. Introducción

El ejercicio de la autonomía personal de los convivientes no puede perjudicar los derechos de terceros. Los pactos —incluida su modificación o rescisión— son oponibles a personas ajenas a la relación recién luego de ser inscriptos en el registro local de uniones convivenciales previsto en el art. 511 CCyC. Asimismo, en caso de que los pactos incluyan alguna/s cláusulas referidas a bienes que exigen registración —cosas registrables— solo serán oponibles a terceros a partir de su inscripción en el registro especial exigido por el bien en cuestión, más su inscripción en el registro de uniones convivenciales.

Asimismo, el último párrafo del art. 517 CCyC, en tanto réplica el último párrafo del artículo anterior, establece que cualquiera sea la causal del cese de la unión convivencial, su efecto extintivo respecto de los pactos a futuro es oponible a terceros solo desde la inscripción del cese de la unión en los registros que correspondan.

2. Interpretación

2.1. Modificación y rescisión frente a terceros

Como vimos en el comentario del artículo anterior, entre convivientes los pactos y sus vicisitudes —modificación o rescisión— son operativos desde el momento de su celebración, no necesitando registración alguna para tornar exigible el cumplimiento entre partes.

Ahora bien, como estos pactos pueden incluir disposiciones respecto a efectos patrimoniales de la vida en pareja —y sus efectos, repercutir en las relaciones económicas que las partes establezcan con terceros—, el CCyC establece como requisito de publicidad de los pactos y sus vicisitudes —en resguardo de los intereses de esos terceros— a la registración; una registración que puede significar una única o doble obligación, conforme la calidad del bien que se vea afectado por alguna/s de las disposiciones del pacto:

a. bienes no registrables;
b. bienes registrables.

En el primer supuesto, la norma en comentario exige como condición de oponibilidad del pacto frente a terceros —lo mismo para el caso de su modificación o rescisión— la inscripción en el registro de uniones convivenciales previsto en el art. 511 CCyC. En cambio, en la segunda hipótesis —bienes registrables—, se requiere además la inscripción en los registros que correspondan a los bienes incluidos en los pactos (Registro de la Propiedad Automotor, Registro de la Propiedad Inmueble, entre otros).

De esta forma, solo a título ilustrativo, si un pacto, por ejemplo, incluye entre sus cláusulas la necesidad de contar con el asentimiento del conviviente no titular para todo acto de disposición sobre bienes muebles registrables, el pacto será oponible a terceros siempre que se halle inscripto en los registros respectivos. Esto significa que, producida la registración, si la disposición se hace efectiva sin contar con el asentimiento del conviviente no titular, el conviviente que no prestó el asentimiento puede reclamar la nulidad del acto de disposición. Por el contrario, si la registración del pacto no se realiza, la cláusula será inoponible al tercero y el conviviente que no prestó su asentimiento no podrá demandar su nulidad, quedando sin embargo abierta la posibilidad del reclamo al otro conviviente para el cual el pacto se torna operativo desde el momento de la celebración (resarcimiento, compensación, etc., dependiendo lo acordado por las partes).

2.2. Extinción por cese de la convivencia frente a tercero

Como vimos, uno de los efectos del cese de la convivencia, cualquiera sea su causal, es la extinción de los pactos o acuerdos celebrados por los miembros de la unión convivencial a futuro.

En el caso de las relaciones internas, entre convivientes, el cese hace extintivo los pactos a futuro de pleno derecho. En cambio, para que el efecto extintivo sea oponible a terceros ajenos a la pareja, la norma exige la inscripción en los registros respectivos (el de uniones y el de bienes, en caso de proceder) de cualquier instrumento que deje constancia de la ruptura —es decir, del cese de la convivencia—.

El artículo en comentario no impone una forma específica para dejar sentado en los registros la ruptura de la unión convivencial, por lo tanto, siguiendo el principio de libertad de forma establecido en el art. 284 CCyC, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente.

CAPÍTULO 3

Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia

ARTÍCULO 518.- ***Relaciones patrimoniales.*** *Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia.*

A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella.

Remisiones: ver art. 522 CCyC.

1. Introducción

En consonancia con el principio de supremacía de la autonomía personal establecido en el art. 513 CCyC, las relaciones patrimoniales entre convivientes durante la vigencia de la unión convivencial se rigen por lo dispuesto en el pacto de convivencia. En caso de no haber celebrado pacto, el CCyC establece —como régimen supletorio— la facultad de libre administración y disposición de los bienes bajo la titularidad de los integrantes de la unión. Se agrega una restricción a esta libertad, aplicable solo a las uniones registradas: la necesidad de contar con el asentimiento del conviviente no titular para disponer de la vivienda familiar y/o de los muebles indispensables que se encuentren en ella (piso mínimo inderogable mediante pacto, arts. 513 y 522 CCyC).

2. Interpretación

2.1. Las relaciones patrimoniales en presencia de pacto

El artículo en comentario abre el Capítulo III (del Título III, del Libro II), destinado a reglar los efectos de las uniones convivenciales durante su vigencia —es decir, los efectos durante la convivencia—.

En sintonía con lo normado en el art. 513 CCyC, estatuye como mecanismo rector de las relaciones patrimoniales durante la convivencia a la autonomía de la voluntad. De este modo, son las partes las que, por un común acuerdo celebrado por escrito, determinan los efectos patrimoniales que quieren que rijan su relación hasta tanto mantengan la convivencia y el proyecto de vida en común.

A diferencia de lo que sucede en el matrimonio, donde existen dos regímenes patrimoniales legales dispuestos —pudiendo los cónyuges solo optar por alguno de ellos (art. 446, inc. d, CCyC)—, en las uniones convivenciales, las relaciones patrimoniales se desarrollan, en principio, conforme lo reglado por las partes en el acuerdo celebrado por escrito.

Es dable recordar que, respecto de los efectos en materia de relaciones patrimoniales durante la convivencia, estos acuerdos no pueden afectar el piso mínimo inderogable

(art. 513 CCyC), teniendo por no escritas las cláusulas que lo contradigan. En ese sentido, el artículo en análisis tiene en miras, especialmente, a la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella —protección prevista en el art. 522 CCyC, al que remitimos—.

2.2. Las relaciones patrimoniales en ausencia de regla establecida por pacto

Ahora bien, puede ocurrir que los integrantes de la unión no celebren pacto o que, incluso celebrándolo, no incluyan una cláusula que resuelva cómo desarrollar las relaciones patrimoniales en el proyecto de vida compartido durante la unión. Recuérdese que la primera parte del art. 513 CCyC dispone, *"Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes"*. Por esta razón, aun habiendo pacto, si este nada dice respecto a las relaciones patrimoniales durante la convivencia, estamos en la misma situación que en el caso de no haberse celebrado pacto alguno.

En estos dos escenarios —que, en definitiva, reflejan la ausencia de autocomposiciones libremente elegidas respecto de las relaciones patrimoniales durante la convivencia—, el CCyC otorga nuevamente preponderancia a la autonomía, facultando a cada integrante de la unión, como régimen legal supletorio, a administrar y disponer libremente de los bienes de su titularidad.

Se trata de una administración libre de disposición que, sin embargo, en protección de la vivienda familiar y los muebles indispensables que se encuentran en ella, encuentra una limitación aplicable (con pacto o sin pacto celebrado) a las uniones convivenciales que se hallen registradas (arts. 511 y 522 CCyC). Si la unión se registró, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de la vivienda familiar ni de los muebles indispensables de esta; una restricción que responde al principio de solidaridad familiar presente en toda forma de organización que sustente un proyecto de vida en común.

ARTÍCULO 519.- ***Asistencia.*** ***Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia.***

Remisiones: ver comentarios a los arts. 461 y 455 CCyC.

1. Introducción

Los integrantes de una unión convivencial se deben asistencia recíproca, tanto en su faceta espiritual como material —alimentos—, solo durante la convivencia. Este deber conforma el piso mínimo inderogable que las partes no pueden desatender por acuerdo de voluntades, tornándose obligatorio su cumplimiento en ausencia de pacto o, incluso, contra pacto.

2. Interpretación

A diferencia de lo que ocurre en la regulación de la figura matrimonial, donde la asistencia se regula diferenciando sus dos facetas —la asistencia moral o espiritual (art. 431 CCyC) y la asistencia material o alimentaria (art. 432 CCyC)—, en las uniones convivenciales no existe tal diferenciación, regulándose en un solo artículo ambas vertientes.

Las razones de esta técnica legislativa surgen claras de un análisis sistémico. La faceta espiritual, cualquiera sea el tipo de organización familiar elegido, se torna un deber solo

ante la existencia de un proyecto de vida compartido, sea una familia matrimonial o una unión convivencial. Por su parte, la asistencia material o alimentaria, en el caso de la figura matrimonial, se regula como un efecto personal-patrimonial no solo exigible durante la convivencia, sino extensible a supuestos post cese de la convivencia (separación de hecho) o, incluso, excepcionalmente, post divorcio. En cambio, en el caso de las uniones convivenciales, el cumplimiento de la faz material de la obligación asistencial solo se torna exigible durante la convivencia.

De esta forma, post cese de la unión, no existe deber asistencial entre convivientes. Los alimentos, a falta de pacto en contrario que supere el piso mínimo inderogable, solo se deben durante su vigencia.

En otras palabras, mediante pacto, los convivientes pueden elevar la protección de este piso mínimo asistencial y, en caso de ruptura, fijar de común acuerdo, por ejemplo, un derecho alimentario a favor de la parte menos favorecida económicamente. Lo que los integrantes de la unión no pueden, pese al amplio libre juego de sus autonomías, es pactar la exclusión del deber de asistencia previsto en el artículo en análisis, en tanto piso mínimo inderogable producto de ese proyecto de vida compartido. En caso de incluir esta excepción dentro de las cláusulas del pacto, esta se tendrá por no escrita, aplicándose supletoriamente lo establecido en el art. 518 CCyC.

ARTÍCULO 520.- ***Contribución a los gastos del hogar.*** *Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455.*

Remisiones: ver arts. 455, 646, 658, 659, 660, 672, 673 y 675 CCyC.

1. Introducción

Otro de los efectos que rigen durante la convivencia es el de contribución con los gastos del hogar. Los integrantes de la unión deben contribuir, en forma proporcional a sus recursos, con los gastos domésticos. Estos gastos incluyen el sostenimiento de los integrantes de la unión; el de los hijos comunes; el de los hijos no comunes, siempre que convivan con ellos, sean menores de edad, tengan capacidad restringida o discapacidad; y los necesarios para el mantenimiento del hogar.

2. Interpretación

El segundo elemento que conforma el llamado piso mínimo de las uniones convivenciales es el del deber de contribución con los gastos del hogar. Como vimos al analizar el art. 513 CCyC, este deber es indisponible para las partes. Los convivientes pueden acordar mediante pacto el modo en que cada uno contribuirá, pero nunca podrán eximirse de cumplir con esta obligación.

Para conocer el alcance y contenido de esta obligación de contribución a los gastos domésticos, el artículo en análisis hace una remisión directa a la regulación en el ámbito de la figura matrimonial. Cabe recordar que el art. 455 CCyC forma parte de las disposiciones comunes aplicables a todos los regímenes patrimoniales del matrimonio —el de comunidad de ganancias o el de separación de bienes— y, al igual que el artículo en comentario, forma parte del piso mínimo aplicable cualquiera sea la organización familiar en reaseguro de la solidaridad familiar.

Respecto del alcance de la obligación, el CCyC establece su vigencia únicamente durante la convivencia, pudiendo las partes celebrar un acuerdo mediante pacto escrito para elevar, otra vez, este piso mínimo y extender la contribución incluso para después del cese de la unión. Asimismo, en cuanto al modo de contribución, el CCyC dispone que cada integrante deba colaborar en proporción a sus recursos, no siendo necesariamente iguales las contribuciones que cada uno realice. Téngase presente que las tareas personales que realiza uno de los convivientes, el cuidado de los hijos, las tareas domésticas de la casa, etc., tienen un valor económico, no solo espiritual, y son consideradas como aporte al cumplimento de esta obligación: *"el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas"* (art. 455 CCyC).

En cuanto al contenido de estos gastos domésticos, comprenden los siguientes cuatro rubros:

a. el sostenimiento de los convivientes;
b. el sostenimiento del hogar;
c. el sostenimiento de los hijos comunes; y
d. la atención a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los convivientes —hijos no comunes—, siempre que convivan con los integrantes de la unión.

En caso de que alguno de los integrantes de la unión no cumpla con su obligación, el otro conviviente podrá demandar su cumplimiento judicialmente. En este caso, el juez competente, conforme lo establece el art. 718 CCyC, será el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor. Como el deber de contribución es solo exigible durante la vigencia de la unión, no hay una opción real, pues el domicilio convivencial y el domicilio del demandado serán el mismo.

ARTÍCULO 521.- ***Responsabilidad por las deudas frente a terceros.*** *Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461.*

Remisiones: ver arts. 455 y 461 CCyC.

1. Introducción

El CCyC establece, dentro del piso mínimo inderogable, la obligación de los convivientes de responder solidariamente frente a terceros por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con el fin de solventar los gastos ordinarios del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes, y las necesidades de los hijos no comunes, siempre que vivan con la pareja. Fuera de estos supuestos, y salvo pacto en contrario, ninguno de los convivientes responde por las obligaciones del otro.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales

Para determinar el alcance de la responsabilidad del conviviente no deudor por las deudas que el otro contrae con terceros, el CCyC nuevamente remite expresamente a lo

estipulado en el régimen patrimonial del matrimonio. De esta forma, tanto en materia de contribución a los gastos domésticos durante la convivencia —relación interna— como respecto de la responsabilidad por las deudas frente a terceros —relación externa—, la unión convivencial y el matrimonio no difieren.

En el caso de la responsabilidad por las deudas frente a terceros la remisión a la regulación del matrimonio es doble. Hay un reenvío directo al art. 461 CCyC y un reenvío indirecto a lo establecido en el art. 455 CCyC.

Veamos qué sucedía antes de la reforma civil y comercial. La ley 11.357, hoy derogada, se ocupaba de regular la temática de la responsabilidad frente a terceros, pero solo en el marco de una familia matrimonial y con un alcance muy distinto al hoy previsto en la nueva legislación.

Conforme el derogado art. 6° de la ley 11.357, frente al reclamo del acreedor, el cónyuge que no había contraído la deuda respondía con los frutos de sus bienes propios y gananciales solo ante tres supuestos de excepción: necesidades del hogar; educación de los hijos; y conservación de los bienes comunes —gananciales—.

El CCyC introduce importantes cambios en la materia. En primer lugar, la regulación de la obligación de responder por las deudas frente a terceros se extiende no solo a las familias matrimoniales sino también a las familias surgidas de una unión convivencial.

Asimismo, con respecto a los supuestos de extensión de la responsabilidad al cónyuge o conviviente que no contrajo la deuda, la nueva legislación establece los siguientes supuestos:

a. las necesidades del hogar;
b. la educación y sostenimiento de los hijos comunes; y
c. las necesidades de los hijos no comunes menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, siempre que convivan con los integrantes de la unión convivencial.

Cabe destacar que, tanto para el caso del mantenimiento y educación de los hijos comunes como para el caso de la atención a las necesidades de los hijos no comunes que convivan con ellos, su extensión tendrá que considerar y coordinarse con lo estipulado en el Título VII del Libro II —Responsabilidad Parental—, en especial con los arts. 646, 658, 659, 660, 672, 673 y 675 CCyC, a los que remitimos para un análisis en profundidad de su contenido.

Por último, respecto de los supuestos de extensión de responsabilidad en la nueva legislación civil y comercial, la conservación de los bienes comunes o gananciales (que se incluía en el art. 6° de la ley 11.357) solo queda vigente para el caso de matrimonios que estén en el marco del régimen de comunidad de ganancias (en este caso, la responsabilidad del otro cónyuge solo se extiende hasta la concurrencia de los bienes gananciales de su titularidad —art. 467 CCyC—); no existiendo en las uniones convivenciales régimen patrimonial legal alguno, este supuesto no se aplica.

2.2. Responsabilidad solidaria

Otra de las modificaciones que introduce el CCyC, en contraposición a lo mentado en la antigua ley 11.357, se refiere al tipo de responsabilidad frente al tercero que contrae el cónyuge, ahora también el conviviente, que no asumió la deuda personalmente.

Antiguamente, el cónyuge que no había contraído la deuda solo respondía con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que eran de su administración, siempre que el origen de la obligación fuese con el fin de atender las necesidades del hogar, o para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes.

En el CCyC, en cambio, la responsabilidad es solidaria, surgiendo inequívocamente de la letra de la ley (arts. 521 y 828 CCyC). Conforme lo establece el art. 827 del mismo cuerpo normativo, *"Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores"*.

Los acreedores podrán exigir el cumplimiento total de las deudas a uno o ambos convivientes —ya sea simultánea o sucesivamente—, siempre que estas hayan sido contraídas con el fin de afrontar gastos del hogar, o la educación y sostenimiento de los hijos comunes y no comunes que convivan. Le competerá al acreedor la carga de probar que se está ante uno de los supuestos de responsabilidad solidaria que prevé el artículo en comentario.

A modo de síntesis, en el siguiente cuadro se observan las principales diferencias existentes entre el CCyC y el CC en materia de responsabilidad por las deudas frente a terceros.

Responsabilidad solidaria por las deudas frente a terceros	CCyC	CC (ley 11.357)
Ámbito subjetivo de aplicación	Matrimonio y uniones convivenciales.	Solo para los matrimonios.
Tipo de responsabilidad de la persona que no contrajo la deuda	Solidaria. Responde con todo su patrimonio.	Subsidiaria. Limitada a los frutos de los bienes propios y gananciales.
Supuestos de extensión de la responsabilidad	a) necesidades del hogar; b) educación y sostenimiento de los hijos comunes; c) necesidades de los hijos no comunes menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, siempre que convivan con los integrantes de la unión convivencial.	a) necesidades del hogar; b) educación de los hijos; y c) conservación de los bienes comunes —gananciales—.
Exclusión por pacto	No.	No.

2.3. Responsabilidad separada

Fuera de los casos previstos en la norma en comentario, con remisión a los arts. 461 y 455 CCyC del régimen patrimonial del matrimonio, y excepto pacto en contrario de los convivientes, ninguno de los integrantes de la unión responde por las obligaciones del otro.

En síntesis, en forma coherente con el principio de administración y disposición separada de los convivientes regulado en el art. 518 CCyC —de aplicación directa a todas las uniones excepto que haya pacto en contrario—, la responsabilidad por las deudas contraídas por uno de los integrantes no se extiende, salvo los supuestos de excepción ya analizados, al conviviente no deudor.

ARTÍCULO 522.- ***Protección de la vivienda familiar.*** *Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.*

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

1. Introducción

Las uniones convivenciales que han sido inscriptas en los registros previstos en el art. 511 de este mismo cuerpo normativo, tienen un plus respecto al piso mínimo aplicable a todas las uniones, registradas o no registradas: la protección de su vivienda familiar; una protección que se aplica en una doble dirección: interna —entre convivientes— y externa —frente a terceros—.

Respecto a la protección interna, se establece la necesidad de contar con el asentimiento del otro integrante de la unión para todo acto de disposición que afecte la vivienda familiar o al mobiliario indispensable de ella. En caso de no contar con el asentimiento del otro, el conviviente puede pedir supletoriamente la autorización judicial, que será otorgada siempre que no exista un interés familiar que la contradiga.

En cuanto a la protección externa, se prohíbe, en principio, la ejecución de la vivienda familiar por deudas contraídas luego de registrada la unión, excepto que hayan sido contraídas por ambos o por uno de los integrantes con el asentimiento del otro.

2. Interpretación

2.1. La vivienda como un derecho humano, marco general de protección

El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en la Constitución Nacional y en numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Conforme su sistema de fuentes, el CCyC toma en cuenta esta directriz e introduce distintas normativas tendientes a proteger este derecho humano básico, sostén de la persona y de la familia.

El Título III del Libro I destina un capítulo específico, el Capítulo Tercero, a regular la protección de la vivienda. Dentro de las novedades o modificaciones que se introducen

respecto de la derogada ley 14.394, se destacan, conforme lo expresan los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto de Modificación y Unificación del CCyC, las siguientes:

a. se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola;
b. se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges; ergo, se incluye a los convivientes, conformen o no una unión convivencial —es decir, cumplan o no con los caracteres y requisitos de los arts. 509 y 510 CCyC—;
c. se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente, entre los avances más destacados que hacen a la materia que nos convoca, la unión convivencial.

2.2. Ámbito de aplicación de la protección de la vivienda en las uniones convivenciales

La protección prevista en el artículo en comentario se aplica solo a las uniones convivenciales (arts. 509 y 510 CCyC) registradas. Es decir, aquellas que hayan cumplido con los requisitos estipulados en el art. 511 CCyC de este mismo Título III y con las normas concordantes que cada jurisdicción disponga al efecto.

Si bien la registración de las uniones convivenciales solo tiene un fin probatorio, aquellas que se registren verán ensanchado su piso mínimo inderogable en atención a la protección que se le brinda a la vivienda familiar y a los muebles indispensables que se encuentren en ella; una protección que se aplica en una doble dirección: interna —entre convivientes— y externa —frente a terceros—.

2.3. La protección de la vivienda entre convivientes

El art. 1277, párr. 2, CC —aplicable al entonces único modelo de familia regulado, el matrimonial— establecía la obligación de contar con el asentimiento del otro cónyuge para disponer del inmueble sede del hogar conyugal de titularidad de uno de los miembros de la pareja, siempre que existiesen hijos menores de edad o incapaces.

En protección de los hijos de las personas no casadas, y por aplicación del principio de igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, la jurisprudencia anterior a la sanción del CCyC había aplicado, por analogía, la protección del art. 1277 CC a las parejas no casadas, siempre que hubiera hijos.

Ahora bien, la nueva legislación civil y comercial, si bien amplía la protección de la vivienda, en su faceta interna —es decir, en la necesidad de contar con el asentimiento del conviviente no dueño para disponer de ella y de sus muebles indispensables—, a las uniones convivenciales, no restringe o ata su operatividad al supuesto de existencia de hijos ni en el caso del matrimonio (art. 456 CCyC) ni en el caso de las uniones. Por otra parte, la protección se engrosa también en su contenido porque se incluye no solo al hogar familiar sino al mobiliario o ajuar indispensable que se encuentre en él.

De esta forma, si la unión fue registrada, ninguno de los integrantes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de la vivienda familiar ni de los muebles que se encuentran en ella. Esta disposición conforma el núcleo duro de derechos o piso mínimo inderogable; por tanto, en caso de existencia de cláusula acordada por las partes que lo contradiga, se tendrá por no escrita, tornándose imperativa la aplicación de la norma en comentario.

Asimismo, en caso de conflicto entre convivientes, es decir, ante el supuesto de la negativa de prestar el asentimiento, se le otorga al juez la facultad de autorizar la disposición del bien, siempre que no sea imprescindible y el interés familiar no esté comprometido.

Por último, en caso de que la disposición sobre el hogar familiar, o sobre el mobiliario indispensable que se encuentra en él, se haya efectuado sin el correspondiente asentimiento o sin la autorización supletoria del magistrado, el integrante de la unión que no prestó su asentimiento podrá demandar la nulidad del acto, con un doble condicionamiento:

a. que la acción de nulidad no haya caducado, es decir, que no hayan pasado los seis meses de conocido el acto de disposición; y
b. que la convivencia continúe. No cumplida alguna de estas condiciones, el acto de disposición queda firme.

2.4. La protección de la vivienda familiar frente a terceros

Respecto de la protección frente a terceros, el CCyC establece, como principio general aplicable solo a las uniones registradas, que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas con posterioridad a la inscripción de la unión.

No obstante, esta regla genérica observa dos excepciones: que la deuda haya sido contraída por ambos convivientes; o que haya sido contraída por uno de los integrantes con el asentimiento del otro.

CAPÍTULO 4

Cese de la convivencia. Efectos

ARTÍCULO 523.- ***Causas del cese de la unión convivencial.*** *La unión convivencial cesa:*

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;*
c. *por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;*
d. *por el matrimonio de los convivientes;*
e. *por mutuo acuerdo;*
f. *por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;*
g. *por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.*

1. Introducción

El CCyC prevé de forma taxativa los distintos supuestos que dan lugar al cese de la unión convivencial. Estos pueden diferenciarse atendiendo al origen de su configuración en:

a. hechos ajenos a la voluntad de uno o ambos integrantes de la unión —la muerte, la ausencia con presunción de fallecimiento—;o
b. hechos que hacen al libre juego de la autonomía de los integrantes —matrimonio o nueva unión de uno de sus miembros, matrimonio entre los miembros, acuerdo

de ambos, por decisión de uno de ellos notificada fehacientemente al otro, o por el cese ininterrumpido de la convivencia—.

Una vez cesada la unión convivencial, los distintos artículos del Capítulo 4 se destinan a regular los efectos post cese de la unión, debiendo dejar en claro que estos efectos solo se aplican en caso de inexistencia de pacto en contrario, en tanto no conforman el piso mínimo de derechos.

2. Interpretación

2.1. Palabras preliminares

La norma en comentario abre el último de los capítulos del Título III destinado a reglar los efectos post cese de la unión convivencial, los que se aplicarán siempre que no exista pacto en contrario pues, a diferencia de lo que sucede en materia de efectos durante la convivencia, una vez cesada la unión, no existe un núcleo duro o piso mínimo que se le imponga a sus integrantes.

Ahora bien, antes de atender a los efectos previstos como régimen supletorio aplicable solo en ausencia de pacto en contrario, el Código se encarga de establecer en forma taxativa cuándo una unión convivencial se encuentra fenecida.

2.2. Cese por hechos ajenos a la voluntad de las partes

Tanto la muerte de uno o ambos integrantes de la unión como la sentencia firme que declara la ausencia con presunción de fallecimiento de uno o ambos integrantes —*"Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia"* (art. 89 CCyC)— son hechos ajenos a la voluntad de las partes que constituyen supuestos de extinción de esta organización familiar, ya que, al igual que el resto de los supuestos previstos por la norma en análisis, su acaecimiento implica la falta de uno de los requisitos constitutivos y uno de los rasgos estructurales, la falta de convivencia y de proyecto en común.

En este sentido, tanto la muerte como la ausencia con presunción de fallecimiento extinguen todos los efectos previstos para la vigencia de la unión, siendo aplicables, a falta de pacto en contrario, los efectos post cese que analizaremos con detalle en los artículos subsiguientes.

2.3. Cese por matrimonio o nueva unión

En consonancia con la exigencia de singularidad, tanto en materia matrimonial como en materia de uniones convivenciales, el matrimonio que celebre uno de sus miembros con un tercero ajeno a la pareja dará por cesada automáticamente la unión convivencial.

Por su parte, una nueva unión convivencial, en tanto cumpla con los requisitos constitutivos y estructurales que se fijan en los arts. 509 y 510 CCyC, es muestra de que la unión anterior se halla extinguida.

Por último, puede suceder que los efectos de una unión convivencial cesen por optar sus integrantes por un modelo familiar alternativo, el matrimonial; por tanto, en caso de matrimonio entre los miembros de una unión, se dejan de aplicar las normativas previstas en el Título III del Libro II.

2.4. Cese por aplicación del principio de autonomía

También puede ocurrir que las partes, sin la existencia de hechos ajenos a su voluntad, o sin la presencia de terceros o de proyectos familiares alternativos, decidan no continuar con el proyecto de vida familiar originariamente compartido.

En este marco de autonomía, la norma en análisis prevé tres supuestos de extinción:

a. el mutuo acuerdo de las partes para dar por terminada su unión;
b. la voluntad unilateral de uno de los integrantes de dar por terminada la unión, siempre que sea notificada fehacientemente al otro; y
c. por dejar las partes de convivir.

Cabe destacar que en el último supuesto referenciado *ut supra*, la interrupción temporaria de la convivencia por razones de salud, de estudio, laborales o semejantes no es causal de cese de la unión, en tanto se mantenga la voluntad de las partes de llevar adelante el proyecto de vida en común.

Por último, vale recordar que los efectos extintivos del cese de la unión en materia de pactos son operativos de pleno derecho para las partes desde el momento de la ruptura; y, frente a terceros, desde el momento de la inscripción de algún instrumento que acredite la ruptura en los registros respectivos (arts. 516 y 517 CCyC).

ARTÍCULO 524.- ***Compensación económica.*** *Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.*

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

1. Introducción

El CCyC introduce como novedad, en materia de efectos aplicables una vez producido el cese de la unión, la posibilidad de que el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que implique un empeoramiento de su situación económica, teniendo en cuenta el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio de su relación y al tiempo de cese, reclame una compensación económica a su expareja o, en caso de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento de este último, a sus herederos.

Se trata de una compensación que puede satisfacerse mediante una prestación única o a través de una renta que no puede tener una periodicidad mayor al tiempo de duración de la convivencia. Asimismo, el pago puede consistir en una suma de dinero, en el usufructo de un bien o en lo que las partes decidan. Ante falta de acuerdo, el juez decidirá su composición.

Por último, cabe destacar que, para el caso de las uniones convivenciales, la compensación económica no forma parte del núcleo o piso mínimo de derecho inderogable; por tanto, su aplicación puede excluirse mediante pacto —como puede estatuirse por fuente convencional un modo distinto de configuración y realización al delineado en el artículo en comentario—.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales

La legislación civil y comercial con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio y la unión convivencial no sean causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge o conviviente a costa del otro, prevé la posibilidad de que en ambos tipos de organización familiar —aunque con diferencias en cuanto a su aplicación— sus integrantes reclamen o acuerden compensaciones económicas entre sí.

En palabras de los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto, antecedente directo del CCyC, *"Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una "fotografía" del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición".*[43]

De la lectura de los criterios de fijación judicial establecidos en el art. 525 del CCyC se desprende que esta fotografía no tendrá en cuenta únicamente los bienes materiales —la faz cuantitativa de la capacidad económica de cada uno— sino, también, la faz cualitativa, es decir, el desarrollo profesional y educacional alcanzado en tanto herramienta proclive a obtener mejores condiciones económicas futuras.

Asimismo, cuadra advertir que, al no conformar la compensación económica el piso mínimo de derechos inderogable (art. 513 CCyC), las partes podrán, de común acuerdo celebrado mediante pacto, desatender el cumplimiento de este efecto post cese de la unión o configurar sus propias formas de aplicación, haciendo incluso más amplia su aplicación a situaciones no previstas en la norma en análisis. En suma, el artículo en comentario forma parte del régimen supletorio que será operativo solo ante falta de pacto en contrario.

2.2. Requisitos de procedencia

Tres son las condiciones fácticas que justifican la procedencia de un reclamo compensatorio entre los integrantes de la unión —las mismas rigen para el caso de divorcio entre cónyuges (art. 441 CCyC)—:

a. que se produzca un desequilibrio manifiesto entre un conviviente y el otro;

b. que ese desequilibrio implique un empeoramiento de su situación; y

c. que tenga por causa adecuada la convivencia y su ruptura.[44]

De esta forma, salvo pacto en contrario de los convivientes, el cese de la unión traerá como uno de sus efectos, la posibilidad de que se reclame una compensación económica, pero su virtualidad estará atada al cumplimento de estos requisitos de procedencia. En

(43) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

(44) Pellegrini, M. Victoria, "Comentario al art. 441 del CCyC", en Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera y Nora Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia, según CCyC*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2014, t. I, p. 424.

otras palabras, la compensación es un efecto post cese de la unión, pero no todo cese implicará necesariamente su procedencia.

Determinar cuándo se estaría en presencia del cumplimiento de estos requisitos es una cuestión de casuística que podrá ser analizada con el correr de los años, del mismo modo que los antecedentes jurisprudenciales que se dicten al efecto —tal como ha sucedido en el derecho comparado (ver el caso de España, fuente directa de la regulación argentina en este campo)—. Sin embargo, para un acercamiento práctico al delineado de este instituto, podemos recordar el ejemplo que se brinda en los "Fundamentos del Anteproyecto...": "*Por ejemplo, si al momento de contraer nupcias —aplicable también a las uniones convivenciales— se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges —léase convivientes— era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquel de los cónyuges —convivientes— que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos; en este caso, se le fijará una compensación económica que puede asumir distintas modalidades de pago*".[45]

2.3. Diferencias con la regulación de este instituto en el caso del matrimonio

2.3.1. Supuestos de aplicación

El artículo en comentario confiere la posibilidad de reclamar la compensación económica una vez cesada la convivencia, especificando el último párrafo que la acción para reclamar la compensación caduca a los seis meses de *"haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art. 523"*.

De esta forma, a diferencia de lo que ocurre en el caso del matrimonio, donde la compensación económica está pensada solo como un efecto del divorcio (art. 441 CCyC) y no para el resto de las causales de disolución —muerte de los cónyuges y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 435 CCyC)—, en el caso de las uniones, la compensación —siempre que se cumplan los requisitos de procedencia analizados en el parágrafo anterior— procede cualquiera sea la causal del cese, incluidos los supuestos de muerte y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los integrantes de la unión.

De este modo, en las uniones convivenciales, ante la ocurrencia de la muerte de uno de los convivientes o la ausencia con presunción de fallecimiento, el conviviente supérstite se presentará en el juicio sucesorio —dentro del plazo de caducidad de seis meses que establece el art. 525 CCyC— y pedirá la compensación a los herederos del causante, siendo viable el reclamo siempre que se cumplan los requisitos de desequilibrio manifiesto y empeoramiento de la situación económica con causa adecuada en la unión y su cese, y que no exista pacto en contrario de los convivientes.

Los fundamentos de esta regulación diferenciada para el caso del matrimonio y para las uniones convivenciales surgen de una lectura sistémica de los efectos previstos en ambos institutos.

A diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, los convivientes no son herederos legitimarios entre sí; por tanto, de existir una situación de empeoramiento de la situación económica del conviviente supérstite, este no podrá verse apaciguado a través de los bienes

(45) "Fundamentos del Anteproyecto...", en *Proyecto..., op. cit.*

que recibirá por herencia ni tampoco por la disolución de un régimen de comunidad de ganancias —que sí puede darse en el caso de algunos matrimonios que no hayan optado por el régimen de separación de bienes o por la habitación vitalicia y gratuita prevista en el art. 2383 CCyC—.

2.3.2. El pago

En el caso del divorcio, la compensación económica puede consistir en una prestación única o una renta por tiempo determinado —o, excepcionalmente, por plazo indeterminado—. En cambio, en las uniones convivenciales, la prestación puede ser única o por tiempo determinado, pero con un límite temporal "tarifado": nunca mayor a los años de duración de la convivencia, no existiendo —claro está— el supuesto excepcional de plazo indeterminado.

En ambos casos —matrimonio y unión convivencial—, el pago puede realizarse mediante una suma de dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o, en su defecto decida, el juez.

En el siguiente cuadro, a modo de síntesis, se pueden observar las diferencias entre las compensaciones económicas en el marco de un matrimonio y en el marco de una unión convivencial:

Compensación económica	Unión convivencial arts. 524 y 525 CCyC	Matrimonio arts. 441 y 442 CCyC
Se torna operativa como efecto de:	**Cese de la unión.** Cualquiera sea su causal, incluida la muerte o sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento.	**Divorcio.**
Exclusión por pacto	**Sí**	**No**
Modo de pago	• Por acuerdo de partes o fijado por el juez. • En su defecto, por fijación judicial: renta única o periódica, pero no pudiendo superar el máximo de años que duró la convivencia.	• Por acuerdo de partes • En su defecto, por fijación judicial: renta única, periódica o, excepcionalmente, por tiempo indeterminado.

ARTÍCULO 525.- ***Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad.*** *El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:*

a. *el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;*
b. *la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;*
c. *la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;*
d. *la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;*

e. *la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;*

f. *la atribución de la vivienda familiar.*

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

1. Introducción

El CCyC establece las pautas que el juez deberá considerar a la hora de evaluar la procedencia y cuantía de la compensación económica reclamada por uno de los integrantes de la unión; norma que, al igual que su antecesora, solo opera en tanto régimen supletorio ante falta de pacto en contrario. Cabe destacar que la compensación económica no puede ser declarada de oficio por la judicatura, siendo las partes las responsables de plantear la petición en tiempo y forma oportunos —es decir, sin que se haya cumplido el plazo de caducidad de la acción, los seis meses contados a partir de producido el cese de la unión, cualquiera sea su causal (art. 523 CCyC)—.

2. Interpretación

El artículo en comentario rige solo para el caso de inexistencia de pacto en contrario. Así, enumera, a título enunciativo —*"ente otras"*—, distintas circunstancias a tener en cuenta para evaluar dos extremos:

a. la procedencia, es decir, el cumplimiento de sus requisitos constitutivos —desequilibrio manifiesto y empeoramiento con causa adecuada en la convivencia y en su ruptura—; y

b. la cuantía.

Algunas de las circunstancias enunciadas en la norma obligan al juez a hacer una retrospectiva sobre situaciones acaecidas en el pasado —es decir, durante la unión—, que pudieron dar origen al desequilibrio manifiesto y a una situación de empeoramiento económico que afecte el desarrollo futuro post cese de la unión. Por ejemplo, la atención que debe dársele a la dedicación que cada conviviente le haya brindado a la familia y a la crianza y educación de los hijos; la capacitación laboral adquirida por cada uno; y la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente durante la convivencia.

Por otro lado, la norma también incluye supuestos que tienen en miras circunstancias a desarrollarse en el futuro, post cese de la unión, y que influirán sobre todo en la determinación de la cuantía de la compensación: la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; la atribución de la vivienda familiar; la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos, entre otras.

Asimismo, en consonancia con los requisitos de procedencia del art. 524 CCyC, se incluyen ciertos criterios objetivos que hacen más bien a la procedencia de la acción, aunque pueden influir, claro está, en el monto a decretar por el juez: el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión (la fotografía); la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica y el cuidado y educación de los hijos en el futuro.

Por último, cabe destacar que el CCyC establece un plazo de caducidad para el inicio del reclamo judicial de esta figura. El plazo es fijado en seis meses, contados desde que se produjo la ruptura de la convivencia por cualquiera de las causales de cese previstas en el art. 523 CCyC.

Conforme el art. 719 CCyC, será juez competente para el reclamo de la compensación económica el juez del último domicilio convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado a elección del actor. Ello, excepto que el reclamo proceda ante la causal de cese de la unión por muerte de uno de los convivientes, siendo competente por fuero de atracción el juez del sucesorio.

ARTÍCULO 526.- ***Atribución del uso de la vivienda familiar.*** *El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:*

a. *si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad;*
b. *si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.*

El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445.

1. Introducción

El CCyC establece como otro de los efectos post cese de la unión —ante falta de pacto en contrario— la atribución de la vivienda familiar a uno de los convivientes por un tiempo determinado fijado por el juez; tiempo este que no puede ser superior a los dos años contados desde la ruptura de la unión. Para decidir si procede o no esta atribución, la norma otorga al juez criterios objetivos:

a. tener a cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad o acreditar la extrema necesidad de vivienda;
b. la imposibilidad de procurársela. Se prevé, también, que las partes puedan solicitar algunas condiciones que rijan durante la atribución, por ejemplo, la no enajenación del inmueble.

Por otro lado, el CCyC también prevé factores objetivos de cese de la atribución de la vivienda: el cumplimiento del plazo fijado por el juez; el cambio en las circunstancias

tenidas en cuenta para la atribución; o el acaecimiento de alguna de las causales de indignidad previstas en el art. 2281 CCyC.

Por último, el mismo artículo prevé otra protección legal a la vivienda familiar: la continuación de la locación por el conviviente no locatario.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales

El artículo en comentario establece dos tipos de protección que apuntan a resguardar el derecho a la vivienda de los convivientes en caso de ruptura:

a. la atribución de la vivienda propia de uno o ambos miembros de la pareja en caso de ruptura; y
b. la continuación de la locación del conviviente no locatario hasta el vencimiento del contrato en caso de vivienda familiar alquilada.

Ambas protecciones se tornan operativas por disposición legal, excepto que por cláusula convencional las partes hayan acordado expresamente excluir su aplicación o ampliar la atribución a supuestos no previstos por la norma o, incluso, determinar un tiempo máximo mayor al permitido (dos años), entre otras posibilidades que pueden surgir de las disposiciones del pacto.

2.2. Condiciones de atribución, plazo y diferencias con la protección prevista para el matrimonio

Los criterios para asignar el uso de la vivienda propia de uno o ambos convivientes, que fuera sede de la unión convivencial, están determinados objetivamente por la norma a fin de que sean considerados por el juez para evaluar la procedencia de la atribución a favor de uno de los integrantes de la expareja. La vivienda podrá atribuirse a aquel conviviente que tenga a cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, o a aquel conviviente que acredite la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en lo inmediato.

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede en la regulación matrimonial donde la atribución no tiene un plazo máximo fijado de antemano por disposición legal, siendo decisión del juez determinarlo (art. 443 CCyC), en las uniones convivenciales, si bien la fijación del plazo de atribución también es facultad del juez, esta se halla limitada a un máximo dispuesto por la norma: no puede ser superior a los dos años contados desde el cese de la unión.

Hay que tener presente que el fin protectorio del artículo en comentario no es el derecho de los niños a una vivienda, sino el derecho de los adultos a ver preservada su vivienda post cese de la unión. En tal sentido, no existe un trato discriminatorio entre hijos matrimoniales y no matrimoniales por regular su alcance de forma diferenciada. Recuérdese que la vivienda de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, está asegurada conforme los principios del Título VII del Libro II —Responsabilidad Parental—: "*La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta,* ***habitación,*** *asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado*" (art. 659 CCyC).

Condiciones o requisitos de la atribución de la vivienda	Unión convivencial art. 526 CCyC	Matrimonio arts. 443/445 CCyC
Atribución que se torna operativa como efecto de:	**Cese de la unión.** En los siguientes supuestos: • Por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros con un tercero. • Por mutuo acuerdo. • Por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro. • Por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.	**Divorcio.**
Exclusión por pacto	**Sí.**	**No.**
Plazo de duración	• Fijado por el juez. • Nunca superior a los dos años.	• Fijado por el juez. • Sin límite máximo de duración fijado por ley.
¿A quién se atribuirá la vivienda?	a) a quien tenga a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) al que acredite la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.	a) a la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) a la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios. La atribución se hará teniendo en cuenta el estado de salud y edad de los cónyuges y los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

2.3. Condiciones a pedido de parte

A petición de parte interesada, una vez fijada la atribución de la vivienda en cabeza de uno de los convivientes, el juez puede establecer ciertas condiciones que regirán hasta tanto no se produzca el cese de la atribución.

En este sentido, el conviviente al que no se le atribuye la vivienda podrá solicitar una renta compensatoria por el uso del inmueble, a modo de canon locativo, mientras dure la atribución. Asimismo, cualquiera de los integrantes podrá solicitar al juez que, mientras dure la atribución en cabeza de uno de los convivientes, el inmueble no sea enajenado sin acuerdo expreso de ambos o que, en caso de ser los convivientes únicos condóminos del inmueble, no sea este liquidado ni partido.

Ahora bien, para que tales condiciones decididas por el juez sean oponibles a terceros, la norma estatuye, en resguardo de sus intereses, la obligación de inscripción en el registro de la propiedad inmueble de la localidad donde se asienta el bien.

2.4. Causales de cese de la atribución

Para determinar las causales del cese de la atribución, el CCyC hace una remisión expresa a lo dispuesto en este punto en el marco de la familia matrimonial, es decir, a lo dispuesto en el art. 445. Asimismo, este último incluye entre sus incisos una remisión directa a lo dispuesto en materia sucesoria respecto de la declaración de indignidad.

Las causales de cese son entonces, las siguientes: a) el cumplimiento del plazo fijado por el juez que opera de pleno derecho; b) el cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación, que deberá ser planteado judicialmente excepto acuerdo de partes; y c) las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria —es decir, las previstas en el art. 2281 CCyC—, que sean concordantes con el régimen previsto para las uniones convivenciales, a saber:

a. que el conviviente al que se le haya atribuido la vivienda sea autor, cómplice o partícipe de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del otro conviviente, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, nuevo conviviente o hermanos;
b. que el conviviente haya maltratado gravemente a su expareja;
c. que lo haya acusado o denunciado por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal;
d. que haya incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones, siempre que sean operativas al supuesto previsto en la norma en comentario.

ARTÍCULO 527.- ***Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes.*** *El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.*

Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

1. Introducción

El CCyC, si bien no previó derechos sucesorios entre convivientes, incluyó dentro de los efectos post cese de la unión —operativos excepto pacto en contrario— la posibilidad de que el conviviente supérstite reclame su derecho real gratuito sobre la propiedad que fuera sede del hogar conyugal y propiedad de su expareja, frente a los herederos del causante, aunque limitando su alcance, en contrapartida de lo dispuesto para el caso del matrimonio, en el caso de las uniones convivenciales la atribución no es vitalicia sino temporal, no pudiendo superar los dos años. Asimismo, al igual que en el artículo anterior, la norma prevé supuestos específicos que tornan operativo el cese de esta atribución de la vivienda familiar en caso de muerte de uno de los convivientes.

2. Interpretación

En protección del derecho humano a la vivienda, y teniendo en consideración que ante el hecho de la muerte del dueño del inmueble sede del hogar convivencial, el conviviente supérstite puede ver afectada su vivienda —por carecer de una vivienda propia o de bienes suficientes como para solventarla—, la norma en comentario impide que los herederos lo excluyan del hogar convivencial tras la muerte de su pareja, asegurándole la atribución gratuita de la vivienda.

Se trata de una atribución que prevé un plazo máximo de dos años, a los fines de que esta persona tenga un tiempo razonable y prudencial para reorganizar su vida y su situación habitacional. Ello marca una diferencia con lo previsto para el caso del cónyuge supérstite, quien tiene un derecho real no solo gratuito sino también vitalicio frente a los herederos (art. 2383 CCyC). Veamos en el siguiente cuadro las principales diferencias de este derecho de habitación en las dos formas de organización familiar de la vida en pareja:

Atribución de la vivienda en caso de muerte. Diferencias	Unión convivencial art. 527 CCyC	Matrimonio art. 2383 CCyC
Exclusión por pacto	Sí.	No.
Plazo de duración	No más de dos años.	Vitalicio.

Cumplido el plazo, por aplicación de las normas del derecho sucesorio, los herederos procederán a partir o, al menos, decidir el destino de esa vivienda. Cabe destacar que la norma establece de manera expresa, al igual que en el caso del cónyuge, la inoponibilidad de esta atribución de la vivienda a los acreedores del causante, siendo operativa y oponible frente a los herederos y, claro está, a los deudores de estos.

De este modo, para que proceda el derecho real de habitación del conviviente tienen que darse los siguientes requisitos:

a. que el conviviente carezca de vivienda propia habitable o de medios para solventarla;
b. que el inmueble haya sido última sede del hogar convivencial;
c. que el inmueble sea de propiedad exclusiva del conviviente prefallecido, no estando en condominio con terceras personas.

Por otra parte, se prevén ciertas causales de cese de la atribución de la vivienda que pueden interrumpir el uso antes de cumplidos los dos años previstos por la norma:

a. que el beneficiario constituya una nueva unión convivencial;
b. que contraiga matrimonio;
c. que adquiera una vivienda propia habitable o;
d. que obtenga bienes suficientes para acceder a una vivienda.

Estas causas se fundan en el principio general de abuso del derecho, en tanto si la vivienda puede ser proporcionada por la nueva pareja porque el conviviente supérstite lleva adelante un nuevo proyecto de vida —matrimonial o convivencial— con otra persona —que incluye, en ambos casos, la obligación del sostenimiento recíproco— o alcanza por sus propios medios una vivienda, es claro que se extingue el objetivo tenido en miras por la normativa en análisis.

ARTÍCULO 528.- ***Distribución de los bienes.*** *A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.*

1. Introducción

El CCyC, a falta de pacto en contrario que regule cómo disponer de los bienes adquiridos durante la convivencia tras su ruptura, establece como régimen supletorio la separación de bienes. Es decir, los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión serán propiedad de quien sea su titular. No obstante, este principio general podrá verse corregido o aminorado por aplicación de los principios generales que la jurisprudencia anterior al CCyC venía aplicando para resolver los conflictos patrimoniales post cese de la convivencia: enriquecimiento sin causa, interposición de persona, entre otros.

2. Interpretación

Como se ha señalado al comentar los arts. 513 y 514 CCyC, el Código otorga a los convivientes la posibilidad de autocomposición mediante pacto celebrado por escrito de las reglas que regirán su vida en materia económica, tanto durante la vigencia de su unión como para el caso de ruptura.

Conforme la primacía del principio de autonomía en esta forma de organización familiar, si bien con los límites generales impuestos en el art. 515 CCyC, el artículo en comentario establece que, en caso de cese de la unión, los bienes se distribuyan de acuerdo a lo que las partes hayan estipulado en el pacto o acuerdo de convivencia.

Ahora bien, en tanto existe la posibilidad de que las partes no hayan celebrado pacto alguno o celebrándolo, no hayan dispuesto norma específica de resolución para hipótesis de conflicto en materia de división de bienes, el CCyC establece, como principio de resolución de controversias, el régimen de separación de bienes. Régimen que consiste en sostener que los bienes que hayan sido adquiridos por los convivientes durante la vigencia de la unión permanecen, tras su disolución o ruptura, en el patrimonio del conviviente en el que ingresaron.

Asimismo, la norma prevé que, en caso de proceder, el principio de separación de bienes se vea menguado por aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la disolución de la sociedad de hecho y otros semejantes que venían siendo aplicados en la jurisprudencia anterior a la sanción del CCyC.

De esta manera, la nueva legislación, a falta de pacto, no establece acciones particulares que puedan entablarse entre convivientes para resolver el conflicto sobre determinado bien, sino que manda a aplicar las reglas atinentes a los principios generales del derecho civil constitucionalizado.

Tampoco se establece presunción alguna a favor de la existencia de una sociedad de hecho por el mero hecho de convivir, conforme a lo que venía sosteniendo la jurisprudencia de forma unánime: *"con el solo hecho de vivir en concubinato no se constituye una sociedad de hecho, ya que para que esta exista debe darse un aporte en bienes y/o dinero para realizar una actividad que tenga como fin obtener ganancias, utilidades…".*[46]

En suma, en las relaciones patrimoniales post cese de la unión manda la autonomía de las partes y, justamente para su mayor resguardo y a falta de pacto en contrario, "lo tuyo es tuyo y lo mío es mío".

TÍTULO IV(*)
Parentesco

CAPÍTULO 1
Disposiciones generales

ARTÍCULO 529.- *Concepto y terminología.* *Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad.*

Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral.

1. Introducción

El Título IV se refiere a un vínculo familiar particular: el parentesco. ¿En qué relaciones familiares de afecto la ley presume —*iure et de iure*— que se generan determinados derechos y deberes, tanto en el campo civil como en otros ámbitos? El parentesco es la relación jurídico familiar que hay entre dos o más personas, derivada de los tres tipos filiales (por naturaleza, por las técnicas de reproducción humana asistida y por adopción), y la afinidad.

Tal como se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto, el CCyC "*Mejora la definición de parentesco, al disponer que es el vínculo existente entre personas en razón de la naturaleza, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. De este modo, nuclea todas las relaciones jurídicas que son causa fuente del parentesco*".[47]

2. Interpretación

El CCyC, al igual que el CC, regula las relaciones de parentesco, pero con algunas modificaciones. El CCyC ubica al parentesco luego de aquellos artículos relativos al matrimonio y a las uniones convivenciales, y previamente a las normas sobre filiación; ello

(46) TSJ Santa Cruz, "N. E. c/ G. J. M.", 19/11/2010, en *LL Patagonia,* 2010 (diciembre), p. 581.

(*) Comentarios a los arts. 529 a 536 elaborados por Marisa Herrera.

(47) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

constituye una diferencia con el CC, que lo situaba luego del instituto de la adopción y antes de la tutela.

Concentrada en los cambios que introduce el CCyC en lo atinente al parentesco, en forma unánime, la doctrina consideró que el concepto que prescribía el art. 345 CC no era adecuado. Cabe recordar que el art. 345 CC decía: "*El parentesco es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco*". El parentesco no es un vínculo "subsistente" sino que, justamente a partir de él, se crean o "existen" relaciones de parentesco. Por lo tanto, es correcto que la nueva normativa aluda al "vínculo existente" entre dos personas.

Asimismo, el art. 345 CC hacía referencia a "*todos los individuos de los dos sexos*", una aclaración innecesaria y sobreabundante por aplicación del principio de no discriminación en razón del sexo: reservar el parentesco a un determinado sexo violaría derechos humanos básicos.

El Código de Vélez distinguía el parentesco por consanguinidad (término que, como veremos, es reemplazado por el CCyC) que es el existente entre dos personas de las cuales una desciende de la otra o ambas descienden de un antecesor en común; y por otra parte, el parentesco por afinidad, siendo este el que vincula a una persona con los parientes de su cónyuge, sin existir relación de parentesco entre los parientes de un cónyuge con los del otro. En otras palabras, sí existe vínculo jurídico de parentesco por afinidad entre el o la cónyuge de una persona y su padre (suegro y yerno/nuera), pero no entre los padres de cada uno de los integrantes de un matrimonio —los que, en la jerga cotidiana son llamados "consuegros", aunque no haya vínculo de parentesco alguno—. Esta limitación se mantiene en el nuevo régimen jurídico.

Una modificación sustancial, y que responde a la lógica no "biologicista/genética" que está detrás de la filiación por TRHA (Tecnologías de Reproducción Humana Asistida) cuando se trata de fertilización heteróloga —es decir, con material de un tercero—, se refiere a la derogación del término "consanguinidad". Como se destaca en los Fundamentos del Anteproyecto —en su condición de antecedente directo de la normativa en análisis—, el término "consanguinidad" era "*pertinente en el marco de un régimen filial que sólo receptaba la filiación por naturaleza*", porque en el marco de la filiación por naturaleza la "sangre" o el dato genético tiene importancia, pero no así cuando se trata de TRHA con material de un tercero. ¿Acaso el hijo que nace de TRHA con material genético femenino de una donante no tiene por madre —o sea, ascendiente en primer grado— a quien prestó la voluntad procreacional debidamente consignada en un consentimiento, más allá de no haber aportado los óvulos? De allí que el término "consanguinidad" no era adecuado.

Acordar un término que lo reemplazara y que sea abarcativo de los tres tipos filiales no era sencillo; de allí que se haya decidido no reemplazarlo por ninguno sino, directamente, entender que cuando se alude al parentesco a secas, se refiere al vínculo que se genera entre dos personas que nacen de un tronco común, cualquiera sea el tipo filial de que se trate (por naturaleza, por TRHA y adoptiva), y sin que se haga ninguna distinción entre ellas. Así, nuevamente apelándose a los Fundamentos del Anteproyecto para aclarar o conocer algunos de los principales cambios que introduce el CCyC —y que allí quedaron explicitados— se dice: "*el término 'parentesco' a secas corresponde a los vínculos jurídicos que se derivan de los tres tipos filiales que se regulan: filiación por naturaleza, filiación por técnicas de reproducción humana*

asistida y filiación adoptiva. Así, se sustituye la noción de parentesco por consanguinidad, pertinente en el marco de un régimen filial que sólo receptaba la filiación por naturaleza. Estos tres tipos filiales (por naturaleza, por el uso de las técnicas de reproducción asistida y por adopción) tienen diferentes causa fuente (elemento biológico, de voluntad procreacional y jurídico) a los fines de la determinación de la filiación y su consecuente sistema en materia de acciones, pero no respecto a sus efectos. De esta manera, se evita cualquier tipo de discriminación en razón del vínculo filial, por lo cual, cuando en el texto se alude al parentesco sin ninguna noción adicional, se refiere a toda clase de vínculo filial, incluso la adoptiva, sea en línea recta o colateral".[48] En definitiva, cuando se dice que se reconoce determinado derecho hasta, por ejemplo, el cuarto grado de parentesco en línea recta o hasta el segundo en línea colateral, se les está reconociendo derechos a los vínculos que nacen —cualquiera sea la causa fuente— de la filiación de la cual deriva el correspondiente lazo de parentesco. Esto lo aclara bien el CCyC en el último párrafo de la disposición en análisis.

El desarrollo de nuevas tecnologías, junto a las nuevas formas de vivir e institucionalizar los afectos, tornaba imprescindible una transformación de la legislación de fondo, no quedando al margen de ello la regulación del parentesco. De allí, para ser coherente con el principio de igualdad y no discriminación, y aceptando las limitaciones y vaguedades o conflictos que genera el lenguaje, el CCyC acepta que el parentesco a secas involucre a los tres tipos filiales y que este parentesco, como establecía el CC, pueda ser en línea recta (ascendente y descendiente), en línea colateral, o por afinidad.

En todo caso, si se quiere aludir a algún tipo filial en especial —por lo general, se refiere a la filiación por adopción y dentro de ella, a la adopción simple y plena (las que presentan algunas diferencias que repercuten en el campo del parentesco)—, ello es expresamente aclarado en el texto normativo correspondiente. Esto también queda explicitado en los Fundamentos del Anteproyecto, al destacarse: *"Ahora bien, cuando la adopción implica diferentes consecuencias jurídicas en materia de parentesco por tratarse de adopción simple o plena, se lo señala de manera expresa; de lo contrario, cuando se alude a parentesco de manera general, incluye a la filiación adoptiva cualquiera sea su tipología. La cuestión se vincula a los tipos adoptivos que se regulan: en la plena, el adoptado adquiere el mismo parentesco que un hijo, generando vínculo con todos los parientes del adoptante; en la simple, sólo crea vínculo de parentesco entre el adoptado y los adoptantes. Sin embargo, esta regla admite modificaciones, en tanto se faculta al juez a flexibilizar este principio por diferentes razones en beneficio del adoptado. Además, en el orden sucesorio, las diferencias no existen respecto al adoptado, aunque sí respecto de los adoptantes, desde que el hijo adoptivo hereda como un hijo por naturaleza o por reproducción humana asistida, sea la adopción simple o plena; en cambio, cuando la adopción es simple, el derecho sucesorio de los adoptantes distingue según el origen de los bienes"*.[49]

Otra cuestión relevante merece ser destacada para evitar cualquier tipo de confusión. Es sabido que entre las incorporaciones que introduce el CCyC en su Libro Segundo —Relaciones de Familia— se encuentran las llamadas "uniones convivenciales" que, como bien se las define en el art. 509 CCyC, se trata de parejas, de igual o diverso

(48) "Fundamentos del Anteproyecto....", en *Proyecto de Código...., op. cit.*

(49) *Ibid.*

sexo, que llevan adelante un proyecto de vida en común y que conviven de manera singular, pública, notoria, estable y permanente por un periodo mínimo de dos años (art. 510 inc. e, CCyC), lo que genera ciertos derechos y deberes. Entre estos derechos y deberes cabe destacar que la unión convivencial no es un nuevo estado civil y, por lo tanto, tampoco hace generar vínculo de parentesco entre un miembro y la familia de su pareja —es decir, el padre de mi conviviente no es mi suegro—, no caben los derechos alimentarios que el CCyC sí le reconoce al parentesco por afinidad en primer grado. Justamente fundado en esta carencia de vínculo de parentesco, tampoco cabría apelar a los impedimentos matrimoniales que regula la legislación civil en el campo del derecho matrimonial (art. 403 CCyC) y, por lo tanto, una persona podría perfectamente contraer matrimonio con el padre de quien había sido su pareja conviviente y junto a quien había conformado una unión convivencial, por 558 citar un ejemplo. Esta consideración también es puesta de resalto en los Fundamentos del Anteproyecto al afirmarse: *"Las uniones convivenciales reguladas en el Anteproyecto no generan vínculo de parentesco; sólo el matrimonio es causa fuente del parentesco por afinidad, reconociéndose efectos jurídicos sólo a los que se encuentran en primer grado"*.(50)

Ahora bien, esto es diferente con el lugar que sí ocupa el parentesco dentro de la regulación de las uniones convivenciales en cuanto al impedimento para que entre sí (no con relación a terceros) sus miembros puedan o no configurar esta institución familiar. Así, tal como dispone el mencionado art. 510 CyC referido a los requisitos que deben cumplir u observar las uniones convivenciales, uno de ellos es que los miembros de la unión no estén *"unidos por vínculo de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado"* (inc. b), y tampoco quienes "*estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta*" (inc. c). Esto se refiere a ciertas restricciones entre sí, es decir, entre los miembros de la pareja, ya que el CCyC reserva la figura de la unión convivencial para las relaciones afectivas, a diferencia de otros países en los que las "uniones asistenciales" están reguladas de manera general —así, por ejemplo, dos hermanos, y/o abuelo y nieto, pueden conformar dichas uniones de tipo asistenciales—. Estas limitaciones nada tienen que ver con lo expresado acerca de que no se genera vínculo de parentesco por afinidad entre un miembro de la pareja y la familia del otro.

En síntesis, la regulación en torno al parentesco también se ha visto impactada por los cambios introducidos en otras instituciones del derecho de familia en la nueva legislación civil y comercial. Así, las modificaciones sustanciales habidas en el campo del derecho filial —en particular, la regulación de la filiación derivada de las TRHA como un tercer tipo filial— también encuentra su repercusión o espacio en la regulación del parentesco a tal punto de forzar la derogación de un término que era muy común en el régimen jurídico del parentesco, como el de "consanguinidad".

ARTÍCULO 530.- ***Elementos del cómputo.*** ***La proximidad del parentesco se establece por líneas y grados.***

1. Introducción

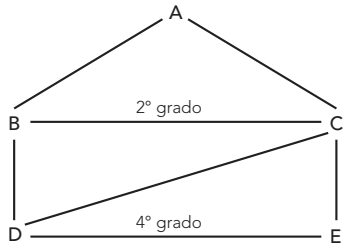
El CCyC mantiene las dos variables sobre las cuales se asienta el régimen en materia de parentesco, como también la terminología empleada, razón por la cual no realiza modificación alguna al art. 346 CC.

(50) "Fundamentos del Anteproyecto....", en *Proyecto de Código...., op. cit.*

2. Interpretación

Establecer el cómputo de acuerdo a la proximidad de parentesco no es un dato menor ya que determina los elementos a tener en cuenta para establecer o asignar ciertos efectos jurídicos.

En la línea directa o recta, como se le dice, el parentesco se cuenta por tantos grados como generaciones. Es decir, que en la línea descendente, el hijo estará en primer grado; el nieto, en segundo grado; el bisnieto, en el tercero; y así sucesivamente. De igual manera sucederá en la línea ascendente: el padre está en primer grado; el abuelo, en segundo; el bisabuelo; en tercero; y así sucesivamente.



B y C son hermanos; C y D son tío y sobrino; y E y D son primos hermanos.

A su vez, existe la otra línea, la colateral (o, como se dice de manera coloquial, "para el costado"), en contraposición con la línea recta que es para "arriba" (línea ascendente) o para "abajo" (línea descendente). En el caso de las líneas colaterales, para realizar el cómputo siempre se debe partir o tener en cuenta al denominado "tronco común" y de ahí descender hasta el otro pariente más próximo. Por ejemplo, los hermanos se encuentran en el segundo grado de parentesco; tíos y sobrinos, en el tercero, y así sucesivamente.

ARTÍCULO 531.- ***Grado. Línea. Tronco****. Se llama:*

a. *grado, al vínculo entre dos personas que pertenecen a generaciones sucesivas;*
b. *línea, a la serie no interrumpida de grados;*
c. *tronco, al ascendiente del cual parten dos o más líneas;*
d. *rama, a la línea en relación a su origen.*

1. Introducción

El CCyC, en virtud de simplificar la normativa en el actual art. 531 CCyC reúne en un único artículo, lo que en el CC se encontraba establecido entre los arts. 346 y 348. De esta manera, define y especifica qué se entiende por grado, línea, tronco y rama al momento de establecer la proximidad de parentesco entre las personas.

El grado de proximidad en el parentesco delimita determinados efectos civiles como:

a. los impedimentos matrimoniales y también la conformación de una unión convivencial;
b. causa fuente de obligación alimentaria;
c. fuente de vocación sucesoria;
d. oponerse al matrimonio;
e. legitimación para pedir la nulidad del matrimonio;

f. legitimación para iniciar proceso de restricción a la capacidad civil; o

g. determinar ciertas inhabilidades como, por ejemplo, ser testigo en los testamentos por acto público (art. 2481 CCyC).

También delimita efectos jurídicos en otros ámbitos por fuera del derecho civil, como en el derecho penal, siendo el parentesco causal de agravante de delitos (homicidio, lesiones, corrupción, etc.) o, por el contrario, eximente de ciertos delitos como hurto y defraudaciones y/o del delito de encubrimiento (dentro del 4° grado de parentesco o 2° de afinidad), incluso constituir una determinada figura delictiva como sucede con el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar o de impedimento de contacto, como en el ámbito del derecho procesal penal los parientes del imputado hasta el 4° grado de consanguinidad y 2° de afinidad podrán abstenerse de declarar (art. 153 CPPN, aprobado por ley 27.063) y en el derecho procesal civil será causa legal de recusación el parentesco por consanguinidad dentro del 4° grado y 2° de afinidad con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados (art. 17, inc. 1, CPCCN).

2. Interpretación

Se llama grado al vínculo entre dos personas de generación sucesiva. A cada generación le corresponde un grado, por lo que "*el cómputo de parentesco tiene por objeto establecer la mayor o menor proximidad sobre la base de la cantidad de grados o generaciones que separan a los miembros de la familia, unos de otros*".[51]

Como bien establece el articulado en análisis, la línea es la serie ininterrumpida de grados —que, a su vez, puede ser recta o colateral, tal como lo desarrolla el art. 532 CCyC—. La línea recta dará origen al parentesco perpendicular y la línea colateral, al parentesco horizontal.

El tronco es el antecesor o ascendiente común del cual parten dos o más líneas o ramas.

Por último, la rama es la línea en relación a su origen —que, a su vez, parte de un tronco común—.

ARTÍCULO 532.- ***Clases de líneas.*** ***Se llama línea recta a la que une a los ascendientes y los descendientes; y línea colateral a la que une a los descendientes de un tronco común.***

1. Introducción

Una vez más, el CCyC unifica en una misma norma a las líneas de parentesco, cuestión que antes estaba regulada en tres artículos diferentes: arts. 349, 350 y 351 CC.

Así, en un mismo articulado se establece que la línea de parentesco puede ser recta —aquella que une ascendiente y descendientes— o colateral; y se define que el elemento central de esta última es el que une a los descendientes de un tronco común.

2. Interpretación

El artículo se refiere a los tipos de líneas. La línea recta es aquella que une ascendientes y descendientes. El Código de Vélez, a mayor abundamiento, establecía en su art. 350 CC que "*se llama línea descendente la serie de grados o generaciones que unen el tronco*

(51) Zannoni, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. I, Bs. As., Astrea, 2005, p. 108.

común con sus hijos, nietos y demás descendientes"; esta aclaración es suprimida en el nuevo texto legal en análisis por considerarse sobreabundante.

La línea colateral es aquella que une a las personas que, encontrándose en distintas ramas, comparten un tronco común, que es el que establece el vínculo. Es aquella que existe entre quienes descienden de una misma persona pero no entre sí, como ocurre entre ascendientes y descendientes. Es el caso de los hermanos, tíos, primos, etc.

ARTÍCULO 533.- ***Cómputo del parentesco.*** ***En la línea recta hay tantos grados como generaciones. En la colateral los grados se cuentan por generaciones, sumando el número de grados que hay en cada rama entre cada una de las personas cuyo parentesco se quiere computar y el ascendiente común.***

1. Introducción

Conforme lo dispuesto en el presente artículo, hay tantos grados como generaciones. En la línea colateral, también los grados se cuentan por generaciones a partir de la sumatoria del número de grados que hay en cada rama hasta llegar al tronco común del cual descienden.

2. Interpretación

El CCyC, siguiendo la lógica de simplificar y facilitar la lectura, regula directamente cómo es el cómputo para el parentesco, pero no brinda ejemplos de los diferentes supuestos.

Así, el art. 352 CC decía: *"En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, y el bisnieto en el tercero, así los demás. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etcétera"*, al tiempo que el art. 353 CC señalaba: "*En la línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en el segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero, los primos hermanos en el cuarto, los hijos de primos hermanos en el sexto, y los nietos de primos hermanos en el octavo, y así en adelante"*.

Como señalamos, el CCyC no da ejemplos de cómo se computa el parentesco, sino que ello surge fácilmente de su propia conceptualización.

Por último, cabe destacar el caso de parentesco mixto o complejo, es decir, el que se da cuando dos personas se encuentran ligadas por dos vínculos de parentesco distintos: por ejemplo, el caso de dos primos hermanos que contraen matrimonio. En lo que al derecho respecta, los individuos tendrán o podrán tener diferentes consecuencias jurídicas de acuerdo al vínculo de parentesco que tengan .

ARTÍCULO 534.- ***Hermanos bilaterales y unilaterales.*** ***Son hermanos bilaterales los que tienen los mismos padres. Son hermanos unilaterales los que proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro.***

1. Introducción

El CCyC —al igual que su antecesor— diferencia los casos de hermanos bilaterales de los unilaterales. Los primeros son aquellos que tienen en común a ambos progenitores y los unilaterales son los que tienen en común un solo progenitor.

Los hermanos, independientemente de que sean bilaterales o unilaterales, se encuentran unidos por parentesco colateral en segundo grado.

2. Interpretación

Si bien la distinción entre hermanos unilaterales y bilaterales ya se encontraba regulada en el art. 360 CC, la diferencia sustancial es que el CCyC reemplaza las expresiones "*misma madre*" y "*mismo padre*" por la de "*mismos padres*"; es decir, no hace distinción de sexo en concordancia con la reforma introducida por la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, y el principio constitucional-convencional de igualdad y no discriminación.

Así, el artículo en análisis nada dice —y por lo tanto, no interesa— acerca de cuál es el vínculo en común que tienen los hermanos (si comparten o tienen en común el mismo padre, la misma madre o uno de sus padres —pareja conformada por dos hombres— o una de sus madres —pareja conformada por dos mujeres—). Solo importa que compartan dos o un vínculo filial en común.

En este mismo sentido, y manteniéndose el mismo lenguaje neutro, se elimina la referencia que el art. 361 CC hacía entre los "*hermanos paternos*" y "*hermanos maternos*"; una distinción que era superflua en el texto civil derogado porque, sea que se comparta el mismo padre o la misma madre, ello no tiene ninguna incidencia a los fines del parentesco, por el reiterado principio de igualdad.

La trascendencia del vínculo fraterno se ve reflejada en todo el cuerpo del CCyC. Así, encontramos que la existencia de este vínculo es un impedimento dirimente para contraer matrimonio (art. 403 CCyC), que los hermanos se deben alimentos recíprocamente (art. 537, inc. b, CCyC), que tienen garantizado el ejercicio del derecho de comunicación (art. 555 CCyC), que desplazan a los demás colaterales en el orden sucesorio (art. 2439 CCyC), entre otros.

ARTÍCULO 535.- ***Parentesco por adopción.*** *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.

En ambos casos el parentesco se crea con los límites determinados por este Código y la decisión judicial que dispone la adopción.

1. Introducción

El CCyC incorpora en el Título IV, Parentesco, aquel parentesco que se entabla luego de un proceso de adopción entre el o los adoptantes y el adoptado. Ello, a diferencia del CC, que no hacía mención al respecto al preocuparse por regular únicamente el parentesco "por consanguinidad" y "por afinidad"; y solo aludía al parentesco en la filiación adoptiva al regular algunas cuestiones dentro del Capítulo dedicado a la adopción (arts. 323 y 329 CC).

De manera precisa, el CCyC señala que el parentesco que se genera tanto en la adopción plena como en la simple lo es con "*los límites*" que determina la misma normativa. Ello responde a que en el nuevo texto legal se flexibilizan los tipos adoptivos (ver art. 621 CCyC), siendo posible otorgar la adopción plena dejando subsistente el vínculo jurídico con algún miembro o varios de la familia de origen y/o otorgarla de manera

simple, pero generando vínculo de parentesco con uno o más miembros de la familia adoptiva. En estos casos, estos vínculos deben ser respetados; de allí esta remisión o respeto por otras normativas que establece el mismo CCyC.

2. Interpretación

Los Fundamentos del Anteproyecto explicitan: *"... cuando la adopción implica diferentes consecuencias jurídicas en materia de parentesco por tratarse de adopción simple o plena, se lo señala de manera expresa; de lo contrario, cuando se alude a parentesco de manera general, incluye a la filiación adoptiva cualquiera sea su tipología"*. Y así es como debe ser interpretada toda la legislación en materia de parentesco cuando se trata de la filiación adoptiva.

Es decir, en materia de adopción, el parentesco va a depender tanto del tipo adoptivo que se regule (adopción simple o adopción plena) como de la modalidad en que se lo haga; es decir, si se trata de una adopción simple o plena, tal como está regulada en la parte pertinente en el CCyC, o si fue regulada de manera más flexible, como lo permite el art. 621 CCyC.

El artículo en comentario, en primer lugar, alude a los efectos propios de cada uno de los dos tipos adoptivos: la adopción plena extingue el vínculo con la familia de origen y la simple solo genera vínculo filial adoptivo entre adoptado y adoptante o adoptantes, si se trata de una adopción conjunta o biparental.

De esta manera, se adelanta uno de los principales efectos que, en lo relativo a los vínculos jurídicos, generan la adopción plena y la simple. Tratándose de la adopción plena, el adoptado pasa a tener los mismos lazos jurídicos con la familia adoptiva que los hijos derivados de las TRHA o de la filiación por naturaleza, siendo entonces idéntica la regulación en materia de parentesco.

Por su parte, la consideración que en el articulado en análisis se hace en torno a la adopción simple se condice con lo dispuesto en el art. 620 CCyC: *"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 por este Código"*.

Si bien esta es la regla, hay excepciones debido a la flexibilización que observan las tipologías adoptivas, las cuales tienen incidencia directa en materia de parentesco. Tales excepciones son admitidas en la última parte de la disposición en comentario, cuando se destaca que el vínculo de parentesco en la adopción siempre lo será con las limitaciones o delimitaciones que establezca el propio CCyC.

Así, nuevamente apelándose a los Fundamentos del Anteproyecto, se establece que la regla o principio en materia de adopción plena y simple *"admite modificaciones, en tanto se faculta al juez a flexibilizar este principio por diferentes razones en beneficio del adoptado. Además, en el orden sucesorio, las diferencias no existen respecto al adoptado, aunque sí respecto de los adoptantes"*.[52] Justamente, tal excepción queda plasmada en la última parte del artículo comentado, al disponer que "*En ambos casos el parentesco se crea con los límites determinados por este Código y la decisión judicial que dispone la adopción*".

Esta particularidad viene de la mano del principio de coherencia que rige este cuerpo normativo, puntualmente, en lo que refiere a las relaciones humanas y a la necesidad, en

(52) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

algunos casos, de reconocer o mantener determinados vínculos jurídicos en beneficio o respeto por el principio rector del "interés superior del niño".

Veamos algunos ejemplos que han llegado a la justicia: el caso de una pareja que fue guardadora de un niño por el término legal, a la que se le otorga su adopción plena, pero manteniendo a salvo el derecho del niño de comunicación con su madre biológica, quien padece una severa disminución en su capacidad mental.(53) O el caso de un niño que tiene un fuerte vínculo con sus abuelos biológicos, quienes no pueden hacerse cargo de su crianza; si ese niño fuera dado en adopción plena, ¿quedaría extinto ese vínculo con sus abuelos?

Esto es lo que en doctrina se denominó "*adopción plena, menos plena*" o adopción "*simple, más plena*", que implica fundamentalmente sumar afectos para ese niño o niña, en lugar de restar.(54)

Como se adelantó, el art. 621 CCyC faculta expresamente al juez para que, de oficio o a petición de parte interesada —y siempre según las circunstancias y cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente—, establezca que puede mantenerse subsistente un vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crearse vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la simple, aunque ello no signifique modificar el régimen legal de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados para cada tipo de adopción, ni de la sucesión.

Por otra parte, también se debe tener en cuenta la llamada "adopción de integración", es decir, aquella que se configura cuando una persona adopta al hijo de su cónyuge o conviviente. En lo que respecta a este tipo de adopción, el vínculo filiatorio y los efectos entre adoptado y progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante se mantienen (conf. art. 630 CCyC). Este tipo especial y autónomo de adopción puede ser, a su vez, simple o plena; por lo tanto, la cuestión relativa al parentesco lo será teniéndose en cuenta cuál de ambos tipos filiales se otorga a la adopción de integración.

Por último, y porque también repercute de manera directa en el campo del parentesco por adopción, se debe tener presente que el CCyC reconoce la figura de la conversión de simple en plena: así, se dispone que el juez, a pedido de parte y por razones fundadas, puede convertir una adopción simple en una plena. Se trata de una variación en el tipo adoptivo que también tendrá repercusión directa en materia de parentesco, ya que el vínculo con la familia de origen se extingue al pasar de una adopción simple a otra de carácter plena (conf. art. 622 CCyC).

ARTÍCULO 536.- Parentesco por afinidad. Cómputo. Exclusión. *El parentesco por afinidad es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge.*

Se computa por el número de grados en que el cónyuge se encuentra respecto de esos parientes.

El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro.

(53) JMenores 3ª Nom. Rosario, "D., K. M. c/ V., S. R.", 26/05/2010, [en línea] AbeledoPerrot 70065283.

(54) Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia, "¿Habrá que jugarle al tres? La perspectiva tripartita de los tipos de adopción en los Proyectos de Reforma del CC", en *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Derecho de Familia,* n° 58, Bs. As., AbeledoPerrot, 2013, p. 159.

1. Introducción

El parentesco por afinidad es el que nace al contraer nupcias, y se encuentra limitado al vínculo que se genera —o reconoce— entre un cónyuge y los parientes del otro (independientemente de la causa fuente de este parentesco: por naturaleza, técnicas de reproducción humana asistida o adopción, en los casos que corresponda). Ergo, y tal se precisa en el artículo en análisis, no existe vínculo de parentesco alguno entre los parientes de ambos cónyuges entre sí.

Es un vínculo jurídico que se origina únicamente por la celebración de matrimonio; es decir, las uniones convivenciales no generan vínculo de parentesco alguno.

2. Interpretación

La regulación del parentesco por afinidad no observa modificaciones sustanciales. Sí observa dos cambios, uno de tinte terminológico y otro en la modalidad y extensión, en su redacción.

Con respecto a la primera consideración, y en total consonancia con lo ya explicitado al analizar el primer artículo del presente Título —Parentesco—, se elimina toda mención a la idea de "consanguinidad". Por otra parte, se evita reiterar los términos peyorativos como "madrastra" y "padrastro", tal como se ahondará al analizar el art. 672 CCyC —que inaugura el Capítulo dedicado a los derechos y deberes de los progenitores afines en el marco de las llamadas familias ensambladas— como así también nociones que no son de uso cotidiano, como "entenados" y "entenadas".

La segunda consideración comparativa se refiere a la extensión con la que se regula el parentesco por afinidad en el CCyC, que es diferente al tratamiento que recibía en el CC. Sucede que la nueva regulación sigue la línea legislativa que busca simplificar la redacción, y el CCyC es muestra de ello. Al respecto, cabe recordar que el derogado art. 363 CC decía: *"La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente o ascendente, el yerno o nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija, respecto del padre o madre, y así en adelante. En la línea colateral, los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas. Si hubo un precedente matrimonio el padrastro o madrastra en relación a los entenados o entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera".*

La cuestión relativa a los elementos del cómputo y la manera de contabilizar ya ha sido establecida y analizada en los arts. 530 al 533 CCyC; por ello el artículo en comentario solo se limita a definir qué se entiende por parientes afines. En otras palabras, para computar el parentesco por afinidad se debe apelar a las normas generales relativas al orden del parentesco por línea recta —ascendente y descendiente— y colateral.

A través de este vínculo se enlaza a cada uno de los cónyuges con los parientes del otro. Así, el vínculo entre suegros y yernos es un vínculo en línea recta de primer orden (o sea, el mismo lugar que tiene el cónyuge-hijo) pero al que se le debe agregar la palabra que diferencia ese parentesco: por "afinidad". En otras palabras, la proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en los que cada uno de los cónyuges está respecto de sus parientes. Se trata de un cómputo derivado; es decir, un cónyuge es afín a los parientes del otro en la misma línea y grado que el otro cónyuge es pariente con ellos.

Como se ha adelantado, las uniones convivenciales no generan vínculo de parentesco; sí determinados derechos y deberes que el CCyC establece de manera precisa. El supuesto más claro es el caso de los llamados progenitores afines en las familias ensambladas en el que los adultos no están unidos por vínculo matrimonial, sino que existe entre el progenitor de un niño y su pareja una unión convivencial. De esta manera, la pareja de la madre que convive con ella y con el hijo de ella mantiene un vínculo con el hijo que el CCyC denomina de "progenitor afín": pese a que no hay entre ellos un vínculo de afinidad, sí existen determinados derechos y obligaciones entre el progenitor afín y el hijo de su pareja, de conformidad a la regulación que observa el Capítulo 7 (arts. 672 a 676 CCyC) —Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines—, del Título VII —Responsabilidad parental— del Libro Segundo—Relaciones de Familia— .Tales derechos no alcanzan solo a las parejas casadas, sino que también se extienden a las que conforman una unión convivencial. Y ello, por aplicación del principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales —en este caso, en el marco de las familias ensambladas—.

Si bien las uniones convivenciales no generan vínculo de parentesco alguno —y, por lo tanto, el padre de mi pareja conviviente no pasa a ser mi suegro—, lo cierto es que por aplicación del principio de solidaridad familiar, el CCyC le reconoce ciertos derechos y deberes al progenitor afín, siempre con vistas al beneficio de los hijos, cuyo sustrato es el reconocimiento de los vínculos afectivos que se gestan y construyen en el marco de las familias ensambladas. Este reconocimiento se extiende a toda pareja convivencial, aun las que no cumplen los requisitos que establece el art. 510 CCyC para ser considerada una unión convivencial. De este modo, también se entiende que es un progenitor afín aquella persona que vive con el hijo de su pareja cuya relación de convivencia no alcanzó el plazo mínimo de dos años previsto por el art. 510, inc. e, CCyC.

La denominación "progenitor afín" se aplica en el supuesto de las familias ensambladas, exista o no matrimonio en la pareja de adultos convivientes con hijos de uno u otro integrante de la pareja. Si bien el parentesco por afinidad se crea solo ante la existencia de matrimonio, lo cierto es que no se encontraba un término más apropiado para reemplazar los de "madrastra", "padrastro" e "hijastro", que portan consigo una fuerte carga negativa. En definitiva, fuera de este supuesto o vínculo excepcional que se desarrolla en las familias ensambladas, en el resto de los casos la noción de parentesco se circunscribe al vínculo matrimonial.

Los parientes por afinidad generan ciertos derechos y deberes; de allí su trascendencia, como la del parentesco en general. Por ejemplo, el art. 33, inc. c, CCyC prescribe que se encuentran legitimados para solicitar la declaración de incapacidad o capacidad restringida dentro del segundo grado de parentesco; el art. 108 CCyC establece la prohibición de ser designados tutores dativos hasta el segundo grado por afinidad; el art. 295 CCyC impone la prohibición de ser testigos en instrumentos públicos, siendo afines hasta el segundo grado del oficial público; el art. 403, inc. c, CCyC establece que el parentesco por afinidad funciona como impedimento matrimonial en línea recta en todos los grados; el art. 510 CCyC dispone que no se le otorgará el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones convivenciales de dos personas que estén unidas por parentesco afín en línea recta; el art. 538 CCyC regula que la obligación alimentaria entre sí únicamente se le reconoce a las personas vinculadas en línea recta en primer grado; el art. 555 CCyC le confiere derecho de comunicación a los parientes por afinidad en primer grado respecto de una persona menor de edad, con capacidad restringida, enferma o imposibilitada.

CAPÍTULO 2(*)
Deberes y derechos de los parientes

SECCIÓN 1ª
Alimentos

ARTÍCULO 537.- *Enumeración.* *Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden:*

a. *los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado;*

b. *los hermanos bilaterales y unilaterales.*

En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

Remisiones: ver comentario al art. 529 CCyC.

1. Introducción

El Capítulo II, abocado a la regulación del parentesco, se ocupa de sus dos principales efectos civiles: los alimentos y el derecho de comunicación. La Sección 1ª, dedicada a los alimentos, contiene la teoría general de la obligación alimentaria, en tanto sus disposiciones se aplican supletoriamente para todas aquellas cuestiones no reguladas en las otras fuentes del derecho alimentario (responsabilidad parental, matrimonio, uniones convivenciales).

De idéntico modo que el CC, el CCyC comienza por enunciar a los parientes que se encuentran comprendidos por este derecho-deber. Asimismo, establece los criterios de prelación para el reclamo y recoge la regla de la subsidiariedad. El art. 537 CCyC menciona a los parientes en general, delimitando líneas y grados, mientras que el art. 538 CCyC define el alcance de la relación alimentaria entre los parientes por afinidad. Existe, no obstante, una significativa diferencia conceptual con lo dispuesto por el CC, que hacía recaer la obligación alimentaria sobre los parientes **por consanguinidad**. El art. 537 CCyC recoge los cambios señalados al comentar el art. 529 CCyC, que equipara los efectos del parentesco, cualquiera sea la fuente del vínculo familiar (naturaleza, adopción o TRHA).

Por último, la norma toma en consideración la posible existencia de más de un pariente con legitimación pasiva, razón por la que estipula que la obligación recae sobre aquel que se encuentre en "*mejores condiciones para proporcionarlos*", aunque también señala que, si son varios los que están en condiciones de hacerlo, según las circunstancias del caso, pueden disponerse cuotas de coparticipación iguales o diferentes.

2. Interpretación

Esta fuente de obligación alimentaria encuentra su fundamento en la solidaridad familiar —que es uno de los pilares constitucionales del derecho que regula las relaciones de familia— y responde a la finalidad de asegurar la digna subsistencia de los parientes más cercanos.

(*) Comentarios a los arts. 537 a 554 elaborados por Mariel Molina de Juan.

La obligación alimentaria entre los parientes es recíproca. La calidad de deudor y de acreedor puede recaer sobre la misma persona, aunque en periodos de tiempo distintos, siempre que concurran los presupuestos legales de procedencia; solo el posterior estado de necesidad del hoy alimentante dará lugar a la exigibilidad de alimentos al actual alimentado, si es que este tiene medios económicos suficientes en el momento del reclamo. La reciprocidad de esta obligación alimentaria es un rasgo que la diferencia esencialmente de la derivada de la responsabilidad parental que, por su propia naturaleza y finalidad, no puede colocar al hijo en la posición de alimentante.

2.1. Sujetos obligados

En primer lugar, la relación alimentaria alcanza a los parientes en línea recta, sean ascendientes o descendientes, sin que se establezca preferencia entre una y otra dirección, ni límite en el grado. Es decir que la obligación alimentaria derivada del parentesco recae sobre padres, abuelos, hijos, nietos mayores de edad. Ante la ausencia de prelación entre la línea ascendente y la descendente, el criterio para la selección del legitimado pasivo está determinado por la proximidad del grado; entonces, si existen todos estos parientes en línea recta, los primeros obligados son padres e hijos indistintamente.

Los padres no solo deben alimentos durante la menor edad de sus hijos y hasta los 21 años, con fundamento en la responsabilidad parental (conf. art. 658 CCyC), sino también con posterioridad a esa edad, pero en este caso la obligación se funda en el parentesco, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 663 CCyC, que prevé alimentos para el hijo mayor que se capacita. Esta obligación tiene carácter autónomo respecto de la originada en la responsabilidad parental, y difiere en cuanto a la extensión, extremos a probar, carga de la prueba, entre otros.

La norma también comprende a los parientes colaterales en segundo grado, es decir, a los hermanos, sean bilaterales o unilaterales (art. 534), pero deja fuera a tíos y sobrinos.

2.2. La regla de la subsidiariedad

El CCyC mantiene la regla de la subsidiariedad de la obligación alimentaria, incorporada por la reforma de la ley 23.264. Ello quiere decir que solo nace en forma efectiva para el pariente más lejano cuando no existe pariente que se encuentre en orden, línea o grado preferente que esté en condiciones de satisfacerla.

Esta regla se aplica entre los parientes de la misma línea respecto del grado, sea ascendente o descendente, de modo que si quien reclama alimentos tiene un hijo mayor de edad, pariente en primer grado en línea descendente, y un abuelo, pariente en segundo grado en línea ascendente, el obligado preferente es el hijo.

También juega entre las líneas recta y colateral; los hermanos deben alimentos solo si no hay pariente en línea recta que pueda asumir la obligación; sin embargo, no se aplica entre hermanos de doble o único vínculo que están colocados al mismo nivel.

Una consideración especial merece la regla de la subsidiariedad en el caso de la obligación alimentaria de los abuelos frente a sus nietos menores de edad. El problema es que si esta regla se aplica en forma rigurosa, el carácter prioritario de los derechos alimentarios de niños y adolescentes puede desdibujarse por el impacto negativo del paso del tiempo. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia propiciaron su redimensionamiento mediante la flexibilización de los requisitos procesales para el reclamo. En especial,

merece destacarse un pronunciamiento de la Corte Federal, en la causa "F. L. c/ L. V.", del 15/11/2005, que abrió camino frente a la regla de la subsidiariedad a ultranza y sentó las bases de la nueva Reforma.[55] En definitiva, sin abandonar la regla ni el orden de prelación, y sin que signifique amparar o fomentar la negligencia de los progenitores que se sustraen de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, esta posición abandona el rigorismo formal que conspira contra el fin primordial del proceso: atender con inmediatez las necesidades del niño alimentado.

La solución fue recogida por el art. 668 CCyC —ubicado en el Título VII, Responsabilidad Parental—, que autoriza el reclamo de alimentos a los ascendientes (abuelos) de niños o adolescentes, en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso, a fin de evitar que se dilate la satisfacción de sus necesidades alimentarias. Dice la norma: "*Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado*".

2.3. Pluralidad de obligados

Sin perjuicio de la aplicación de la regla de la subsidiariedad, los alimentos son debidos por los parientes que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Es decir que los obligados del mismo grado concurren según su capacidad económica. Si el demandado considera que existe un pariente en mejores condiciones para prestarlos, puede ser desplazado de su obligación, si alega y prueba esta situación fáctica (conf. art. 546 CCyC).

En el caso de que varios parientes estén en condiciones de brindar asistencia alimentaria al que lo necesita, en principio, la obligación se divide por partes iguales en forma mancomunada. Se trata de deudas parcialmente distintas e independientes entre sí; cada obligado se encuentra legitimado pasivamente en la parte que le corresponde. Sin embargo, y a modo excepcional, el juez puede fijar diferencias teniendo en cuenta la cuantía de los bienes y las cargas familiares del obligado (existencia de hijos, especiales situaciones de personas con discapacidad u otros parientes a cargo, etc.). De esta manera se evita colocar al alimentado en una situación perjudicial que pueda afectar su propia vida y la de su familia y se facilita el eficaz cumplimiento de la deuda.

ARTÍCULO 538.- ***Parientes por afinidad.*** ***Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado.***

Remisiones: ver comentarios a los arts. 529, 536 y 537 CCyC.

1. Introducción

Esta norma es muy similar a la contenida en el art. 368 CC, de manera que la obligación alimentaria entre los parientes por afinidad (conf. art. 536 CCyC) se encuentra limitada a la línea recta en primer grado.

(55) CSJN, "F. L. c/ L. V.", 15/11/2005, en *SJA*, 01/03/2006; *JA* 2006-I-20, *JA* 2005-IV-62; *Revista Actualidad Jurídica Córdoba - Familia y Minoridad*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2005, pp. 2085/2089; *LL* 2006-A 605, con nota de Sosa, Toribio E., "Obligación alimentaria de los abuelos: subsidiariedad subjetiva y relativa"; *Doc. Jud.* 2005-3-992, con nota de Bosch Madariaga (h.) y Alejandro F., "El deber alimentario del abuelo para con sus nietos".

En el CC existió acuerdo respecto a que el parentesco por afinidad era fuente de obligación alimentaria con carácter subsidiario respecto de los parientes (art. 367 CC). Este principio y sus fundamentos resultan aplicables también para el CCyC, con la salvedad —explicada al comentar los arts. 529 y 537— de que hablar de "parentesco" trasciende la mera consanguinidad y comprende todas las fuentes filiales previstas (naturaleza, adopción y TRHA).

2. Interpretación

La obligación alimentaria del pariente por afinidad vincula al suegro y suegra con el yerno o nuera, y también a los padres e hijos por afinidad.

En el CC se encontraba prevista la obligación alimentaria del nuevo cónyuge del progenitor con los hijos de este, aunque no se exigía que el alimentante y el alimentado convivan, cuestión que había merecido las críticas de la doctrina, al punto que el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 estableció, en el art. 616: *"Respecto de los hijos del otro cónyuge, para que exista obligación alimentaria se requiere que exista o haya existido convivencia o trato paterno-filial entre alimentante y alimentado"*. Aunque el art. 538 repite la fórmula del CC, el CCyC se hace eco de las críticas y confiere a la convivencia entre el progenitor afín y el hijo afín un lugar relevante. En efecto, el art. 676 CCyC —ubicado entre las normas de la responsabilidad parental— expresa: *"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"*.

Es decir que la obligación alimentaria del progenitor afín se mantiene mientras comparten la vida en común con el padre o madre del niño o adolescente, y la ruptura de la convivencia o el divorcio pone fin a la obligación. No obstante, en función de los intereses superiores de los niños o adolescentes, se permite el reclamo al progenitor afín, siempre que se den los requisitos estipulados. En este caso, la obligación es siempre transitoria y el plazo de duración debe ser fijado por el juez.

El carácter subsidiario consagrado por la disposición y derivado de la aplicación de esta regla al parentesco por afinidad coloca la obligación alimentaria del progenitor afín en grado posterior de la de sus parientes en línea recta. Es decir que, en primer lugar, se encuentran sus padres y los abuelos en los términos explicitados en el comentario al art. 537 CCyC. Sin perjuicio de ello, si se demanda al progenitor afín y este es condenado al pago, sería viable la acción de repetición prevista en el art. 549 CCyC.

Del texto de la norma surge que, para la fijación de esta cuota, deben tenerse en cuenta las siguientes pautas:

a. carácter asistencial, lo que implica que la suma estipulada no podrá tener la misma extensión que la cuota derivada de la responsabilidad parental;
b. responder a las necesidades del alimentado y las posibilidades económicas del obligado;
c. tener en cuenta el tiempo de la convivencia.

Conviene aquí erradicar toda posible confusión sobre la legitimación pasiva del cónyuge del progenitor para abonar los alimentos que este último deba a su hijo (con el que no convive). Si bien el esposo o esposa de aquella persona demandada por alimentos por su hijo es pariente por afinidad —y, por lo tanto, se encuentra comprendido dentro de los sujetos obligados en los términos del art. 538 CCyC—, ello no implica que la sentencia dictada en un juicio de alimentos contra el padre o madre de un niño pueda ejecutarse directamente contra ese progenitor afín. Las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa obligan a promover la acción de reclamo contra este pariente afín (si se dan los presupuestos exigidos por la ley), y recién luego de obtener una sentencia que le imponga el deber de cumplir la prestación, se podrá plantear contra él la ejecución correspondiente.

Por último, aunque la unión convivencial no genera parentesco por afinidad —como se ha explicado al comentar el art. 536 CCyC—, el art. 676 CCyC consagra la obligación alimentaria del conviviente, la cual se conjuga con su deber de contribuir a las cargas del hogar fundado en esa unión (art. 520 CCyC). Esta responsabilidad se mantiene excepcionalmente luego de cesada la vida en común, en los mismos términos y condiciones que para los cónyuges divorciados, por razones fundadas en valores constitucionales de igualdad y solidaridad familiar.

ARTÍCULO 539.- ***Prohibiciones.*** *La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos, ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos.*

1. Introducción

Bajo el título de Prohibiciones, el artículo precisa los caracteres del derecho alimentario, cuya primera nota de distinción (aunque no se encuentre expresamente mencionada) se configura por la inherencia personal del derecho alimentario y, en consecuencia, de su indisponibilidad. Por ello, y tal como enumera en forma expresa, los alimentos son incompensables, irrenunciables, irrepetibles y no son susceptibles de transacción, gravamen o embargo.

Es una disposición de orden público con la que se pretende garantizar la existencia misma del individuo, el derecho a la vida y la integridad física. La violación a cualquiera de estas prohibiciones da lugar a la nulidad. De este modo, reedita las prohibiciones enumeradas en el art. 374 CC, las cuales habían sido recogidas por el art. 618 del Proyecto de Reforma de 1998 con el agregado de la imposibilidad de repetir lo pagado en concepto de alimentos.

2. Interpretación

En tanto el derecho-deber alimentario deriva del estado de familia, le resultan aplicables los mismos caracteres, siendo esencialmente inherente a la persona. Como consecuencia de ello, es intransferible tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Tampoco se transmite la obligación de prestar alimentos, ni pasa a los herederos del alimentante, con la excepción de lo dispuesto en el art. 434 CCyC para los alimentos debidos al cónyuge enfermo, con posterioridad al divorcio. La facultad de solicitar que otro pariente contribuya con el aporte cuando se den los presupuestos exigidos por la ley, o de demostrar la

existencia de un obligado preferente, no implica una transferencia de la obligación alimentaria al otro; la obligación, como tal, subsiste en forma latente en cabeza de todos los obligados por ley.

2.1. No es compensable

El art. 539 CCyC prohíbe toda posibilidad de compensar la obligación alimentaria, de modo que mantiene la restricción del CC y el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998. El fundamento de esta prohibición radica en que las necesidades que la prestación debe satisfacer son actuales e impostergables. Concuerda, en este sentido, con el art. 930 CCyC que establece como primer supuesto de obligaciones no compensables las deudas por alimentos (inc. a).

2.2. No puede ser renunciado

El artículo prohíbe toda forma de renuncia al derecho a percibir alimentos con la finalidad de resguardar a la persona de su propia vulnerabilidad, como también de preservarla de las maniobras o presiones que pudiera utilizar el obligado a prestar alimentos para forzar una renuncia.

La prohibición de renunciar fundamenta también la subsistencia del derecho alimentario no obstante la pasividad del beneficiario para obtener su cumplimiento; es decir que la falta de reclamo de la cuota fijada no extingue el derecho alimentario, sin perjuicio de la eventual prescripción o caducidad de las cuotas devengadas.

2.3. No es susceptible de transacción

La transacción es un contrato por el cual las partes extinguen obligaciones dudosas o litigiosas y se hacen concesiones recíprocas para evitar un litigio o ponerle fin (art. 1641 CCyC).

La prohibición de transigir en materia alimentaria encuentra fundamento en el carácter del crédito (fuera del comercio) pues la negociabilidad del mismo desvirtúa el fin de la institución. Esta norma debe conjugarse con el art. 1644 CCyC, que consagra la prohibición de realizar transacciones sobre derechos en los que se encuentra comprometido el orden público y sobre derechos irrenunciables. Dice la norma: *"Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar"*. La imposibilidad de transar recae no solo sobre el **derecho a los alimentos** en sí, sino también sobre las cuotas futuras.

Lo dicho no obsta la práctica habitual y recomendable de realizar convenios por los cuales alimentante y alimentado acuerdan o modifican el importe de la cuota de alimentos o la forma de cumplimiento. En estos casos, aunque el convenio fija el monto o la modalidad de pago, no se trata de una transacción que pone fin al litigio en el sentido del art. 1641 CCyC, sino que se procura clarificar y ordenar la forma de cumplirla evitando la intervención del juez. La obligación alimentaria solo se extingue por las causas que señala la ley, y el derecho alimentario no se halla sujeto a duda ni litigio.

El CCyC pone en valor este tipo de acuerdos. Dentro del marco de la solidaridad familiar, estimula la autonomía personal para la resolución de diversos tipos de conflictos entre los miembros del grupo familiar (arts. 434 y 438 CCyC). Aunque no existen

disposiciones específicas en relación con los parientes, una interpretación integradora del marco axiológico y normativo del derecho familiar apoya idéntica solución para los alimentos debidos entre ellos.

2.4. No puede ser cedido

En el CC, el art. 374 disponía la prohibición de transferir los alimentos "*por acto entre vivos*", mientras que el art. 1453 CC prohibía expresamente la cesión del "*derecho a alimentos futuros*".

El art. 539 CCyC incorpora expresamente en el título dedicado a los alimentos la prohibición de realizar transferencias del derecho alimentario por vía de la cesión.

2.5. No es susceptible de gravamen o embargo

El derecho a **reclamar o percibir** los alimentos no puede ser gravado ni embargado. Ello alcanza tanto a las sumas de dinero que se perciben como a los bienes que eventualmente se entregan, esto último en el caso de que la obligación se cumpla mediante una prestación en especie. Este carácter deriva de la naturaleza asistencial de la prestación alimentaria, y tiene por finalidad la protección de la persona que recibe alimentos, anteponiéndolo al eventual derecho al cobro que posean sus acreedores.

2.6. Es irrepetible

El artículo en comentario finaliza con la consagración de la irrepetibilidad del derecho alimentario. El alcance de esta prohibición tiene que ver con la imposibilidad de reclamar la devolución de lo percibido en concepto de alimentos, aun en el caso de que la sentencia definitiva niegue al alimentado el derecho a percibirlos, o haga lugar a la pretensión del alimentante de disminuir el monto o cesar la cuota. En sintonía con esta solución, la apelación de la sentencia que fija alimentos no tiene efectos suspensivos (art. 547 CCyC).

No obstante, el carácter irrepetible admite algunas excepciones en circunstancias procesales especiales; por ejemplo, si el obligado a abonar en efectivo una cuota alimentaria ha consignado la suma en el expediente y, por orden judicial, su empleadora ha depositado judicialmente el importe correspondiente a ese mismo mes, advertido el error, puede reclamarse la devolución. No admitirlo convalidaría un pago indebido o enriquecimiento sin causa del beneficiario.

Debe aclararse que este carácter no prohíbe que un alimentante demandado en juicio de alimentos pretenda obtener la contribución frente a otro coobligado concurrente o preferente —facultad conferida en forma expresa por el art. 546 CCyC—, ni que pueda repetir lo pagado por alimentos de los otros obligados, en proporción a lo que a cada uno le corresponde (art. 549 CCyC). Es decir, que la repetición no opera frente al acreedor alimentario pero sí contra otras personas coobligadas, a la manera de un reembolso.

ARTÍCULO 540.- ***Alimentos devengados y no percibidos.*** *Las prestaciones alimentarias devengadas y no percibidas pueden compensarse, renunciarse o transmitirse a título oneroso o gratuito.*

1. Introducción

El artículo enumera los caracteres de las cuotas devengadas y no percibidas. Su interpretación resulta complementaria y diferencial de lo dispuesto por el art. 539 CCyC.

La inalienabilidad expresada en el artículo anterior afecta al derecho a los alimentos —que constituye el fin de la relación alimentaria legal, pero no al objeto de la prestación, una vez actualizado este derecho—. Los alimentos ya devengados y no cobrados han dejado de servir a las necesidades vitales del alimentado; en consecuencia, ya no tienen el mismo carácter personal e indisponible del derecho alimentario.

2. Interpretación

La cuota alimentaria devengada y no percibida tiene una naturaleza diferente a la del derecho alimentario, se convierte en un crédito al que se le aplican las normas propias de las relaciones crediticias, sin que exista justificativo para brindar un tratamiento diferente del que les resulta aplicable a ellas.

La deuda alimentaria ha sido calificada como una deuda de "valor" con una finalidad específica: aportar recursos para la subsistencia de la persona, aunque necesariamente debe medirse en dinero en el momento de su cumplimiento, o cuando se practique la liquidación de la deuda y se la traduzca en una suma a pagar.[56]

Por tratarse de un crédito, el art. 540 CCyC autoriza en forma expresa la transmisión, compensación y renuncia de las prestaciones devengadas y no percibidas.

En efecto, el beneficiario de la prestación alimentaria, una vez vencidas las cuotas que tiene a su favor, puede celebrar un contrato de cesión que tenga por objeto la transmisión del dinero comprometido. En cambio, como se ha visto en el art. 539 CCyC, no puede hacerlo respecto de aquellas prestaciones aún no vencidas, pues ello importaría la nulidad del contrato.

La transmisibilidad del crédito alimentario devengado forma parte del contenido del caudal relicto en la sucesión del alimentado, y la falta de inherencia personal permite que sea exigido por vía subrogatoria por sus acreedores, por créditos surgidos de la satisfacción de necesidades alimentarias.

ARTÍCULO 541.- ***Contenido de la obligación alimentaria.*** ***La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación.***

1. Introducción

El artículo delimita el contenido de la prestación alimentaria entre parientes, que había sido motivo de controversias en el Código de Vélez ya que, conforme la redacción del art. 372 CC, se discutió si estaban comprendidas solo las necesidades elementales para la subsistencia (alimentos naturales), o si también se incluían los recursos para la educación y las necesidades morales y culturales (alimentos civiles). Cabe recordar que la norma decía: *"La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia,*

(56) Pizarro, Ramón y Vallespinos, Carlos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 1, Bs. As., Hammurabi, 2004 , p. 372.

habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades".

Aunque el art. 541 CCyC contiene una fórmula más restrictiva que la de los proyectos que lo antecedieron (1993 y 1998), es más amplia que el art. 372 CC. Ello es así porque incluye en forma expresa lo necesario para la educación, pero solo de las personas menores de edad; en cambio, no contempla los rubros de esparcimiento ni la educación de los alimentados mayores de edad. Como se observa, existe una importante diferencia con el alcance de la cuota alimentaria debida a los hijos (art. 659 CCyC).

2. Interpretación

2.1. Rubros comprendidos

La obligación alimentaria derivada del parentesco tiene un alcance menor que la que nace de la responsabilidad parental. Sin embargo, no debe pensarse que se limita solo a proporcionar recursos para una subsistencia en un nivel mínimo. Para su cuantificación, se toman en cuenta las condiciones socio-culturales del que la recibe, conjugándolas con las reales posibilidades del alimentante.

El texto ofrece una fórmula descriptiva, refiriéndose en primer lugar al sustento, que tiene relación con la comida que es indispensable para la vida, ya que la imposibilidad de consumirla debilita el cuerpo; también menciona la vestimenta. De igual manera, integra a la prestación alimentaria la provisión de habitación y los gastos necesarios para el sostenimiento de la vivienda. Se incluye también la asistencia médica que resulta imprescindible para el mantenimiento de la salud.

En relación con la educación, la obligación se encuentra limitada solo a las personas menores de edad, pero debe extenderse también a las personas con discapacidad de modo de permitir su desarrollo y formación integral. Ello es así porque la educación de estas personas suele prolongarse mucho más que la de los demás, y en ocasiones se extiende durante toda la vida mediante la asistencia a talleres protegidos o terapéuticos, centros de día para el desarrollo de competencias de autovalimiento, etc.

En conclusión, los alimentos que hacen a la subsistencia física de la persona tienen una duración temporal indefinida y se deben durante toda la vida del alimentado, a menos que concurra alguna de las causas de extinción previstas en el art. 554 CCyC. En cambio, aquellas prestaciones destinadas a la educación y al desarrollo intelectual son limitadas en el tiempo, pues se deben solo durante la menor edad del beneficiario, con la salvedad realizada en relación a las personas con discapacidad.

2.2. Determinación del monto

La determinación del *quantum* de la obligación depende de dos pautas rectoras impuestas por la ley:

a. las necesidades del beneficiario de los alimentos; y
b. las posibilidades económicas de quien se encuentra obligado a prestarlos.

En otras palabras, la obligación se extenderá a la necesidad, en concurrencia con la posibilidad. Se trata de parámetros sumamente relativos que dependen de las circunstancias concretas de cada caso ante la ausencia de criterios fijos para evaluarlos.

2.2.1. Las necesidades del beneficiario

El carácter asistencial de los alimentos entre parientes tiene incidencia con relación a los elementos a ponderar en el momento de determinar la prestación comprensiva de los rubros mencionados en el punto anterior. Debe responder a las condiciones de edad, estado de salud, situación socioeconómica del alimentado y, también, a las posibilidades que tenga de desempeñar alguna tarea remunerada.

2.2.2. La situación económica del alimentante

Este parámetro opera como un piso o límite para su estimación. A diferencia de los alimentos derivados de la responsabilidad parental (arts. 646; 658 CCyC ss. y conc.), no puede exigirse al alimentante que deje de atender a sus propias necesidades o las de su familia, ni la obligación de conseguir un trabajo más rentable o que trabaje mayor tiempo para contribuir a la subsistencia del pariente; lo dicho no implica que el reclamo no afecte en nada su situación económica, pues es de toda lógica que ello sucederá en la mayoría de los casos; lo que se quiere decir, es que esa afectación no debe ser tal que le imponga privaciones a él o su familia.

La falta de posibilidades económicas de un obligado a prestar alimentos no hace cesar el derecho alimentario del peticionante, sino que dará lugar a la obligación de otro pariente obligado en relación subsidiaria, siempre —claro está— que este tenga las posibilidades requeridas.

La capacidad económica del demandado debe acreditarse ya sea mediante prueba directa de sus ingresos o los bienes que componen su patrimonio, o bien mediante presunciones que son de gran utilidad en aquellos supuestos en que estos elementos no sean verificables en forma directa. Generalmente se admite la prueba de indicios que permite construir ciertas presunciones respecto de la posición social y económica del alimentante.

Es cierto que, por aplicación de las reglas de la carga probatoria, quien reclama debe probar los extremos en que funda su pretensión. Sin embargo, ante la dificultad para obtener prueba de los ingresos del alimentante, el deber de colaboración de los litigantes —que tiene gran trascendencia en los procesos de familia— permite la flexibilización de esta regla. En estos casos, la carga de la prueba no atiende tanto al carácter de actor o demandado, sino a la naturaleza de los hechos según sea la función que desempeñan respecto de la pretensión. Por ello, en algunas oportunidades resulta procedente la inversión de la carga de la prueba y, en consecuencia, hacer recaer sobre el alimentante la carga de aportar todos aquellos datos indicativos de su fortuna. Nadie puede dudar que él es quien se encuentra en mejores condiciones de arrimar estos elementos que acreditan su capacidad económica. En esta sintonía, el art. 710 CCyC, relativo a la prueba en los procesos de familia, expresa: "*La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar*".

ARTÍCULO 542.- ***Modo de cumplimiento.*** ***La prestación se cumple mediante el pago de una renta en dinero, pero el obligado puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, si justifica motivos suficientes.***

Los pagos se deben efectuar en forma mensual, anticipada y sucesiva pero, según las circunstancias, el juez puede fijar cuotas por periodos más cortos.

Fuente: Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

La norma establece la regla y su excepción. En principio, la obligación alimentaria se cumple en dinero, es decir, mediante la entrega al alimentado de una suma mensual; sin embargo, si el obligado lo solicita y justifica los motivos, puede satisfacerse de otra manera, o sea, mediante la satisfacción directa de las necesidades a la que está destinada la prestación (por ejemplo, el pago de cuotas de colegio, club, alquileres, expensas, compra de vestimenta, u otros). El art. 542 CCyC viene a suplir el silencio del CC en la materia; para ello, sigue la línea propuesta por el Proyecto de Código Civil de 1936 (art. 484, inc. 8) y el Anteproyecto de 1954, y toma como fuente directa el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

El segundo párrafo incorpora expresamente la naturaleza periódica de la obligación, la cual no se encuentra sometida a término ni consiste en una sola prestación con diferentes vencimientos parciales, sino en distintas obligaciones periódicas que van fluyendo, se devengan sucesivamente y son independientes entre sí, de modo que cada uno de los sucesivos periodos da lugar al nacimiento de una obligación distinta. En este aspecto, la norma recoge la práctica judicial de fijar los pagos en forma mensual, aunque admite lapsos más cortos teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Interpretación

2.1. Modo de cumplimiento

El modo de cumplimiento de la cuota puede ser acordado por las partes mediante un convenio; a falta de acuerdo, deberá ser fijado judicialmente. Existen diferentes hipótesis al respecto, a saber:

a. La fijación mediante acuerdo podrá contener el pago en dinero, las prestaciones en especie o una forma mixta (por ejemplo, una suma de dinero, más el pago del alquiler y los impuestos asumidos en forma directa por el alimentante). En caso de que el beneficiario sea una persona menor de edad, con capacidad restringida o incapaz, la forma elegida queda sujeta al control del juez y del Ministerio Público. Si, a criterio de ellos, resulta contraria a sus intereses superiores, puede ser objetada y modificada.
b. Si no hay acuerdo, se aplica la regla fijada en este artículo: la obligación debe pagarse en dinero. Sin embargo, se concede al obligado una posibilidad de pagarlos mediante alguna otra modalidad, lo que incluye la llamada prestación "en especie".

La prestación "en especie" ha sido concebida como una excepción que persigue fundamentalmente la eficacia del derecho alimentario, que es la finalidad última del sistema. Esta consiste en los pagos directos por parte del alimentante de los diferentes conceptos (colegio, club, impuestos, vivienda, cuenta de la farmacia, etc.). Esta modalidad es más fácil de aplicar para algunos rubros del contenido alimentario que para otros (tal como sucede con los alimentos en sentido estricto).

Para que el juez admita el pago en especie, el alimentante debe solicitarlo y justificar motivos suficientes, como por ejemplo, que la persona alimentada no se encuentra en condiciones de afrontar los pagos en forma personal, que destina el dinero recibido a otros fines que no sean satisfacer sus necesidades, etc. De este modo, la norma resuelve

la vieja controversia sobre quién es el facultado para disponer que la prestación no sea cubierta en dinero. Al respecto, algunas voces sostenían que la elección era del alimentado, pues lo contrario agudizaría la conflictiva familiar y haría más vejatorio el pago, más allá de la imposibilidad judicial de verificar el fiel cumplimiento de la obligación; otras, en cambio, afirmaban que debía permitirse la opción al alimentante, pues no habría motivos para hacer más gravosa su obligación.

En consecuencia, la forma de cumplimiento fijada en la sentencia o acordada por convenio homologado no puede modificarse unilateralmente por parte del alimentante. Por eso, no se admite que el obligado a pagar una suma de dinero no entregue el mismo y pretenda, luego, aplicar o "imputar" a su deuda las prestaciones realizadas en especie, los servicios que brindó o los pagos que hizo a terceros en relación con los rubros que integran el contenido de la obligación. Estas erogaciones deben considerarse simples liberalidades, salvo que las haya realizado para evitar un perjuicio cierto e inminente al alimentado, cuestión que será sujeta a valoración judicial. La imposibilidad de aplicar lo pagado en especie a la deuda en dinero rige para las cuotas devengadas luego de la sentencia o convenio que establece el monto y la modalidad de cumplimiento.

En cambio, quedarían a salvo los pagos realizados durante el trámite del juicio de alimentos hasta la sentencia; estos sí podrían ser imputados, siempre que se trate de los mismos rubros que, en definitiva fija, la sentencia (por ejemplo, los recibos de alquiler, si la cuota fijada comprende el rubro vivienda), pues hasta ese momento no existía una decisión judicial que impusiera una determinada modalidad de cumplimiento.

2.2. Periodicidad mensual anticipada

La obligación alimentaria es de naturaleza periódica o de "tracto sucesivo"; se trata de un caso de "prestaciones fluyentes", que se caracterizan por la existencia de un derecho principal que genera obligaciones independientes con cierta periodicidad y regularidad. Cada pago de los alimentos debidos debe ser efectuado en forma íntegra todos los meses ya que, por su naturaleza, está llamado a cubrir las necesidades actuales del sujeto beneficiario. Aunque nace de una causa o antecedente único, cada cuota es una deuda distinta.

En razón de la naturaleza de la prestación, su cumplimiento debe ser anticipado, tal como lo disponen numerosos antecedentes legislativos y el derecho comparado. Esta modalidad cuenta con arraigada tradición jurídica y es la que mejor responde al contenido de los alimentos entre parientes y a la situación de necesidad del alimentado. Al tratarse de una prestación asistencial, el beneficiario debe contar con los recursos necesarios para sostenerse en forma oportuna y previa, pues lo contrario la tornaría ineficaz.

En tanto se trata de obligados que perciben ingresos fijos (por ejemplo, asalariados), es de práctica que se reclame y se fije la cuota sobre la base de un porcentaje de sus ingresos; esto último a efectos de evitar que, por causa de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, la cuota quede desactualizada y sea necesario interponer, frecuentemente, incidentes de aumento para preservar su finalidad. De este modo, en general, la cuota estipulada en una suma de dinero fija queda reservada para el caso de que el alimentante trabaje por cuenta propia o presente irregularidades en su situación laboral que impidan determinar el monto de sus ingresos en forma fehaciente.

El derecho a los alimentos es imprescriptible, aunque por razones prácticas su pago se fija mensualmente. Se devenga día a día y corre en forma continua. Por ello, aunque la

imprescriptibilidad del derecho a reclamar alimentos no está prevista en ningún texto legal, cabe reconocerle este carácter.

Sin embargo, las cuotas devengadas e impagas prescriben por inacción del acreedor. Ello responde a la seguridad jurídica y a una realidad, a saber: aquel que no ha exigido el pago durante el plazo establecido por la ley demuestra que no lo necesita, y la necesidad es, en definitiva, la *ratio* última de toda prestación alimentaria.

En cuanto al plazo de prescripción para el reclamo de los alimentos atrasados, vigente el CC, se desarrolló un interesante debate. Algunos sostuvieron la aplicación del plazo decenal y otros el quinquenal; ambas posiciones dieron sus fundamentos, unos apoyados en el art. 4027 CC (regla específica para las prestaciones fluyentes), otros en el art. 4023 CC (prescripción de la *actio iudicata*). En consecuencia, las respuestas posibles para los alimentos determinados en una sentencia (sea condenatoria u homologatoria de un acuerdo) fueron: a) se aplica el plazo **decenal** para todas las cuotas devengadas (anteriores y posteriores a la sentencia); b) se aplica el plazo **quinquenal** para todas las cuotas devengadas (anteriores y posteriores a la sentencia); y c) se aplica el plazo decenal para las cuotas devengadas hasta la sentencia, y el quinquenal para los devengados después de la sentencia.

En principio, el CCyC no realiza modificaciones en relación con la dualidad de plazos y la dicotomía entre la *actio iudicata* y la prescripción de las prestaciones fluyentes, más allá de su abreviación, con lo que aquella vieja discusión se mantiene inalterada. Con relación a las prestaciones fluyentes, el art. 2562, inc. c, CCyC estipula la prescripción de dos años para el "*reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas*". Aunque no habla de "*atrasos*" como lo hacía el art. 4027 CC, no hay dudas de que las deudas por alimentos devengados y no percibidos se encuentran comprendidas en la fórmula "*todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos*".

ARTÍCULO 543.- ***Proceso.*** ***La petición de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión.***

Fuentes y antecedentes: Proyectos de Reforma del Código Civil de 1993 y 1998.

1. Introducción

En materia alimentaria, como en otras instituciones del derecho familiar, existe una especial zona de confluencia entre lo sustancial y lo procesal. Fondo y forma están en interacción permanente y se retroalimentan, y por eso el derecho procesal se articula para ofrecer las herramientas necesarias que permitan concretar el derecho sustancial de manera oportuna y eficaz.

El CCyC sigue la metodología de su antecesor, que incluyó normas procesales en la regulación de los alimentos. La naturaleza del derecho en juego y su directa relación con la dignidad de la persona imponen conservar en la normativa de fondo disposiciones relativas al procedimiento para obtener la prestación económica.

En este Capítulo no solo se mantienen las disposiciones relativas al proceso, contenidas en los arts. 375 y 376 CC, sino que además se incluyen otras que siguen la fuente de los proyectos de reforma de 1993 y 1998. El artículo en comentario es el primero de una serie de disposiciones que recogen los criterios sostenidos por la doctrina y las reglas

construidas mediante la praxis judicial, las cuales ofrecen elementos relevantes para lograr la igualdad real de los involucrados en las relaciones familiares, equilibrando así la situación de las personas más vulnerables.

Resultan aplicables, además, las normas introducidas en el Título VIII del Libro II, que recogen los principios procesales de familia emanados del derecho procesal constitucional, en procura de que los derechos reconocidos por el CCyC se materialicen en la realidad.

2. Interpretación

En los reclamos alimentarios el tiempo juega un rol central. Como los alimentos están destinados a cubrir necesidades actuales e impostergables que hacen a la subsistencia digna de la persona, se necesita que el aporte se concrete en forma urgente.

Para resolver el desafío de la sentencia oportuna, el art. 543 CCyC prevé que el trámite se encuadre dentro del procedimiento más breve establecido por la ley local, al mismo tiempo que prohíbe que se acumule a cualquier otra pretensión. De este modo, supera las críticas a la redacción del art. 375 CC, que se refería a un procedimiento "*sumario*".

La nueva formulación, sin designar el tipo de procedimiento, se limita a exigir que sea el más breve para que no se dilate el trámite por plazos demasiado extensos o por el ofrecimiento de pruebas innecesarias (muchas veces usadas como un medio disfuncional de controvertir la pretensión del actor). Ello no implica desconocer el derecho de defensa o la bilateralidad del proceso, sino evitar toda dilación inútil y perjudicial para la satisfacción del derecho alimentario. Los códigos procesales locales deben adecuar sus normas a estas disposiciones para evitar desviarse de la brevedad del proceso.

El juicio de alimentos se rige por los principios generales de los procesos de familia y las reglas enumeradas en el Título VIII del Libro Segundo, a partir del art. 706 CCyC. Entre otras, merecen destacarse las siguientes:

a. Los procesos de familia, y muy especialmente el de alimentos, deben respetar el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN).
b. Se aplica la regla de la inmediación que impone el contacto directo del juez con las personas que intervienen en el proceso, de modo que vea y escuche a las partes con el propósito de llegar a la verdad jurídica objetiva, lo que le permitirá alcanzar la solución más adecuada al conflicto familiar.
c. Como director del proceso, el juez cumple también un papel de acompañamiento a las partes; les informa sobre sus derechos y la mejor forma de resolver sus conflictos, la tiempo que fomenta la toma de conciencia de que lo que se decida repercutirá inexorablemente en el núcleo familiar.
d. Rige la regla de la oralidad que potencia el principio de concentración y, como consecuencia de ello, la celeridad y economía procesal.
e. La naturaleza de los derechos en juego y su trascendencia para la vida de las personas involucradas impone un cuidadoso respeto del principio de buena fe y lealtad procesal de los litigantes y sus letrados. Esta regla exige extremar la precaución para evitar el abuso del derecho, el dispendio jurisdiccional y la actividad recursiva excesiva con el fin de restringir al máximo los efectos perniciosos del litigio judicial para todos los actores involucrados. Por otra parte, la cooperación de los litigantes en el proceso es un elemento idóneo a la hora de dar valor o de interpretar sus conductas.

f. También tiene relevancia el principio de oficiosidad (art. 709 CCyC). Si bien la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional corresponde a los interesados mediante la interposición de la demanda, tal como sucede en los casos en los que está en juego la protección de las personas vulnerables (niños y adolescentes), el reclamo alimentario puede continuar sin necesidad de impulso de parte, pues la propia naturaleza del conflicto y los intereses involucrados impone que el juez ordene el procedimiento y lo oriente hacia su finalización.

g. Se fijan las reglas de la competencia. Cuando los beneficiarios son niños o adolescentes, le corresponde intervenir al juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida (conf. art. 716 CCyC). Con esta norma se supera la falta de previsión específica para el caso que traía el CC, aunque la cuestión había quedado zanjada porque, tras la reforma de la ley 23.515, la Corte Federal admitió que la opción múltiple contemplada en el art. 228 CC también se aplicaba al reclamo de alimentos del menor, permitiéndole de esta manera que ejerza la pretensión en el lugar donde habitaba con el progenitor que tenía la guarda.[57]

ARTÍCULO 544.- ***Alimentos provisorios.*** ***Desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales, y también las expensas del pleito, si se justifica la falta de medios.***

1. Introducción

El artículo prevé la fijación de alimentos provisorios, los que pueden peticionarse junto con el planteo principal o durante el transcurso del mismo. Replica lo dispuesto por el art. 375 CC.

Con estas prestaciones se pretende que la persona con derecho a los alimentos no sufra necesidades por la tardanza o mala voluntad del obligado, y que su derecho alimentario no se torne ilusorio ni afecte el desenvolvimiento de aspectos esenciales de su vida.

La norma también se refiere a las *litis expensas* que son los gastos que deben afrontarse para promover y tramitar el juicio de alimentos.

2. Interpretación

Los alimentos provisorios son prestaciones destinadas a hacer frente a las necesidades esenciales y urgentes de la persona que no pueden ser postergadas. Obedecen a un requerimiento indispensable para la supervivencia que no tolera los plazos que requiere el trámite corriente.

El art. 544 CCyC prevé un procedimiento rápido a fin de permitir la oportuna satisfacción de la prestación cuando el tiempo necesario para sustanciar los alimentos definitivos pueda tornar ilusorio su derecho. La pretensión puede interponerse junto con la demanda principal o durante el trámite de esta, y los alimentos provisorios se deben otorgar toda vez que se advierta la inequívoca verosimilitud del derecho a obtener la asistencia del demandado, y la existencia de elementos de prueba que *prima facie* revelen la posibilidad cierta de asumir la prestación.

(57) CSJN, "V., P. A. s/ inhibitoria", en *LL* 1988-D-71.

En rigor, para dar respuesta a esta urgencia, generalmente los sistemas procesales locales distinguen dos tipos diferentes de procedimientos:

a. los alimentos urgentes o de toda necesidad, que tramitan *inaudita parte*, y están destinados a solventar las necesidades vitales absolutamente impostergables; estos muchas veces están asociados a la adopción de medidas de protección de personas, como, por ejemplo, las tomadas en casos de violencia familiar. Atento el escaso material probatorio con el que se cuenta, la suma otorgada generalmente se limita a cubrir los gastos imprescindibles del alimentado que deben ser mínimamente acreditados.
b. los alimentos provisorios, que tienen un breve trámite contradictorio y se estipulan para regir mientras dure el proceso de alimentos definitivos. Estos pretenden cubrir las necesidades básicas, aunque no suponen la urgencia inmediata que existe en los alimentos de toda necesidad. Como aún no se ha reunido la totalidad de los elementos probatorios ni ha culminado el debate, el monto de la cuota se encuentra limitado a los gastos que *prima facie* surjan acreditados y sean impostergables. De ahí la importancia de acompañar mínimamente la prueba necesaria para acreditar esas necesidades.

Se ha sostenido que estas prestaciones tienen naturaleza cautelar en tanto persiguen evitar el peligro actual de que, luego, no pueda realizarse el interés sustancial. Sin embargo, en la mayoría de los casos están asociadas a lo que la moderna doctrina procesalista llama "tutela anticipada del actor", esto es, se solicita un "anticipo de jurisdicción" que permita obtener la satisfacción actual e impostergable del derecho alimentario, sin perjuicio de lo que se decida luego en el trámite principal.

Aun cuando generalmente el juicio de alimentos está exento de tributar tasa de justicia —y, por ello, en la mayoría de los casos no se solicita la fijación de una suma para atender *litis expensas*—, durante el transcurso de la causa puede surgir la necesidad de afrontar erogaciones significativas —como medidas que deben llevarse a cabo en otras jurisdicciones—, lo que justificaría su estipulación siempre que se acredite la falta de medios.

ARTÍCULO 545.- ***Prueba.*** ***El pariente que pide alimentos debe probar que le faltan los medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sea la causa que haya generado tal estado.***

Remisiones: ver comentarios a los arts. 541 y 543 CCyC.

1. Introducción

La norma estipula los recaudos probatorios para la procedencia de la obligación alimentaria entre parientes. No es suficiente la existencia del presupuesto subjetivo dado por el vínculo de parentesco, sino que la obligación deviene exigible solo circunstancialmente cuando concurren los presupuestos expresamente enunciados en este artículo, los que deberán ser acreditados en el juicio y valorados en cada caso por el juez que debe resolver.

2. Interpretación

Aunque la norma se refiere a la prueba en el juicio de alimentos, encierra en realidad la consagración de los requisitos de procedencia, tal como lo hacía el art. 370 CC. En consecuencia, para que prospere el reclamo el actor debe acreditar la falta de medios económicos suficientes para la subsistencia y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, siendo indiferente la causa que llevó a la necesidad; o sea, no desaparece el derecho

aunque la necesidad del pariente que peticiona los alimentos se deba a su prodigalidad o a su culpa.

La expresión "falta de medios económicos" hace referencia a la condición en la que se encuentra la persona que reclama los alimentos, a la que le resulta imposible proveerse de los recursos necesarios para subsistir. Es un concepto esencialmente relativo y sujeto a circunstancias de hecho que quedará circunscripto a la valoración judicial en cada caso, así como también dependerá de criterios tan diversos como la edad, la salud, la profesión, la condición social y la educación de la persona que los reclama.

La correcta interpretación de esta norma exige formular las siguientes consideraciones:

a. Si bien el artículo no lo dice en forma literal, deben acreditarse las necesidades que no pueden ser satisfechas por el alimentado; esta prueba es muy importante para determinar el *quantum* de la cuota a fijarse. En este sentido se observa una significativa diferencia con los alimentos derivados de otras fuentes legales. Tal es el caso de la responsabilidad parental, supuesto en que la situación de necesidad de los hijos es presumida y, por ende, no debe ser probada (sin perjuicio del deber de acreditar el *quantum* de los rubros, especialmente cuando tienen cierta entidad).

b. En la misma tesitura que el art. 370 CC, la procedencia de la acción requiere probar la existencia de una situación objetiva de insuficiencia de medios para afrontar las necesidades elementales, como también una situación subjetiva de imposibilidad de solventarlas decorosamente con su propio esfuerzo, lo que implica más que la falta de una ocupación remunerada, una limitación de tipo físico (enfermedad, edad) o social (comprobada situación de desocupación).

   Es decir que aunque el que reclama carezca de bienes o rentas, no tiene derecho a la prestación si tiene posibilidades de trabajar. Ahora bien, no es imprescindible que la imposibilidad de trabajar o la falta de medios sea absoluta. Si puede atender solo parcialmente algunas necesidades, la cuota podrá fijarse para afrontar aquellos rubros impostergables que no puede procurarse. Inclusive puede suceder que quien reclama alimentos sea beneficiario de una jubilación o pensión que resulte insuficiente para los gastos ordinarios de su subsistencia o para hacer frente a necesidades extraordinarias derivadas de enfermedades (medicamentos, intervenciones quirúrgicas etc.).

c. La última parte del artículo retoma lo dispuesto por el art. 372 CC, ya que no interesa la causa de esta imposibilidad de proveerse alimentos, ni que se deba a razones derivadas de su propia culpa o negligencia. En consecuencia, el alimentante no puede fundar su resistencia a la colaboración económica con el pariente necesitado en la prodigalidad, torpeza u otro accionar imputable al alimentado que lo haya llevado a la necesidad. De todos modos, cabe aclarar que rigen aquí los principios generales del derecho como la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo que imponen límite al accionar del pariente necesitado. Así, si se prueba que quien reclama ha tenido una conducta deliberadamente desaprensiva y que lo ha hecho teniendo en miras la facultad que le asiste de demandar a un pariente, no podría acogerse el pedido que se asienta en la mala fe y en un ardid destinado a perjudicar al pariente demandado.

d. La norma impone la carga de la prueba de estos extremos en cabeza del actor, de modo que más allá de la aplicación del principio a favor del alimentado, si no se acreditan estos presupuestos no procederá el reclamo alimentario.

Esta disposición debe articularse con las normas relativas a los procesos de familia que fueron reguladas en el Título VIII y recogen el principio *favor probationis* y de las cargas probatorias dinámicas explicadas en el art. 543 CCyC. A todo evento, el art. 710 CCyC expresa: "*Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar*".

e. Si bien el artículo bajo comentario no hace referencia a la prueba de las posibilidades económicas del alimentante, este también es un extremo a probar en el juicio de alimentos. Conforme se ha explicitado al comentar el art. 541 CCyC, la situación económica del demandado opera como un límite objetivo a la pretensión del actor.

ARTÍCULO 546.- ***Existencia de otros obligados.*** *Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance.*

Fuentes y antecedentes: art. 623 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

El artículo reúne diferentes situaciones posibles referidas a la existencia de más de un sujeto obligado a prestar los alimentos. Este tiene su fuente directa en el art. 623 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

La disposición faculta al demandado principal a invocar y probar que existen otras personas ubicadas en grado o línea de parentesco preferente sobre los que recae en forma exclusiva la obligación alimentaria, o bien que hay otros parientes en el mismo grado que él, pero que se encuentran en mejor situación económica para prestarlos en forma exclusiva, o en idéntica situación que él para prestarlos en forma mancomunada.

A diferencia de lo que sucedía en el CC, el nuevo derecho alimentario autoriza al demandado a requerir, en el mismo proceso, la concurrencia de estos otros parientes. En consecuencia, el sistema actual pretende evitar perjuicios injustos al pariente accionado, facultándolo a citar al mismo juicio a los coobligados, de modo que la sentencia los alcance.

2. Interpretación

La relación familiar que subyace a la obligación alimentaria entre parientes puede presentar diferentes variantes que es necesario considerar y que se desarrollarán a continuación.

2.1. Existe un pariente de grado más próximo que el demandado, con posibilidades de prestarlos

En primer lugar, el artículo se refiere al supuesto en que exista un pariente de grado preferente, conforme el orden dispuesto por los arts. 537 y 538 CCyC. Vigente el CC, se debatía sobre quién pesaba la carga de la prueba de la existencia de un pariente en grado preferente con posibilidades de prestarlos. Se formularon una serie de reglas que, aun cuando no eran absolutas ni aceptadas por todos, servían para solucionar algunos

problemas que esta situación generaba. De este modo, cuando el alimentado era una persona menor de edad, el criterio jurisprudencial predominante imponía la carga de demostrar la incapacidad económica del otro progenitor o la imposibilidad de demandarlo, al representante legal que formulaba el reclamo. En cambio, si el beneficiario era mayor de edad, se sostuvo la necesidad de distinguir entre los obligados en grado preferente (en ese entonces consanguíneos) y los afines, pues en el primer caso se estimaba razonable imponer la carga en el demandado con fundamento en la urgencia que asiste al reclamante y las dificultades que puede tener para producir esa prueba. En cambio, si el demandado era pariente por afinidad se hacía recaer sobre el actor la carga de la prueba de la inexistencia de parientes preferentes en condiciones de prestarlos.

El CCyC soluciona el tema, fija la carga de la prueba en el demandado, con independencia del vínculo de parentesco que subyace a la obligación y de la edad del alimentado. Esta decisión se funda en la naturaleza asistencial del derecho, la necesidad de obtener una sentencia oportuna y el principio *favor alimentorum* que exige evitar cargas demasiado complejas o imposibles de cumplir por parte de la persona que reclama la asistencia alimentaria.

2.2. Existe un pariente de igual grado en mejores condiciones de prestarlos

Los supuestos de existencia de parientes en igualdad de grado son varios. En el parentesco en línea recta, pueden concurrir abuelos y abuelas de distintas ramas, nietos entre sí, abuelos y nietos, etc. También puede tratarse de varios hermanos, ya sean unilaterales o bilaterales.

En este caso, lo que debe probarse, además del grado de parentesco —tal como lo dispone el último párrafo del art. 537 CCyC—, es que el otro pariente está en mejores condiciones de proporcionarlos, es decir, lo que importa es acreditar la capacidad económica de aquel que se pretende que venga a ocupar el lugar del demandado, quien en este caso será desplazado en el cumplimiento de la obligación.

El que reclama no tiene obligación de acreditar quién está en mejores condiciones y puede demandar indistintamente a uno, a algunos, o a todos los obligados en idéntico grado. En cambio, el demandado es quien tiene la carga de probar la existencia de un pariente en mejores condiciones de afrontarlos, con la celeridad que requiere el proceso de alimentos (art. 543 CCyC). En el caso de que la diferencia no fuera sustancial, podrá requerirse la contribución del otro, conforme lo dispone la última parte de la norma, sea en la misma proporción o en proporciones distintas, según las circunstancias del caso, como se explica en el punto siguiente.

2.3. Existen varios parientes en las mismas condiciones de prestarlos

También puede suceder que haya varios parientes obligados en los términos de los arts. 537 y 538 CCyC, que se encuentren en igual situación para prestarlos. En principio, la elección del demandado corresponderá al alimentado, quien reclamará a alguno de ellos, a varios o a todos. En este caso, pueden darse diferentes situaciones:

a. El actor demanda a todos los coobligados. En este supuesto, la obligación recae sobre todos en partes iguales, aunque el juez puede establecer diferencias teniendo en cuenta la cuantía de los bienes y las cargas familiares del obligado (art. 537 CCyC).

b. El actor demanda a uno o algunos coobligados. Si interpone su reclamo frente a uno o varios de ellos, existiendo otros posibles deudores, la última parte del artículo en comentario autoriza al demandado a citar a algunos o a todos los restantes para que la condena los alcance.

La disposición resulta útil porque contiene una solución ágil para un viejo problema. Dado que la acción de contribución resultaba admisible solo para las cuotas futuras, en tanto los alimentos eran irrepetibles, se discutió la posibilidad de que el demandado trajera al mismo juicio a otros posibles obligados para obtener la coparticipación en la cuota. Algunos daban una respuesta afirmativa y lo admitían en el mismo juicio por vía incidental, mientras que otros consideraban que una solución semejante debía rechazarse en tanto conspiraba contra la celeridad, la congruencia y alteraba toda la estructura del proceso.

2.4. Carácter mancomunado de la obligación alimentaria de los parientes

La obligación de los parientes que concurren al pago de los alimentos no es solidaria. La solidaridad debe estar dispuesta por ley (conf. art 828 CCyC), lo que no ocurre en este supuesto.

Si varios parientes han sido condenados al pago de los alimentos, sea por partes iguales, sea en cuotas diferentes, el acreedor solo puede reclamar a cada uno de ellos el pago de su parte dentro del total adeudado. Se aplican aquí las reglas propias de la mancomunidad de obligaciones que supone, por un lado, la existencia de deudas parcialmente distintas e independientes entre sí y, por el otro, que cada obligado se encuentra legitimado pasivamente solo en la porción que le corresponde.

La obligación alimentaria, en general, se fija en una suma de dinero y por ello es susceptible de cumplimiento parcial; cuando se debe en especie, comprende una variedad de rubros que también serían pasibles de ser afrontados por separado por los distintos obligados.

En principio, si hay varios obligados, la cuota se divide en partes iguales; sin embargo, tal como lo dispone la última parte del art. 537 CCyC, excepcionalmente el juez puede fijar diferencias teniendo en cuenta la cuantía de los bienes y las cargas familiares del obligado (distinguir, por ejemplo, entre un hermano soltero y otro con hijos, o entre un hijo profesional con buenos ingresos y uno que, no obstante tener buena situación económica, tiene un hijo con discapacidad, etc.). De esta manera se evita colocar al alimentado en una situación perjudicial que pueda afectar su propia vida y la de su familia, y se facilita el eficaz cumplimiento de la deuda.

ARTÍCULO 547.- ***Recursos.*** ***El recurso contra la sentencia que decreta la prestación de alimentos no tiene efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos puede ser obligado a prestar fianza o caución alguna de devolver lo recibido si la sentencia es revocada.***

1. Introducción

La sentencia que fija una cuota alimentaria, así como aquella que la rechaza, es revisable por vía de apelación. Lo relevante en el caso de los recursos planteados en contra de la sentencia de alimentos es la determinación de los efectos con que se conceden.

En cuanto al recurso extraordinario, los supuestos de procedencia en materia de alimentos se encuentran muy limitados. Debe recordarse que esto es doctrina de la Corte Federal, como así también que solo son sentencias definitivas, a los efectos del recurso extraordinario, aquellas que ponen fin al pleito o causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. La invocación de garantías constitucionales no excusa la falta de cumplimiento de ese requisito cuando los agravios pueden encontrar remedio en instancias posteriores.[58] Con frecuencia, la jurisprudencia federal ha considerado que los fallos que condenan el pago de alimentos no reúnen el requisito de la definitividad.[59] Así, ha sostenido que no se dirige contra una sentencia definitiva, o equiparable a tal, el recurso deducido contra la resolución que dispuso cautelarmente la reducción de la cuota alimentaria si no se justificó la imposibilidad de replantear las cuestiones propuestas.[60]

No obstante, se han admitido algunas excepciones con sustento en la naturaleza prioritaria de la prestación alimentaria. Así, se ha considerado definitiva la sentencia que priva del derecho de alimentos[61] y se abrió la vía extraordinaria para analizar la procedencia de los mecanismos de actualización en materia alimentaria.[62]

2. Interpretación

El art. 547 CCyC mejora la redacción del art. 376 CC al referirse al efecto no suspensivo de la apelación frente a la sentencia que fija una cuota alimentaria, lo que significa que los alimentos deberán satisfacerse con independencia de que la sentencia no se encuentre firme, y sin necesidad de que el alimentado ofrezca garantías en el supuesto de que el recurso prospere; el resto de la disposición replica la fórmula del artículo derogado. En consecuencia, si la sentencia fue favorable a la pretensión alimentaria, el alimentante debe comenzar a cumplir el pago en forma inmediata, pues la satisfacción de las necesidades alimentarias no admite suspensión ni dilación. En razón de ello, si el condenado no la cumple, el alimentado puede ejecutarla.

La sentencia que resuelve el recurso puede dar lugar a diferentes situaciones que es necesario analizar:

a. **Confirma la sentencia de grado**: en este caso, si el alimentante estaba pagando, deberá seguir cumpliendo en los términos de la sentencia. Si no lo hacía, la ejecución de la cuota comprende la retroactividad en los términos establecidos por el art. 548 CCyC.

b. **Acoge el recurso del alimentado y aumenta la cuota**: si el alimentante se encontraba cumpliendo, deberá cubrir, además, la mayor suma en los términos de la retroactividad establecidos en el art. 548 CCyC. En este caso, podrá fijarse una cuota complementaria. Si no cumplía, la ejecución se realiza sobre el nuevo monto fijado.

(58) CSJN, Fallos: 293:443, 534; 294:56; 295:701, 152; 310:681.

(59) CSJN, Fallos: 286:88.

(60) CSJN, "Parkinson, Amilcar Sergio c/ Kist, Angelina", 23/09/2003, Fallos: 326:3628.

(61) CSJN, Fallos: 295:846.

(62) CSJN, "De la Cruz de Sessa, Adela M. c/ Sessa, Alejandro Julio s/ divorcio 67 bis", 30/11/1993, en *JA* 1994-III-219.

c. **Admite el recurso del demandado y disminuye la cuota, dispone su cese o rechaza la demanda**: en este caso, atento a que el art. 539 CCyC estipula la irrepetibilidad de los alimentos, lo abonado por la suma que excede lo que en definitiva fue fijado en la sentencia no debe ser devuelto. Sin embargo, si el demandado no se encontraba pagando, no pueden ejecutarse las cuotas estipuladas en la sentencia de grado, sino solo por el importe que establece la sentencia firme. No parece razonable que prospere el reclamo cuando las circunstancias fácticas demostraron que la sentencia originaria no respondía a la realidad. Tampoco se admite que el demandado pretenda compensar o imputar lo pagado en exceso durante el trámite de la apelación, con las cuotas futuras, de conformidad con lo previsto en el art. 539 CCyC.

Por último, con relación a la apelación de otras resoluciones que no son sentencias, atento a que las disposiciones procesales facultan a la Cámara de Apelación (órgano regulador de su competencia funcional) a que, de oficio o a petición del interesado, revise el recurso y lo deniegue o modifiquen si fue mal concedido, es esta quien, en definitiva, decide si son o no apelables esas otras resoluciones y con qué efectos.

ARTÍCULO 548.- ***Retroactividad de la sentencia.*** ***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 desde los seis meses de la interpelación.***

Remisiones: ver comentario al art. 542 CCyC.

1. Introducción

El artículo consagra el efecto retroactivo de la sentencia de alimentos y fija la fecha a la cual se retrotrae la obligación de pagar la cuota, lo que elimina la posibilidad de soluciones dispares en las diferentes jurisdicciones locales. La cuestión no estaba resuelta en el CC, y daba lugar a diferentes interpretaciones.

La retroactividad de la sentencia no debe confundirse con la prescripción de la prestación alimentaria, tema que ha sido abordado en el art. 542 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

2. Interpretación

Ante el silencio del CC, y de conformidad con lo establecido por los Códigos de procedimientos locales, durante largo tiempo la doctrina sostuvo que la sentencia que fijaba la cuota alimentaria era retroactiva al día de la interposición de la demanda.

En efecto, el art. 644 CPCCN y el art. 641 CPCC Bs. As. estipularon: "*admitida la pretensión, el juez fijará la suma que considere equitativa y la mandará abonar por meses anticipados, desde la fecha de interposición de la demanda*". Con la entrada en vigencia de la ley 24.573, que dispuso el trámite previo obligatorio de la mediación, una interpretación integradora de ambas disposiciones llevó a entender que el efecto retroactivo de la sentencia de alimentos debía operar a partir del día de la mediación.[63] Más tarde, la ley 26.589, que modifica la 24.573, se refirió específicamente a la mediación familiar,

(63) CNac. Apel. Civ., Sala B, "B., S.M. c/ L., C. R. s/ alimentos - aumento de cuota", 19/10/1998, en *elDial.com* - AE1067; CNac. Apel. Civ., Sala J, "G. M. C. c/ M. S. D. s/ alimentos", 18/03/2009, en *elDial.com Express*, 06/05/2009.

con la mención —en el art. 31, inc. a— de las controversias que median sobre alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco, salvo los provisorios. Con ello no quedaron dudas de que la fecha de la retroactividad de la sentencia operaba a la mediación.

Del mismo modo se resolvió la cuestión en otras provincias en las cuales el trámite de mediación es una instancia previa al juicio de alimentos (por ejemplo, en Mendoza). La sentencia, en este caso, se remonta a la fecha de la audiencia fijada para intentar la autocomposición del conflicto.

El art. 548 CCyC consagra el efecto retroactivo de la sentencia al día de la interposición de la demanda o **de la interpelación al obligado por medio fehaciente** —que, como resulta obvio, comprende la instancia de mediación—. En consecuencia, conforme su tenor literal, el punto de partida de la obligación concreta se configura cuando el acreedor exige su derecho en forma fidedigna y comprobable. La norma no distingue entre el juicio principal de alimentos y el incidente de aumento de cuota alimentaria. En este supuesto, el beneficiario tiene la carga de iniciar la demanda en el plazo de seis meses desde que efectuó ese reclamo; este es un plazo razonable que persigue evitar que la excesiva demora para la interposición de la acción consolide un eventual ejercicio abusivo del derecho.

ARTÍCULO 549.- ***Repetición.*** *En caso de haber más de un obligado al pago de los alimentos, quien los haya prestado puede repetir de los otros obligados, en proporción a lo que a cada uno le corresponde.*

1. Introducción

Aunque los alimentos no son repetibles respecto del acreedor alimentario (conf. art. 539 CCyC), el art. 549 CCyC autoriza el ejercicio de la acción de repetición por parte de quien ha pagado los alimentos, contra otros coobligados.

La previsión normativa recoge las críticas formuladas al CC, que no lo permitía y solo autorizaba el reclamo de una "contribución" de otros obligados alimentarios para el futuro, pues esta no podía aplicarse a las cuotas vencidas, saldadas o no, y tampoco a los alimentos pasados durante el juicio (conf. art. 371 CC).

2. Interpretación

En el CC, el pariente que había prestado alimentos no podía pedir a los otros parientes, coobligados por ley, que le restituyan proporcionalmente lo aportado por él en la parte que correspondía a los otros. Si quería obtener una contribución para el futuro, estaba obligado a interponer la demanda por contribución; cuanto antes lo hiciera, más pronto obtendría la posibilidad de disminuir la cuantía de su aporte.

Esta solución había recogido merecidas críticas de diferentes sectores, pues colocaba al cumplidor en desventaja respecto de aquel otro coobligado que desconoció la necesidad de su pariente, cuestión especialmente grave cuando se trataba de alimentos derivados de la responsabilidad parental. En esta línea se encuentran varios precedentes judiciales, entre ellos, un fallo del Superior Tribunal de Entre Ríos que consideró inaceptable que el padre resulte beneficiado como consecuencia de haber mantenido una conducta por entero disfuncional y opuesta a derecho. Lo contrario consagraría un flagrante enriquecimiento sin causa, o en todo caso, con causa ilícita, ya que mediaría un injustificado

acrecentamiento del patrimonio paterno, un empobrecimiento sustancial del desarrollo del menor y el incumplimiento de un deber insoslayable operando como causa de esa transferencia patrimonial.[64] En otro precedente, el Superior Tribunal de Corrientes dijo: "*El derecho propio de la madre para reclamar el reembolso de lo que abonó a fin de satisfacer las necesidades de sus hijos es evidente. No se trata del derecho alimentario que, como bien se sabe, es por cierto personalísimo y no puede ser transmitido (art. 374, CC). Se trata de un crédito derivado del pago y por lo tanto comprendido en las normas generales de los arts. 727 y cc. del CC, en cuanto otorgan legitimación al tercero para solicitar y obtener el reintegro de lo abonado al acreedor; y también fundado en las disposiciones del pago por la subrogación legal, art. 768 inc. 2º del CC. Instituto complejo y dual, en el que anida una simbiosis de dos figuras distintas: a) un pago relativo y, b) una sucesión singular de derechos que beneficia al solvens y afecta al deudor, quien no puede aprovecharse sin causa legítima de ese pago, por el gran y eterno principio que impide el enriquecimiento incausado*".[65]

La nueva norma recoge el antecedente del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1993 que, en su art. 549, señalaba que "*en caso de existir más de un obligado al pago de los alimentos, quien los hubiese prestado podrá repetir de los otros en proporción a lo que a cada uno corresponde*", que luego repitió el art. 626 del Proyecto de Reforma de 1998.

En relación a los alimentos derivados de la responsabilidad parental, el art. 549 CCyC se complementa con lo dispuesto en el art. 669, párr. 2, CCyC, que confiere legitimación al progenitor que asumió el cuidado personal del hijo para reclamar por derecho propio la contribución por lo pagado en concepto de alimentos, que incluso va más allá de la fecha de retroactividad de la sentencia (*"Por el periodo anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente"*). Con buen criterio, ofrece una solución más justa para que aquel padre o madre que ha sostenido a los hijos ante el incumplimiento del otro, pueda repetirlo luego contra este; repetición que se resuelve en un reintegro de las sumas que ha abonado el progenitor conviviente y que es proporcional a lo que, en definitiva, se decida sobre lo que corresponde pagar a cada uno.

La acción de repetición de los alimentos pagados contra el coobligado alimentario tiene un plazo de prescripción breve —un año—. El art. 2564, inc. e, CCyC establece que prescriben al año *"los reclamos a los otros obligados por repetición de lo pagado en concepto de alimentos"*. Aunque la norma no lo dice, por aplicación de los principios de la prescripción liberatoria, el plazo de la prescripción debe comenzar a correr desde el día en que el reclamante ha realizado los pagos cuyo reembolso solicita.

ARTÍCULO 550.- ***Medidas cautelares.*** ***Puede disponerse la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. El obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes.***

(64) STJ Entre Ríos, "S. N. A. - B. G. S. s/ Divorcio (Incidente Ejec. de Convenio por alimentos)", 27/05/2003.

(65) STJ Corrientes, C09 6772, 15/10/2010, en Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel Molina de Juan (dirs.), *Alimentos*, t. 1, Bs. As., Rubinzal - Culzoni Editores, 2014, p. 161 y ss.

1. Introducción

La cuestión de la eficacia —o ineficacia— de las resoluciones judiciales que condenan al pago de una cuota alimentaria es siempre un motivo de preocupación para los operadores jurídicos. Con excesiva frecuencia, los obligados al pago son remisos a su cumplimiento o incurren en el incumplimiento liso y llano.

La norma ofrece la posibilidad de adoptar medidas asegurativas del pago de alimentos hacia el futuro, cualquiera sea su naturaleza (provisionales, definitivos o fijados por convenio).

Se encuadra en el principio constitucional procesal del derecho a la tutela judicial efectiva, que requiere que la sentencia dictada en el juicio de alimentos se cumpla en tiempo oportuno, pues los alimentos son siempre urgentes. Antes de la sanción del CCyC, se estructuraron diferentes estrategias para garantizar al acreedor alimentario la satisfacción de su derecho, tratando de recurrir a vías rápidas y lo menos complicadas posibles, algunas de las cuales han sido recogidas expresamente por el CCyC.

2. Interpretación

Paradojalmente, la falta de pago íntegro y oportuno de la cuota alimentaria responde muchas veces a cuestiones que trascienden el tema económico y reflejan un profundo problema cultural derivado de la falta de conciencia personal y social sobre el real perjuicio que provoca la renuencia al cumplimiento, especialmente cuando los beneficiarios son niños, adolescentes o personas con discapacidad.

La eficacia de la sentencia de alimentos entraña un doble accionar, que implica:

a. **El cumplimiento oportuno**: en primer lugar, debe procurarse que la sentencia se cumpla en tiempo y forma. Es decir, hay que desarrollar todas las estrategias posibles para evitar llegar al incumplimiento, porque diferir el problema a la etapa de ejecución implica reconocer y aceptar la posibilidad de que la justicia llegue tarde.

b. **Los mecanismos de ejecución forzada**: en segundo lugar, deben ofrecerse mecanismos para obtener el cumplimiento forzado de la obligación, que muchas veces trascienden los comúnmente utilizados para otros incumplimientos. Como en toda sentencia de condena, ante la falta de pago el acreedor está facultado para requerir su cumplimiento y solicitar las medidas de ejecución pertinentes, pero estas medidas no siempre son útiles cuando se trata de alimentos.

El CCyC se hace eco de esta problemática y estructura un plexo normativo orientado a la garantía de cumplimiento de la obligación alimentaria. El art. 550 CCyC integra este sistema y autoriza así la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. Su aplicación persigue evitar el incumplimiento. De este modo, cuando exista riesgo de que el obligado se declare insolvente para eludir el pago de la cuota alimentaria, incumplimientos anteriores o concurrencia de causales objetivas que tornen incierta la percepción de la cuota, podrá solicitarse la fijación de medidas cautelares típicas, el embargo de utilidades si el deudor es titular de acciones, la designación de un interventor recaudador con facultades para acceder al establecimiento, controlar ingresos de caja y retener sumas de dinero, etc.

Sin perjuicio de lo expuesto, también pueden trabarse medidas cautelares para garantizar la ejecución de los alimentos impagos.

En forma expresa, y siguiendo la fuente del art. 628 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, la norma dispone que el deudor puede ofrecer la sustitución de la medida trabada por otras garantías que resulten suficientes, las que deberán ser valoradas por el juez para evitar que esta sustitución opere en desmedro del derecho alimentario.

ARTÍCULO 551.- ***Incumplimiento de órdenes judiciales.*** *Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor.*

1. Introducción

De igual forma que en el artículo anterior, la norma evidencia la preocupación del legislador por la eficacia de la sentencia que fija una cuota alimentaria.

Está dirigida a ciertos terceros que, por disposición judicial, deben actuar colaborando con la justicia para la retención de la suma alimentaria. Puede tratarse del empleador, quien debe descontar el importe de la cuota del sueldo o de las sumas que por cualquier concepto deba pagar el obligado; o de un deudor del obligado, a quien se le ha impuesto la obligación de retener parte de su deuda y, en lugar de entregársela a su acreedor, depositarla judicialmente para que sea afectada a la subsistencia del alimentado.

2. Interpretación

La disposición estipula la responsabilidad solidaria de terceros (deudores del alimentante) para el caso de que incumplan la orden judicial de depositar la suma de dinero correspondiente a los alimentos debidos por su acreedor (laboral o por otra causa).

La responsabilidad solidaria prevista por la norma solo resulta aplicable cuando la forma de cumplimiento establecida sea en dinero y no para el caso en que se hayan dispuesto en especie, pues no sería compatible con su naturaleza.

Aunque contempla otros supuestos, la norma está esencialmente orientada a aquellos casos en que se implementa lo que la doctrina ha llamado "retención directa de haberes". Se trata de una medida que solo es operativa en aquellos casos en los que el alimentante trabaja en relación de dependencia y mediante la cual el juez ordena al empleador "retener" mensualmente el haber que debe abonar a su empleado —deudor alimentario— el importe correspondiente a la cuota de alimentos fijada, descontándolo del salario y depositando los fondos directamente en una cuenta a favor del alimentado; puede tratarse de una suma fija o de un "porcentaje" de los haberes que deba percibir el deudor de los alimentos. El mecanismo no pretende sancionar la mora del obligado, sino evitar el riesgo del incumplimiento con el fin de procurar el pago oportuno de la prestación.

En doctrina se ha debatido la naturaleza de esta figura. Una corriente se pronunció por calificarla como típica medida cautelar de embargo preventivo, razón por la cual para su admisibilidad deberían configurarse todos los requisitos de las medidas cautelares, y el deudor alimentario debería haber incurrido en incumplimientos reiterados, no siendo aplicable si el alimentante es cumplidor. Otros se inclinaron por considerarla una simple modalidad de pago que tiende a hacer más regular y eficaz el procedimiento de cobro de la cuota; descartan la naturaleza cautelar, y por ende, la exigencia de que se configuren sus presupuestos propios.

Calificar la retención directa de haberes como una simple modalidad de pago, y no como un supuesto de embargo, tiene importantes ventajas prácticas, entre otras:

a. simplifica los requisitos de admisibilidad, sin que sea necesario acreditar peligro en la demora;

b. supera la vieja discusión sobre la aplicabilidad o no de los porcentajes topes de embargabilidad de los salarios, y permite disponerla con independencia del porcentaje del salario que represente, siempre dentro del marco de la prudencia y razonabilidad;

c. permite el cumplimiento oportuno del pago, por lo que el alimentado recibe la cuota al mismo tiempo que el alimentante el resto del salario;

d. brinda certidumbre sobre su cobro y confiere previsibilidad para que el alimentado organice sus gastos;

e. no representa perjuicios ni incide negativamente sobre el alimentante porque no se aplica como una sanción;

f. si se fija en un porcentaje de los haberes, permite ajustar la cuota conforme el movimiento de salarios ya que se retiene directamente la porción estipulada; con esto se evita todo tipo de incidencias de modificación de la cuota.

La novedad que trae el Código es que, conforme el art. 551 CCyC, se involucra a un tercero, el empleador, a quien se hace solidariamente responsable por el incumplimiento de la orden judicial. En otras palabras, en caso de ser renuente para realizar el depósito, el acreedor alimentario podría reclamarle al tercero el pago de los montos no retenidos, sin perjuicio del derecho del empleador de repetir luego contra su empleado.

Idéntica regla se aplica cuando quien debe retener los importes de su deuda y depositarlos a favor del alimentado es un deudor del alimentante por otra causa (por ejemplo, el locatario de un inmueble respecto del cual el locador es el alimentante).

ARTÍCULO 552.- ***Intereses.*** *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.*

1. Introducción

La norma introduce una regla no contenida en el CC. Consagra en forma expresa la obligación de pagar intereses para el caso de incumplimiento de la prestación alimentaria.

La solución es razonable en tanto, durante el tiempo que duró el incumplimiento, el deudor ha hecho uso del dinero en su propio beneficio y probablemente el acreedor ha tenido que recurrir a préstamos para satisfacer sus necesidades, o pagar recargos por la demora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Asimismo, resuelve una vieja discusión sobre la tasa de interés que corresponde aplicar y fija la *"equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes"*, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso. Es decir que brinda una pauta objetiva, a la que suma un elemento sujeto a la discrecionalidad judicial.

2. Interpretación

La admisión de los intereses aplicables a las deudas de alimentos tuvo como importante antecedente un fallo plenario dictado en el año 1976 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que estableció que "*las deudas de alimentos devengan intereses: a) a partir del plazo fijado en la sentencia para el pago de las cuotas, respecto de las posteriores a aquélla, b) a partir de la constitución en mora desde el vencimiento de cada periodo, respecto de las anteriores*".[66] Este plenario permitió superar aquella antigua corriente jurisprudencial que sostenía que las cuotas alimentarias adeudadas no devengaban intereses sobre la base del falso argumento de que estaban destinadas a proveer las necesidades elementales del alimentado, y no a proporcionarle réditos. Claramente, esta posición beneficiaba al deudor de alimentos y perjudicaba al alimentado quien, a su vez, probablemente había tenido que contraer deudas con intereses, o bien sufrir recargos en sus gastos por el retraso en los pagos. Kemelmajer de Carlucci en su comentario laudatorio al plenario argumentó que negar los intereses al acreedor "*produce una gran injusticia; favorece al deudor impuntual en detrimento de los legítimos derechos del necesitado*".

En el mismo año del fallo plenario, las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil recomendaron: "*De lege lata: 1) Las cuotas alimentarias devengan intereses moratorios; 2) Los intereses sobre las cuotas alimentarias corren a partir de la notificación de la demanda, mes a mes, desde el momento en que cada cuota se hubiera debido pagar. En caso de que hubieran sido fijadas convencionalmente, corresponderán desde la mora en el pago; 3) Las facilidades admitidas para abonar los alimentos e intereses moratorios devengados durante la sustanciación del juicio en cuotas suplementarias no obstan al pago de intereses compensatorios durante los plazos acordados*".

Se ha discutido la tasa que corresponde aplicar a las deudas alimentarias. Quienes postulaban la aplicación de la tasa pasiva se fundaron en que los intereses son la consecuencia necesaria del incumplimiento en tiempo oportuno de la obligación y tienen por objeto resarcir el lucro que el acreedor hubiera obtenido de haber realizado una inversión que generara una renta. Sin embargo, no es razonable pensar que el acreedor alimentario va invertir lo percibido, sino que es evidente que las cuotas están orientadas a cubrir una necesidad imperiosa que debe ser cumplida en término, y que si no se abonan obligan al acreedor a recurrir a un crédito, cuya tasa de interés es la tasa activa. Por eso, el CCyC recoge la tendencia jurisprudencial orientada en este sentido.[67]

Si bien los intereses no constituyen técnicamente una sanción, el eventual perjuicio económico que provoquen en el deudor remiso podrá coadyuvar a que en el futuro se decida a cumplir con lo debido en forma oportuna.

ARTÍCULO 553.- ***Otras medidas para asegurar el cumplimiento.*** *El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia.*

(66) CNac. Apel. Civ., en pleno, "M. de M. I. c/ M. R. O.", 14/07/1976, en *LL* 1976-C 174; *JA* 1976 III 642.

(67) Ver, entre otros, SCJ Mendoza, "Aguirre Humberto por sí y por su hijo menor en J: 146.708/39.618 Aguirre Humberto c/ OSEP p/ Ejec. Sentencia s/ Inc. Cas.", 28/05/2009, en *ED* 233-501; *Revista del Foro*, nº 99, p. 59.

1. Introducción

La disposición opera a la manera de cierre del plexo normativo orientado a la eficacia de la sentencia de alimentos.

Se trata de una norma abierta que faculta al juez para disponer "medidas razonables" para asegurar el cumplimiento de lo fijado en la sentencia. Esta disposición tiene su fuente en el derecho comparado, y también en las experiencias de las legislaciones provinciales, los aportes de la doctrina y alguna jurisprudencia que la despojó de las rígidas estructuras procesales y se animó a implementar estrategias más creativas.

2. Interpretación

Como se ha visto al comentar los artículos anteriores, el acreedor alimentario cuenta con todas las vías de ejecución que reconocen los sistemas procesales para lograr la satisfacción de su derecho.

La norma en comentario se refiere a "otras medidas", por lo que está abierta a la creatividad de los operadores jurídicos en proponerlas, y a la razonabilidad del juez al aplicarlas. Entre otros mecanismos, pueden señalarse los que se desarrollarán a continuación:

2.1. Sanciones conminatorias

La finalidad de las astreintes o sanciones conminatorias es hacer efectivas las decisiones judiciales frente a la renuencia injustificada de sus destinatarios mediante una condena pecuniaria. Es una herramienta de altísimo valor y de suma utilidad para compeler el cumplimiento de cualquier deber jurídico, obligacional o de otra índole. El art. 804 CCyC—que sustituye al art. 666 bis CC— establece expresamente que: *"Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder".*

Si bien se ha dudado de la procedencia de las astreintes cuando se trata de créditos que pueden satisfacerse por otros medios más directos, las particularidades de la obligación alimentaria permiten apartarse de esta conclusión y utilizarla para garantizar su eficacia.

Estas condenas pecuniarias pueden aplicarse para forzar al deudor alimentario al cumplimiento oportuno, fijándose en un porcentaje de la cuota que se devenga por día a partir del primer día de retraso de cada periodo, una vez notificada y ejecutoriada la resolución que las impone.

2.2. Los registros de deudores alimentarios

En algunas jurisdicciones provinciales se ha dispuesto la creación de registros de deudores alimentarios morosos. Entre otras consecuencias, las leyes provinciales estipulan que los inscriptos en estos registros no pueden obtener licencias o permisos de las instituciones u organismos públicos provinciales, ni ser designados como funcionarios jerárquicos en la administración pública, o ser proveedores de ningún organismo del Estado, como tampoco pueden ser postulantes a cargos electivos de la provincia, desempeñarse como magistrados o funcionarios del Poder Judicial, obtener viviendas sociales, etc.

De modo que, ante el incumplimiento de la obligación alimentaria durante ciertos periodos —continuados o alternados—, puede peticionarse que se ordene la inscripción en dichos registros del condenado al pago de los alimentos. Se trata de otro instrumento que tiene por finalidad constreñir al deudor al pago de la cuota establecida por sentencia o convenio, a fin de evitar que el beneficiario sea colocado en una situación de desamparo.

La inscripción procede toda vez que se cumplan los requisitos objetivos señalados por las normas provinciales que crean estos registros, a saber: incumplimiento de la obligación y plazo. Para disponer la inscripción, el juez evalúa circunstancias subjetivas, pues la medida no deriva ni de la malicia en el obrar ni de la intención de no cumplir, sino de la comprobación de un dato objetivo que se ha configurado en la especie.

2.3. El incumplimiento alimentario como causal de indignidad

Si bien la ejecución de la sentencia y la adopción de medidas idóneas para garantizarla no operan a título de sanción, tratan de promover la eficacia de las resoluciones judiciales, el CCyC prevé sanciones para el incumplidor alimentario en determinadas circunstancias.

Así, el art. 2281, inc. e, CCyC del establece como causal de indignidad: *"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"*; dicho inciso sustituye el art. 3296 bis CC que disponía la indignidad del padre o madre para suceder al hijo si no le hubiera prestado alimentos durante la menor edad.

2.4. Otras medidas posibles

En nuestro país, algunos pronunciamientos judiciales han dispuesto otro tipo de medidas para compeler al pago de los alimentos, por ejemplo, la restricción para salir del país. El Tribunal Colegiado de 5ª Nom. de Rosario, en sentencia del 29/10/2010, prohibió salir del país al progenitor alimentante que incumplió la cuota alimentaria a favor de su hijo matrimonial, fijada por sentencia firme, después que se hizo la denuncia penal y se inscribió al demandado en el registro de deudores morosos, todo infructuosamente.[68]

En el derecho comparado, algunos sistemas establecen en forma expresa restricciones migratorias como, por ejemplo, la Ley de Pensiones Alimentarias de Costa Rica que indica: "*Ningún deudor de alimentos obligado a pagar prestación alimentaria, podrá salir del país salvo si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa o si ha garantizado el pago de, por lo menos, doce mensualidades de cuota alimentaria*" (art. 14). El Código de Familia de El Salvador, cuyo artículo relativo a la solvencia de la prestación alimentaria ha sido recientemente reformado, dispone que acreditar el cumplimiento de la obligación alimentaria es requisito para diferentes actos —como, por ejemplo, la renovación del pasaporte, licencia de conducir, tarjeta de circulación, contratación de préstamos mercantiles, etc. (conf. art. 253 A)—. El art. 258, por su parte, se ocupa de la restricción migratoria, facultando al juez o al procurador de la República a disponer, a petición de parte, que la persona obligada al pago de alimentos provisionales o definitivos por sentencia, resolución administrativa o convenio no pueda salir del país mientras no caucione previa y suficientemente dicha obligación.

(68) Trib. Coleg. Flia. 5ª Nom., "P., A. J. c/ R., G. A.", 29/10/2010, con nota adversa de Kielmanovich, Jorge, "¿Prohibición de salida del país contra el deudor alimentario?", en *LL*, boletín del 08/02/2011.

ARTÍCULO 554.- ***Cese de la obligación alimentaria.*** *Cesa la obligación alimentaria:*

a. *si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad;*
b. *por la muerte del obligado o del alimentado;*
c. *cuando desaparecen los presupuestos de la obligación.*

La pretensión de cese, aumento o reducción de los alimentos tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

Remisiones: ver comentario al art. 434 CCyC.

1. Introducción

La disposición enumera las causales de cese de la obligación alimentaria. Algunas de ellas operan de pleno derecho, mientras que otras requieren de una declaración judicial.

El último párrafo se refiere al procedimiento aplicable para tramitar el cese, o bien la modificación de la cuota fijada, sea para obtener su aumento o su reducción.

2. Interpretación

2.1. Cesación de la obligación alimentaria. Causales

La primera parte del artículo enumera las causales de cese de la obligación alimentaria. En tanto la muerte del obligado o del alimentado opera de pleno derecho, la desaparición de los presupuestos de la obligación o la configuración de alguna causal de indignidad deberán ser resueltas judicialmente.

2.1.1. Indignidad. Cese a título de sanción

El inc. a prevé la indignidad como motivo de cesación de la obligación alimentaria, y remite a las causales de indignidad que se encuentran reguladas en el art. 2281 CCyC, en la parte de las sucesiones. Para el CCyC, incurren en indignidad para 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".*

Esta disposición recoge una causa de extinción de la obligación, de larga tradición jurídica. De este modo, aunque subsistan las necesidades del alimentado, su derecho a

percibir alimentos por parte del condenado al pago cesa si incurre en alguno de los supuestos enunciados, debiendo, en todo caso, formular su demanda contra otro obligado alimentario.

El art. 554 CCyC sustituye el art. 373 CC que estipulaba la cesación solo para el caso de que los ascendientes en relación con sus descendientes, o viceversa, cometieran un acto "*por el cual puedan ser desheredados*". Además, ahora se aplica también para los hermanos y los afines, quedando resuelta toda discusión al respecto. Se trata de una suerte de caducidad del derecho a obtener alimentos, del cual gozaba el alimentado respecto del pariente que lo asistía.

2.1.2. Muerte del obligado o del alimentado. Principio de intransmisibilidad

El inc. b responde al carácter de inherencia personal de la obligación alimentaria; tanto el derecho como la obligación son exclusivos de las personas del acreedor y deudor, y no se transmiten a los herederos, así como tampoco puede ser exigido por vía subrogatoria.

Sin embargo, el alcance de la intransmisibilidad sucesoria debe ser bien entendido.

Lo que no se transmite es el derecho a los alimentos, es decir, los sucesores del alimentado no pueden ejercer la acción de alimentos para aumentar la cuota, ni continuar cobrándola luego del fallecimiento del beneficiario. En cambio, el derecho pecuniario sobre cuotas ya vencidas que está incorporado al patrimonio del fallecido integra el caudal relicto, y puede ser exigido por los sucesores. También podrían ejercer el derecho de su deudor al cobro de cuotas devengadas los acreedores del alimentado fallecido.

Tampoco se transmite la obligación alimentaria. Sin embargo, los herederos del alimentante deben hacer frente a las cuotas devengadas e impagas antes del fallecimiento, que perdieron inherencia personal y se transformaron en una obligación transmisible (art. 540 CCyC).

Esta regla tiene una única excepción para el caso de la obligación alimentaria posterior al divorcio contemplada en el art. 434 CCyC. Cuando los alimentos son fijados en beneficio del excónyuge que padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse, *"si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos"*, tal como se explica al comentar el artículo referido.

2.1.3. Extinción de los presupuestos de procedencia

La obligación alimentaria también cesa si desaparecen los presupuestos de procedencia analizados más arriba y, muy especialmente, las necesidades del beneficiario. De modo que el mejoramiento de la fortuna del alimentado hace desaparecer el requisito esencial para que se mantenga la cuota, y determinará su extinción, que no opera de pleno derecho, sino que debe demostrarse en un proceso judicial.

Debe recordarse que en el sistema argentino, la culpa en la situación de necesidad del alimentado no tiene incidencia ni para la procedencia de la cuota ni para su cesación, a diferencia de otros sistemas como el español, que en el art. 152, inc. 5, establece que cesan los alimentos "[*c]uando el alimentado sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa*".

La obligación también puede extinguirse en forma relativa, solo respecto del deudor, cuando han acaecido circunstancias que han llevado a su empobrecimiento y le impiden prestar los alimentos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. En este caso, el acreedor podrá iniciar un nuevo proceso en contra de otros parientes obligados

con capacidad económica para responder por los alimentos, o bien, si existían varios condenados al pago en forma mancomunada, solicitar que la parte de aquel que ya no está en condiciones de prestarla, se distribuya y sea asumida por el o los otros.

2.2. Trámite para el cese o modificación de la cuota alimentaria

Las cuotas de alimentos fijadas no son definitivas y siempre son susceptibles de modificación pues se encuentran sujetas al principio *rebus sic stantibus.*

En efecto, es posible variar la cuota fijada por sentencia, como aquella estipulada mediante un convenio, ya sea por acuerdo de partes homologado o en el marco de un proceso judicial.

La solución parte del reconocimiento de que la obligación alimentaria es esencialmente variable e indeterminada en el tiempo. No se puede establecer *a priori* su duración ni tampoco en forma definitiva su cuantía —que siempre estará supeditada a los presupuestos de procedencia, que son dinámicos y están sujetos a múltiples circunstancias de la vida personal—. Tanto las necesidades del alimentado como las posibilidades del alimentante constituyen una cuestión de hecho a dilucidar en cada supuesto concreto. Consecuentemente la sentencia que determina la cuantía de la prestación es esencialmente revisable cuando varíen los presupuestos que se tuvieron en cuenta para determinarla.

El último párrafo se limita a reiterar la posición ya anticipada sobre la brevedad del trámite procesal para instrumentar la pretensión. El art. 650 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación le aplica el trámite de los incidentes.

En cuanto a sus efectos, la sentencia que ordena el aumento es retroactiva de conformidad con lo dispuesto en el art. 548 ya comentado, que no hace distinciones; en cambio, la que ordena la disminución produce efecto hacia el futuro a partir del momento en que queda firme.

SECCIÓN 2ª(*)

Derecho de comunicación

ARTÍCULO 555.- ***Legitimados. Oposición.*** *Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.*

1. Introducción

El parentesco es también fuente de un derecho de gran trascendencia: el derecho de comunicación. En primer término, el CCyC le dedica una sección exclusiva a este derecho/deber que en su momento se lo denominaba "derecho de *visitas*". Se trata de un derecho que observa conflictos propios y que se funda, entre otros, en el derecho de todo niño a mantener vínculo con ambos progenitores (art. 18 CDN), con los parientes y, en definitiva, todo referente afectivo; de allí que su admisión deba ser aceptada, excepto que se pruebe que ello sea perjudicial para la persona con quien se pretende restablecer la comunicación.

(*) Comentarios a los arts. 555 a 593 elaborados por Marisa Herrera.

El artículo establece el régimen de comunicación entre parientes y enumera quiénes son los sujetos involucrados, quiénes tienen el derecho/deber de comunicación recíproco, y quiénes deben respetar, o no obstruir/impedir, el derecho de comunicación.

Tal como surge del articulado en análisis, la protección del derecho de comunicación involucra a los siguientes actores:

1. quien o quienes solicitan este derecho/deber de comunicación (sujetos activos);
2. las personas con las cuales se pretende mantener un contacto personal o hacer valer el derecho/deber de comunicación, que pueden ser menores de edad o mayores —aunque, en este último supuesto, debe tratarse de personas incapaces, enfermas o imposibilitadas— (sujetos pasivos); y
3. quien o quienes deben respetar este derecho/deber —por lo general, uno de los progenitores— (a quienes podríamos considerar terceros interesados).

2. Interpretación

El CC regulaba el derecho de comunicación en su art. 376 bis —incorporado por la ley 21.040/1975, al final del Título VI, dentro del Capítulo referido a los Derechos y obligaciones de los parientes—, que decía: *"Los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces o quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso"*. Esta regulación observa algunas críticas terminológicas como así también de fondo o contenido, las cuales fueron tenidas en cuenta al regular el derecho de comunicación entre ciertos parientes en el CCyC.

El régimen de comunicación es un derecho/deber que consiste en la vinculación periódica y de manera asidua entre dos personas unidas por un determinado grado de parentesco. Asimismo, el derecho de comunicación está reconocido a favor de personas menores de edad y personas con capacidad restringida o que padezcan una enfermedad, en situaciones donde la comunicación no se desarrolla de forma fluida por determinadas situaciones conflictivas por las cuales una persona impide u obstruye la comunicación entre dos personas unidas por un vínculo de parentesco dentro de cierto orden —en línea recta, ascendentes y descendientes sin límites de grado; en línea colateral, hermanos bilaterales y unilaterales; y por afinidad, en línea recta en primer grado—.

El CCyC no alude de manera directa a los parientes obligados por alimentos como legitimados activos para reclamar el restablecimiento de la comunicación, pero los que menciona en el art. 555 CCyC son, precisamente, los mismos parientes que tienen obligación alimentaria recíproca.

Asimismo, y como ya se ha adelantado, el CCyC se ocupa y preocupa por admitir y regular en consonancia con la idea de que el lenguaje no es neutro. Por ello se sustituye el término "*visitas*" por el de "*comunicación*". Recordemos que el art. 376 bis CC establecía que "*los padres, tutores o curadores (…) deberán permitir la visita de los parientes*". Dado que el vocablo "*visitas*" no refleja el verdadero contenido de lo que el régimen de comunicación entre personas significa en general, el CCyC se inclina por modificarlo, y por ello habla en su texto del derecho de comunicación, siendo esta una modificación casi unánime.

En este orden de ideas, también se reemplaza el término "*menores e incapaces*" por el de "*personas menores de edad o con capacidad restringida*", en consonancia con el proceso de democratización de las relaciones de familia que ha venido desarrollándose y que se sintetiza en el Capítulo I, consideración que no solo involucra decisiones legislativas de fondo sino también en el lenguaje. Además, y esta misma línea es auspiciada por la obligada perspectiva de derechos humanos, el Código no se circunscribe a proteger el derecho de comunicación de las personas menores de edad y con capacidad restringida, al aceptarse que desde el punto de vista sociológico existen otros actores sociales que se encuentran en esta especial situación de vulnerabilidad, como las personas que en general, por razones de enfermedad o imposibilidad, deben estar bajo el cuidado o responsabilidad de un tercero. La comunicación entre estos y sus parientes también se encuentra protegida por el CCyC.

La norma en comentario enumera quiénes son los parientes que tienen un derecho subjetivo familiar como el derecho de comunicación. Por lo tanto, a estos les cabe solo demostrar el vínculo jurídico, siendo que la carga de la prueba sobre el perjuicio que significa restablecer la comunicación pesa en quien o quienes se oponen, debiendo esgrimir cuáles son las razones de dicha conducta impeditiva u obstruccionista.

Por otra parte, a diferencia del Código Civil, la norma en análisis hace hincapié en la salud física o **mental** de los interesados, y no refiere ya a la salud **moral**. Así, si efectivizar el trato o comunicación de alguna de las personas que señala el Código por encontrarse en situación de vulnerabilidad con algún pariente les provocase o pudiera provocarles daños o perjuicios en su salud física o mental, sería posible rechazar el pedido judicial de comunicación al encontrarse fundada la oposición a tal contacto.

Como se explicitó, tanto la solicitud de comunicación como la deducción de oposición son instancias judiciales en las que se esgrimen y prueban los argumentos o razones para impedir el contacto entre dos personas que son parientes. Para resolver este tipo de conflictivas familiares complejas, el juez debe dictar resolución mediante el trámite más abreviado que prevea la ley de su jurisdicción.

Asimismo, siendo la comunicación un derecho humano que exige respeto, el CCyC dispone de manera expresa que, al intervenir la justicia, se debe proceder a establecer el régimen que corresponda de acuerdo a las circunstancias del caso; es decir, la necesidad de que restablezca lo antes posible la comunicación interrumpida o impedida por uno o ambos progenitores o por quienes cuidan de ciertas personas que se encuentran en una clara situación de vulnerabilidad. Para lograr este objetivo, algunas jurisdicciones como Chubut y Mendoza han creado los llamados "Puntos de Encuentro Familiar", "*... un organismo técnico especializado en concretar el régimen de comunicación en situaciones de ruptura familiar, facilitando el ejercicio del derecho de los niños y adolescentes a mantener la relación personal con ambos progenitores, otros familiares y referentes afectivos. Trasciende en una intervención de carácter temporal, llevada a cabo por profesionales en un espacio idóneo y neutral, que tiene como objetivo principal la normalización de las relaciones familiares, garantizando durante su desarrollo la seguridad de los usuarios del programa*".[69]

ARTÍCULO 556.- ***Otros beneficiarios.*** ***Las disposiciones del artículo 555 se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo.***

(69) Art. 2°, ley III n° 40, decreto 649/2013, Chubut.

1. Introducción

El CCyC introduce una normativa que estaba silenciada en la legislación civil anterior, pero que la doctrina y jurisprudencia nacional se habían encargado hace tiempo de desarrollar y reconocer: el derecho de comunicación a otros beneficiarios que no sean solo aquellos parientes sobre los cuales pesan obligaciones alimentarias, como regulaba el CC.

Al reconocerse de manera expresa el derecho de otras personas a solicitar mantener el vínculo afectivo con otra, se avanza en integrar y complementar la legislación civil con otras leyes especiales con las cuales se relaciona de manera directa. En este caso, cabe destacar la noción de "vínculos significativos y afectivos" que prevé el art. 7°, decreto 415/2006, que reglamenta la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. ¿Acaso solo los parientes deberían poder vincularse con una persona cuando hay detrás un cierto lazo afectivo que merecería ser respetado en beneficio de personas menores de edad o en situación de vulnerabilidad, como las que menciona, de manera expresa, el art. 555 CCyC?

2. Interpretación

Las relaciones afectivas de los niños y las personas que se encuentran en una situación de enfermedad o discapacidad no tenían su espacio en el art. 376 bis CC. El llamado "derecho de visitas" se limitaba a aquellos parientes que "*se deban recíprocamente alimentos*". El CCyC amplía la regulación sobre el derecho de comunicación al reconocer que otras personas, que no son a las que se refiere el art. 555 CCyC, están facultadas a peticionar comunicarse con otra, en total consonancia con la democratización de las relaciones de familia y admitir un dato de realidad: el afecto no siempre sigue los postulados del parentesco y, por lo tanto, la ley debe admitir que, en ciertos supuestos fácticos en el que el afecto está muy presente, se esté legitimado para reclamar el respeto de este vínculo fáctico que pretende tener su lugar en el campo jurídico.

Cabe recordar que, hace tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguieron a los parientes mencionados en el art. 376 bis CC, denominados **titulares de un derecho subjetivo**, de aquellos otros parientes o terceros que ostentan un **interés legítimo** basado en un interés familiar y, a la vez, en un interés de la persona vulnerable. En este marco interpretativo, se sostenía que, sobre los parientes mencionados en el art. 376 bis CC, se presumía el deber de respetar el derecho de comunicación y, en cambio, los que estaban por fuera de ese reconocimiento expreso —los parientes con obligación alimentaria recíproca— tenían la carga de probar que era beneficioso resguardar el vínculo afectivo que se debía demostrar. Esta carga probatoria diferencial, según se esté dentro de los parientes que enumera el art. 555 CCyC —ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado—, o por fuera de este ámbito —otros parientes o allegados—, es receptada de manera expresa en el CCyC.

El artículo anterior se refiere a un grupo determinado de personas a quienes la ley les reconoce un derecho subjetivo familiar a comunicarse entre sí, a quienes, en el Código Civil, se los denominaba "parientes obligados": eran aquellos que se debían recíprocamente alimentos. Esta admisión expresa significa que, ante un conflicto, estos parientes solo deben demostrar el vínculo jurídico y, por lo tanto, el derecho de comunicación se presume, y la carga de la prueba recae en quien se opone —los progenitores o cuidadores, según el caso—, que debe brindar razones fundadas acerca de por qué el mantenimiento del vínculo no merece o no debe ser respetado. Por el contrario, los parientes que se encuentran por fuera de la enumeración expresa de la ley, o los allegados o referentes

afectivos, no tienen un derecho subjetivo sino, como lo dice expresamente ahora el CCyC, un interés afectivo legítimo. Por ende, quien peticiona el resguardo de comunicación con una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad tiene la carga de probar que tal comunicación será beneficiosa para las mismas.

El CCyC recepta la realidad social y afectiva que se desarrolla por fuera de los márgenes de lo que hasta hace un tiempo quedaba por fuera del Código Civil, como el afecto entre parientes que carecían de obligación alimentaria; así, consagra de manera expresa un derecho de comunicación a favor de quien justifique tener un "*interés afectivo legítimo*". Dicho interés afectivo viene de la mano de la noción de **socioafectividad**, que tanto desarrollo ha tenido en el derecho brasilero y, en menor medida, en el derecho nacional, de la mano del derecho a la identidad en su vertiente dinámica o cultural.

Debido a estas circunstancias, y como consecuencia de este artículo, es que la legitimación activa para reclamar el derecho de comunicación ya no se encuentra determinada por un cierto grado de parentesco o la existencia de una obligación específica, como la alimentaria, sino que otros parientes, como así también terceros que sean allegados o referentes afectivos, también quedan habilitados para peticionar el respeto por un lazo afectivo prexistente.

El juez, para decidir todo conflicto de comunicación —sea peticionado por un pariente de los enumerados en el art. 555 CCyC, por fuera de esta limitación de conformidad con la facultad que establece el art. 556 CCyC—, debe escuchar en forma personal a otros de los principales involucrados en este tipo de contienda —las personas menores de edad, las que tengan su capacidad restringida, estén enfermas o imposibilitadas—, para conocer su opinión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 707 CCyC.

ARTÍCULO 557.- ***Medidas para asegurar el cumplimiento.*** ***El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.***

1. Introducción

Los regímenes de comunicación pueden ser establecidos por sentencia firme o pueden ser acordados por las partes y homologados en sede judicial.

Lo cierto es que, cualquiera sea su origen, no siempre el derecho de comunicación es cumplido según las pautas acordadas o fijadas judicialmente. Para lograr la eficacia de las normas vinculadas al derecho de comunicación, el CCyC adopta una postura legislativa amplia, al igual que lo hace en materia alimentaria.

La amplitud y flexibilidad que se sigue también en materia de comunicación se condice con la complejidad y dinamismo de las relaciones de familia. ¿Acaso para todas las personas las posibles sanciones tienen los mismos efectos disuasivos para lograr su efectivo cumplimiento?

Esta amplitud también se la observa en lo que respecta el tipo o modalidad en el incumplimiento, partiéndose de mínima, que se trate de una situación que se reitera en el tiempo, y no se deriva de un inconveniente circunstancial o excepcional, siendo que la intervención de la justicia es una instancia de *ultima ratio*, debiéndose apelar antes a otro tipo de ámbitos no coactivos.

2. Interpretación

Las sanciones o medidas razonables con las que cuenta el órgano jurisdiccional para asegurar el cumplimiento del régimen pueden ser las más comunes — las astreintes o sanciones conminatorias—, como cualquier otra que, para el caso particular, pueda ser hábil para lograr el fin querido: retomar el contacto o comunicación entre dos personas unidas por un vínculo de afecto que puede o no tener base jurídica en una relación de parentesco.

Es sabido que no siempre las sanciones pecuniarias son efectivas para proteger la comunicación entre dos personas que se encuentra alterada o conculcada por otra —por lo general, los progenitores de una persona menor de edad o quienes cuidan de personas adultas que se encuentran en situación de vulnerabilidad—, ya sea porque quien incumple dicha obligación de respetar la comunicación carece de dinero o por su opuesto, que tenga una capacidad económica holgada y no tenga problema en solventar suma dineraria alguna.

Cabe recordar que uno de los tantos principios o valores axiológicos sobre los cuales se edificó el CCyC es el de realidad, la cual se muestra compleja y en constante movimiento. En este contexto, sanciones que pueden ser una buena medida disuasiva en el marco de un grupo familiar pueden no serlo en otro, de allí que la nueva legislación abre el juego a que se puedan proponer diferentes tipos de medidas según la cultura interna del grupo familiar en conflicto. Así, si una persona suele viajar bastante al exterior, impedir la renovación del pasaporte y la consecuente restricción de salida del país podría ser una medida, más efectiva que una sanción pecuniaria, ante el incumplimiento reiterado del respeto por el derecho de comunicación. También, si una persona es hincha fanático de un club de fútbol y por ello concurre todos los fines de semana a la cancha, la suspensión del ingreso al estadio o de su carácter de socio de la institución podría ser también una medida hábil a los fines que se pretende.

Esta regulación, amplia y flexible, igual a la que se sigue con otro derecho/deber como el alimentario, es una normativa que le va a permitir al CCyC estar siempre a tono con el desarrollo de las comodidades, usos y costumbres de una sociedad que va cambiando con el tiempo.

Por su parte, este tipo de regulaciones delegan en las habilidades de los abogados y los jueces en solicitar —los primeros— y ordenar —los segundos— las distintas medidas que podrían ser pertinentes según la conflictiva familiar que se presenta.

Por último, cabe destacar que la amplitud y flexibilidad que adopta la normativa en análisis también permite respetar ciertas medidas que son propias de algunas jurisdicciones locales, que crean y regulan registros en cuyas nóminas incluyen a quienes obstruyen vínculos familiares, como el caso de las provincias de Santa Cruz, Río Negro o Mendoza.

TÍTULO V
Filiación

CAPÍTULO I
Disposiciones generales

ARTÍCULO 558.- ***Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos.*** *La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.*

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

1. Introducción

Una de las principales incorporaciones del CCyC en el campo de las "Relaciones de familia" se refiere a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como tercera fuente de la filiación, que genera los mismos efectos que la filiación por naturaleza como la adopción en forma plena.

El CCyC mantiene uno de los principios o máximas del derecho filial, cualquiera sean sus fuentes: ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, sin que importe su tipología o composición, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación que introdujo la ley 26.618, que extiende la figura del matrimonio a todas las personas con independencia de la orientación sexual, lo cual significa que una persona puede tener dos madres, dos padres, o una madre y un padre. Con la finalidad de dar cuenta de esta igualdad, y en total consonancia con la idea que subyace en el CCyC de que el lenguaje no es neutro, se utiliza en forma genérica el término "*progenitores*", que involucra casos de filiación de igual o de diverso sexo. Esta postura de alejar el término "progenitor" del elemento genético-biológico, es la línea que adopta la Corte IDH, que reconoció "*utilizará en un sentido amplio el término 'progenitores' (…) a quienes efectivamente constituyen parte de la familia (…) Y por lo tanto son titulares de la protección a la familia acordada en los arts. 17 de la CADH…*".[70]

2. Interpretación

El CC regulaba un solo tipo de filiación: la filiación por naturaleza o biológica, es decir, la derivada del acto sexual. Recién en el año 1948, al sancionarse la ley 13.252, se reconoció la filiación adoptiva. Se entiende que es momento de regular de manera autónoma la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, siendo que cada una de estas fuentes filiales posee reglas propias que merecen tener su espacio en la legislación civil.

Las técnicas de reproducción humana asistida involucran situaciones fácticas y jurídicas muy diferentes a las de los otros dos tipos filiales. A la luz del principal derecho humano comprometido en el derecho filial como lo es el derecho a la identidad, se debe advertir que no solo la identidad puede ser biológica, por un lado, o voluntaria o volitiva por el otro, sino que también observa una vertiente más: la identidad genética. Sucede que las TRHA pueden practicarse con material de la propia pareja, denominada fertilización homóloga, que acontece en algunas parejas casadas o no, de diverso sexo; o también comprometer material genético de un tercero, denominada fertilización heteróloga, caso que se observa en parejas de igual sexo, como así también en parejas heterosexuales en el que uno o ambos integrantes presentan alguna imposibilidad de prestar su propio material genético, como aquellos supuestos de proyectos parentales de carácter monoparental. Así, en los casos de filiación por naturaleza, la identidad genética, biológica y

(70) Corte IDH, OC 21/2014, "Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", 19/08/2014, párr. 272.

volitiva se unifica en las personas que mantienen una relación sexual. En el caso de la filiación adoptiva, la identidad genética y biológica está en cabeza de la familia de origen y por el contrario, la identidad voluntaria en la familia adoptiva. En las TRHA la cuestión se complejiza. Como se dijo, la técnica puede practicarse con material de la propia pareja o con material genético (femenino y/o masculino) de un tercero. En este caso, la identidad genética se independiza o recae en personas distintas de aquellas con quien se tiene identidad biológica o voluntaria. Nos explicamos con el siguiente ejemplo.

Una mujer está casada con un señor cuyo material genético no es hábil para fertilizar; por lo tanto, deciden utilizar material genético de un tercero (donante). ¿Quién es el padre? ¿El donante que solo ha prestado el material genético o el marido que es quien quiere ser padre y debe prestar el correspondiente consentimiento? El CCyC determina el vínculo filial con quien prestó el consentimiento, con total independencia de que se haya aportado o no el material genético. De este modo, en las TRHA, el dato genético ocupa un lugar secundario, que se circunscribe al derecho a conocer los orígenes, que carece de entidad para asignar vínculo jurídico de filiación solo por el aporte de material genético.

En otras palabras, solo quien exterioriza la llamada "voluntad procreacional" mediante el correspondiente consentimiento libre, previo e informado, es quien será considerado progenitor de un niño y, por lo tanto, hace nacer todos los derechos y deberes que se derivan del vínculo filial. Con el donante solo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo.

¿Por qué no es posible aplicar los principios o reglas que rigen la filiación por naturaleza? Este tipo filial tiene por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Las prácticas de reproducción humana asistida, en cambio, no parten de ese supuesto. Por lo tanto, las normas que regulan la filiación biológica o por naturaleza no siempre resultan lógicamente aplicables a la filiación que surge porque la ciencia interviene para que esta persona haya nacido. Tampoco son aplicables las reglas de la adopción.

El uso de las técnicas de reproducción humana asistida observa tantas especificidades que requiere un régimen jurídico autónomo. ¿Cuáles son estas especificidades? Como se expuso, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando primacía este último. Por otro lado, las TRHA permiten conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, los que nos llevan a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin (divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, por ejemplo). Por esta razón, el CCyC exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético; siendo evidente que estos cambios en las decisiones no pueden darse en la filiación por naturaleza.

Además existen supuestos especiales como la gestación por sustitución que no regula de manera expresa el CCyC, no obstante lo cual se han planteado casos jurisprudenciales[71] en los que se resolvió priorizar la voluntad procreacional de los comitentes o de quienes quieren ser padres —y también habían aportado el material genético— por ante el principio de determinación filial materno en la filiación por naturaleza, conocido por el aforismo "madre cierta es".

.....

(71) JNac. Civ. N° 86, "NN O. D G M B M s/ Inscripción de nacimiento", 18/06/2013, y JFlia. Gualeguay, "B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario", 19/11/2013.

Todas estas consideraciones, y otras más que se exponen a lo largo del Título V denominado "Filiación", dan cuenta de la necesidad e importancia de que se regule de manera autónoma la filiación derivada de las TRHA.

Cabe destacar que el CCyC se interesa, de manera expresa, en las técnicas de reproducción médicamente asistida, no así de las llamadas "prácticas caseras" a las que suelen apelar en algunas oportunidades las parejas conformadas por mujeres que se inseminan de manera casera con el uso de una jeringa con material genético de un tercero conocido. En estos casos, regirían las reglas de la filiación por naturaleza. Esto se condice con la importancia que tiene que las personas que se someten a las TRHA presten el consentimiento informado ante el centro de salud interviniente, dejándose bien en claro quién o quiénes exteriorizan su voluntad procreacional, columna vertebral de la determinación de la filiación por TRHA.

Por último, el CCyC sigue la línea legislativa de la gran mayoría de los países: limitar a dos la cantidad de vínculos filiales que una persona puede ostentar. De este modo, quedarían afuera las llamadas "familias pluriparentales", es decir, aquellas familias cuyos niños poseen más de dos filiaciones. Por lo general, se trata de niños que nacen en el marco de una relación de pareja conformada por dos personas del mismo sexo (mujeres), que deciden llevar adelante el proyecto parental con otra persona conocida (un hombre) que, además de aportar su material genético, también colabora en la crianza y educación del niño.

ARTÍCULO 559.- ***Certificado de nacimiento.*** *El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir 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.*

1. Introducción

Es sabido que, en el campo del derecho filial, ha primado una mirada negativa o peyorativa respecto de los hijos nacidos fuera de un matrimonio, es decir, con relación a la filiación extramatrimonial. Para desterrarla, la ley 23.264 que introdujo grandes modificaciones al régimen jurídico en materia de filiación y patria potestad en el entonces art. 241 CC prohibía que en el certificado de nacimiento constara alguna leyenda que permitiera saber si el niño había sido "concebido" dentro o fuera del matrimonio, con el objetivo de evitar cualquier tipo de discriminación que pudiere surgir de la partida o título formal.

El CCyC mantiene esa prohibición pero la amplía, ya que no solo se refiere al estado civil de los progenitores, sino también que extiende esta restricción de incurrir en cualquier leyenda por la cual se pueda conocer el tipo filial del niño, es decir, si nació de una relación sexual, de TRHA o ha sido adoptado. En este sentido, se extiende la imposibilidad de consignar cierta información en la partida de nacimiento.

Por otra parte, el CCyC introduce una modificación conceptual esencial en materia de determinación filial y su consecuente incidencia en la partida de nacimiento. El carácter de la filiación matrimonial o extramatrimonial no se deriva de la concepción sino del nacimiento. Es decir, los hijos son matrimoniales si nacen dentro de un matrimonio con total independencia del momento en que ocurrió la concepción.

2. Interpretación

En total consonancia con la tercera causa fuente filial que introduce el CCyC, el articulado en análisis también amplía la regulación del certificado de nacimiento, título formal con el cual se prueba y acredita el vínculo filial, a los tres tipos filiales: la filiación por naturaleza y adoptiva que mencionaba el art. 241 CC, la cual se extiende en la nueva legislación a la filiación derivada de las TRHA

Otra ampliación en lo relativo al certificado de nacimiento involucra a la filiación adoptiva. El art. 241 CC se refería solo a la adopción plena, y dejaba afuera la adopción simple. Ello no tenía razón de ser, ya que en la adopción simple también se emite una nueva partida de nacimiento que da cuenta del vínculo filial adoptivo, pero que deja subsistente los lazos jurídicos con la familia de origen.

Tanto en el CC como en el CCyC, la adopción simple crea efectos jurídicos entre adoptado y adoptante, o adoptantes, que trascienden el plano meramente de cuidado y crianza. Incluso —más allá de los cambios al respecto— el adoptado en forma simple puede portar el apellido del o los adoptantes (art. 627, inc. d, CCyC), por lo tanto, en la práctica se emite una nueva partida de nacimiento también cuando la adopción es simple.

Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, la ley 14.078 dispone: "*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*" (art. 68) y que "*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 art. 44. En el asiento original deberá dejarse constancia de la disposición u oficio que ordena la nueva inscripción"* (art. 69). Sin embargo, en la práctica, el certificado de nacimiento que se expide después de la adopción simple solo muestra los datos derivados de la adopción simple, y toda la información relativa a la familia de origen queda en el acta de nacimiento, no en el nuevo certificado de nacimiento que se expide a solicitud del interesado. Por lo tanto, el segundo certificado de nacimiento que se expide con los datos de la adopción simple, a nombre solo de los adoptantes y sin señalarse que el vínculo filial es adoptivo, también entraría dentro de los recaudos que prevé la ley civil, evitando cualquier tipo de diferencias por las consecuencias negativas —de índole social— que se pudieran esgrimir. De allí que el CCyC, en materia de certificado de nacimiento, alude a la adopción en sentido general y no solo a la adopción plena.

Por su parte, los tres tipos filiales pueden ser tanto matrimoniales como extramatrimoniales. El CCyC mantiene la prohibición de que, del certificado de nacimiento, surja el estado civil de los padres, a los fines de evitar la discriminación social que ha habido durante tantísimos años respecto de los hijos extramatrimoniales. La igualdad jurídica de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales no siempre va de la mano de la igualdad real, en especial, desde el punto de vista cultural y social. De allí la pertinencia de mantener la postura legislativa adoptada desde la ley 23.264, que introdujo modificaciones sustanciales en el ámbito de la filiación y la por entonces "patria potestad". De esta manera, en el certificado de nacimiento no puede constar el estado civil de los padres; claro está que esta prohibición excede los supuestos en los que solo consta la filiación materna de un niño. Allí no se puede omitir una realidad social y jurídica como lo es formar parte de una familia monoparental, tipo familiar que también cuenta con su debido respeto constitucional/convencional; tal como lo expresó la Corte IDH, "*no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La*

realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas".[72] De allí que el certificado de nacimiento debe hacer constar esta realidad sin pretender ni intentar esconderla o silenciarla.

Por último, cabe destacar que, tras la sanción de la ley 26.618, que extiende la figura del matrimonio a todas las personas con total independencia de su orientación sexual, el principio de que no surja el estado civil de los progenitores había quedado conculcado, ya que, desde el plano jurídico, solo las parejas casadas podían ver reflejada la doble filiación en los certificados de nacimiento de niños nacidos después del matrimonio celebrado entre dos mujeres, o los nacidos antes del matrimonio, según el régimen especial regulado por el decreto 1006/2012, que establecía un proceso administrativo para completar el acta de todos los niños nacidos antes de la ley 26.618 cuyas madres no podían contraer matrimonio pero lo hicieron posteriormente.

En el CCyC, todo este tipo de desigualdades dentro de la filiación homoparental —la filiación matrimonial sí permitía el doble vínculo filial, no así si se trataba de una filiación extramatrimonial—, queda resuelta cuando se dispone: "*Los nacidos antes de la entrada en vigencia del presente Código por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas, cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz, y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta*".[73] Esta posibilidad de completar el acta, estén —quienes prestaron el correspondiente consentimiento informado a las TRHA— casados o no por un régimen especial de carácter administrativo permitirá que se expidan los correspondientes certificados de nacimiento con doble vínculo filial, sin importar el estado civil de los adultos, y se cumpla la manda que surge de la disposición en análisis.

CAPÍTULO 2

Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

ARTÍCULO 560.- ***Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida.*** *El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.*

Remisiones: ver comentario al art. 577 CCyC.

1. Introducción

El CCyC reconoce a las técnicas de reproducción humana asistida como un tercer tipo filial; en consonancia con ello, regula las reglas, principios y situaciones propias de esta nueva causa fuente filial.

(72) Corte IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012, párr. 98.

(73) Ley 26. 994, art 9°, disposición transitoria tercera.

Aquí se inaugura el Capítulo específico dedicado a este tipo filial, que se regula en primer término dado su novedad, interesándose por uno de sus pilares: el consentimiento que debe ser previo, informado y libre. Esta es la exteriorización de la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional.

Tan importante es la voluntad procreacional que debe ser actual, y de allí que se necesite la renovación del consentimiento en los mismos términos (previo, informado y libre) antes de cada práctica o procedimiento médico. En otras palabras, antes que quien o quienes quieran ser padres se sometan a las TRHA —cualquiera sea la modalidad que se trate, de alta o baja complejidad,[74] se utilicen gametos o embriones de la propia pareja o de terceros—, el centro de salud interviniente debe recabar el correspondiente consentimiento.

2. Interpretación

Es sabido que, en el campo del derecho filial, el derecho a la identidad es uno de los principales derechos humanos directamente vinculados. En el marco de la filiación por naturaleza y adoptiva, valía con diferenciar la identidad estática y dinámica. En el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida, la cuestión es más compleja, ya que dentro de la primera vertiente —la estática— se debe diferenciar la identidad genética de la biológica. Así, cuando se utilizan gametos o embriones de terceros —conf. Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, que permite la donación tanto de gametos como de embriones— la identidad biológica está en quien gesta al niño —que además, debe prestar el correspondiente consentimiento informado—; en cambio, la identidad genética está en cabeza de quien o quienes aportaron el material genético del cual se formó el embrión. De este modo, se observa que la identidad estática se encuentra desmembrada.

¿Quién o quiénes son progenitores del hijo, que nace producto de esta práctica médica y por la cual tantísimos niños han podido nacer? Los que prestaron el correspondiente consentimiento. Dicho consentimiento que debe ser realizado en forma previa al sometimiento a las técnicas, ser formal de conformidad con los requisitos que establece el CCyC en otra disposición —y, también, según lo que se explicite mejor en una ley especial e integral de técnicas de reproducción humana asistida—, y libre, como elemento esencial de la voluntad que se plasma a través del correspondiente consentimiento.

El CCyC dispone, de manera expresa, que el consentimiento debe recabarse en el centro de salud interviniente, es decir, en el establecimiento médico especializado debidamente inscripto, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.862 que crea un registro (arts. 4° y 5°),[75]

.....

(74) El art. 2°, decreto 956/2013, ley 26.862 define qué son las técnicas de reproducción humana asistida, tanto las de alta como las de baja complejidad: *"Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos..."*.

(75) Este registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida funciona en el ámbito del REFES (Registro Federal de

a los fines de que el Estado, a través de la autoridad de aplicación (el Ministerio de Salud), controle esta práctica médica de altísimo grado técnico y también de sofisticación por lo cual no cualquier centro médico estaría preparado para brindar este tipo de atención médica.

El CCyC regula las técnicas de reproducción medicamente asistidas; de allí, la necesaria intervención de un centro de salud especializado que debe recabar el pertinente consentimiento informado, no así las llamadas "prácticas caseras", a las que suelen apelar las parejas de mujeres que se inseminan de manera casera con material genético masculino de una persona conocida ya que ellas carecen —por lo general— de problemas de infertilidad médica sino que la infertilidad es de carácter estructural. Este tipo de prácticas no están incluidas en la regulación de las técnicas de reproducción asistida ya que esta se refiere a las que son "médicamente" asistidas siendo el centro de salud una pieza fundamental y quien tiene a cargo recabar el correspondiente consentimiento previo, informado y libre. Este tipo de "prácticas caseras" quedarían bajo la regulación de la filiación por naturaleza o biológica. Así, se desincentiva este modo informal de acceder a paternidad/maternidad con el objetivo de evitar conflictos. Ha habido casos, en el derecho comparado, en los que quien auspició de aportante de material genético, después alegó que en realidad esa no era su intención, sino la de ser padre, y solicitó ser tenido por tal cuando el niño ya estaba viviendo en el marco de una familia integrada con dos mujeres a quienes se les reconocía el carácter de comadres, es decir, ya contaban con doble vínculo filial.[76]

El consentimiento previo, informado y libre es de tal envergadura en el campo de la filiación derivada de las TRHA que debe ser recabado por el centro de salud antes de cada práctica o procedimiento de reproducción asistida, de conformidad con los recaudos que señala el art. 560 CCyC; es decir que debe renovarse antes de iniciar cada tratamiento. Esta consideración relativa a la renovación del consentimiento se relaciona de manera directa con la revocación que regula el art. 561 CCyC en su última parte. Justamente, se trata de reafirmar la actualidad que debe tener una decisión de tal envergadura como lo es consentir las TRHA como exteriorización de la voluntad procreacional, por lo cual debe renovarse y, a la vez, puede revocarse hasta un determinado momento.

Por último, cabe destacar otra consecuencia ineludible y propia de la filiación derivada de las TRHA, que se deriva del consentimiento como exteriorización de la voluntad procreacional, eje o columna vertebral del sistema que rige en la materia, según el CCyC. Nos referimos a la imposibilidad de interponer acción de impugnación cuando se trata de filiación por TRHA y se ha prestado el debido consentimiento informado, tal como lo expresa de manera precisa el art. 577 CCyC, a cuyo análisis nos remitimos.

ARTÍCULO 561.- ***Forma y requisitos del consentimiento.*** *La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.*

Establecimiento de Salud) del Ministerio de Salud de la Nación (art. 4°, decreto 956/2013).

(76) Herrera, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 66, AbeledoPerrot, 2014, p. 75 y ss.

1. Introducción

Como lo dispone el art. 560 CCyC, el consentimiento debe ser, en primer lugar, formal. Esta formalidad se explicita en el artículo en comentario y en la ley especial que se dicte al respecto. Sucede que al CCyC le incumbe regular lo relativo a la filiación; y todo aquello que involucre otras cuestiones que interesan a las técnicas de reproducción asistida deben formar parte de una ley integral que se ocupe, entre otros temas, de la cuestión más operativa, referida al consentimiento informado (contenido de los modelos de consentimiento informado, requisitos mínimos que deberían contener, resguardo y acceso a ellos, etc.). Más allá de eso, el CCyC brinda los elementos básicos que debe contener el consentimiento previo, informado y libre a las TRHA, con el objetivo de que, si no se cuenta con la ley especial al momento de entrada en vigencia de la legislación civil y comercial, se pueda contar con una regulación mínima sobre uno de los elementos centrales de la determinación filial cuando se trata de TRHA.

2. Interpretación

De conformidad con lo establecido en el art. 560 CCyC, con el que se inaugura el capítulo referido a la filiación por TRHA, el consentimiento debe ser formal. Esta formalidad consiste, de mínima, en que el consentimiento sea por escrito: a ello se refiere el CCyC cuando alude en la norma en análisis a la "*instrumentación*". Este instrumento debe contener ciertos requisitos que serán fijados por la ley especial. Al respecto, cabe destacar que la Cámara de Diputados de la Nación aprobó, el 12/11/2014, el proyecto de ley que se ocupa, entre otras cosas, de profundizar diferentes aristas que involucran el consentimiento, no solo los requisitos que debe cumplir sino también para evitar ciertos conflictos jurídicos como, por ejemplo, qué acontece si una pareja se divorcia y se encuentra en pleno proceso de TRHA y tiene embriones criopreservados. Al respecto, el proyecto de ley que cuenta con aprobación de una de las cámaras restando que se expida la Cámara de Senadores, que una pareja no puede someterse a práctica médica alguna si, de manera previa, no se ponen de acuerdo sobre el destino de los embriones, que puede consistir en la donación a terceros (pareja o persona), donación para investigación o cese de la criopreservación. Así, el art. 12, en su última parte, dispone: "*Las parejas que crioconservaren embriones conformados con material genético de ambos, deberán acordar y dejar asentado, en forma previa y expresa, el destino que a estos se les darán en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad del matrimonio, o muerte de uno de ellos, cuando ello se produjere antes del cumplimiento de los plazos establecidos en los párrafos precedentes, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja, donados para la investigación o cesar la crioconservación al momento de ocurrir alguno de estos supuestos. La misma decisión deberá adoptar cada titular de gametos, en forma individual y así dejarlo expresado en el acuerdo celebrado con el centro sanitario elegido para la crioconservación*".

Como se puede observar, la ley —o "disposición", en palabras del texto en análisis— especial no solo debe regular lo relativo a los requisitos que debe contener el consentimiento previo, informado y libre, sino que además se debe ocupar de regular una gran cantidad de otras cuestiones que involucran el uso de las TRHA, como lo relativo a la donación —registro, máximo de donaciones por donante, o información que se debe recabar sobre los donantes y su acceso, etc.—, los derechos y obligaciones de los centros, las sanciones por incumplimiento, la responsabilidad civil de los centros de salud

y la obligación de contratar un seguro, por citar algunas de las consideraciones que regula el proyecto de ley que ya cuenta con la aprobación de una de las cámaras del Congreso de la Nación.

El CCyC agrega que la instrumentación del consentimiento no consiste solo en que sea otorgado o se plasme por escrito, sino que también sea protocolizado ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. En este sentido, el Ministerio de Salud, en su carácter de autoridad de aplicación —y sus pares en los ámbitos locales—, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.862, sería el organismo encargado de organizar cómo sería la protocolización que dispone la norma en análisis. De este modo, el CCyC da cumplimiento a una de sus tantas finalidades como lo es la protección al más débil, por ello no prevé solo la protocolización mediante escribano público, con el costo económico que ello significa, sino también la posibilidad de que una autoridad sanitaria estatal dé fe pública del consentimiento a las TRHA.

Por último, la disposición en comentario señala que el consentimiento "*es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*". Al respecto, cabe esgrimir dos consideraciones: la relativa a la relación intrínseca entre libertad y revocabilidad, y la naturaleza jurídica del embrión y la idea de concepción, cuestión que se vincula con el comienzo de la existencia (art. 19 CCyC).

Con relación a la primera consideración, la alusión a la posibilidad de revocar el consentimiento hasta cierto momento —concepción en la persona o implantación del embrión— sigue exactamente la misma línea legislativa que adopta la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, que dispone: "*Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer*" (art. 7°). ¿A qué responde la quita que hace el Código Civil y Comercial referida a que la implantación del embrión debe ser en la mujer? Como se ha adelantado al analizar el art. 19 CCyC, sobre el comienzo de la existencia de la persona humana, el anteproyecto que dio lugar al nuevo CCyC fue elaborado cuando aún no se había sancionado la ley 26.743, de identidad de género, por lo cual la implantación solo podía darse en la mujer. Tras esta normativa, que permite que las personas trans masculinas puedan conservar su aparato reproductor, es posible que la implantación del embrión sea en un útero que corresponde a una persona jurídicamente —e identitariamente— masculina. A esta posibilidad —aunque, desde el plano fáctico, sea excepcional— responde la exclusión que hace la norma en análisis al lugar en el cual ocurre la implantación del embrión. Si bien es cierto que la ley 26.862 es también posterior a la ley 26.743, en esta oportunidad no se advirtió esta cuestión de compatibilidad legislativa, que solo fue receptada por el CCyC. Más allá de esta disquisición a modo de aclaración, lo cierto es que la posibilidad de revocar el consentimiento se deriva de una de las nociones o elementos básicos que rodea a esta manifestación de voluntad: la libertad. Esta diferenciación se mantiene en otras disposiciones del CCyC (por ejemplo, el art. 21), las cuales no fueron modificadas como el art. 19, al ser aprobado por la Cámara de Senadores; esto es lo que acontece con la normativa en análisis. En este sentido, actualidad (renovación) y libertad (revocación hasta un momento límite) constituyen dos aristas de suma importancia en lo que atañe al consentimiento a las TRHA.

La segunda consideración involucra la cuestión, harto debatida, del comienzo de la existencia de la persona humana. Al respecto, cabe traer a colación nuevamente el anteproyecto que dio lugar al CCyC, ya que allí se diferenciaba cuándo comienza la existencia de la persona humana según se trate de filiación biológica o por naturaleza —lo que acontece con la concepción— y de TRHA. En este último supuesto, se aclaraba que la persona comenzaba con la implantación del embrión en la mujer. Esta diferenciación se mantiene en otras disposiciones del CCyC (por ejemplo, en el art. 21), las cuales no fueron modificadas, como sí sucedió con el art. 19 al ser aprobado por la Cámara de Senadores. De este modo, aquí sí se deja bien en claro que la revocación del consentimiento puede ocurrir hasta que se produzca la concepción (en los casos de fertilización de baja complejidad) o la implantación del embrión en la persona (en los casos de fertilización de alta complejidad).

ARTÍCULO 562.- ***Voluntad procreacional.*** ***Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.***

1. Introducción

La voluntad procreacional es el eje o columna vertebral de la determinación filial en los casos de filiación derivada de TRHA. Tal es así que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento formal, informado y libre, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA.

Uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las TRHA gira en torno al lugar secundario que ocupa aquí el dato genético. Es tan así que el art. 562 CCyC deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja, siendo esta una de las diferencias sustanciales entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA.

Esta normativa es básica porque permite determinar el vínculo filial con toda persona que preste el debido consentimiento con los requisitos que prevé el CCyC, sin importar el estado civil de la persona que se somete a las TRHA. Así, se recepta de manera expresa la voluntad procreacional que fue reconocida en algunos precedentes jurisprudenciales[77] para extenderle el vínculo filial a la cónyuge de la mujer que había dado a luz y que, en ese momento, no había contraído matrimonio con su pareja del mismo sexo por no estar permitido en el ordenamiento jurídico nacional al ser anterior a julio del 2010, cuando se sanciona la ley 26.618.

2. Interpretación

El CCyC reafirma aquí que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos —es decir, queda determinada la filiación— de quien dio a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en el modo que lo indican los arts. 560 y 561 CCyC, y siempre que se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin importar que ambas personas, una de ellas o ninguna haya aportado sus gametos.

(77) JCont., Adm. y Tribut. N° 15, "V. A. F. y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)", 24/06/2011, y JCont., Adm. y Tribut. N° 6, "M. Y. M. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", 13/07/2011.

De esta manera, se solucionan los problemas que se han generado en el derecho argentino, tras la sanción de la ley 26.618, en materia de determinación de la filiación con la pareja casada y no casada de la persona que dio a luz, que sí la tenía asegurada por aplicación del principio regulado en el art. 242 CC, que receptaba el adagio "madre cierta es", su determinación filial, quedando establecido el vínculo filial por el hecho del parto y la identidad del recién nacido. En cambio, con la pareja del mismo sexo de esta mujer, la cuestión de la determinación filial era muy compleja. En un primer momento, algunos registros civiles se resistían a aplicar la presunción de filiación derivada del matrimonio a las parejas casadas integradas por dos mujeres; pero con el tiempo, y como resultado de diferentes luchas —muchas veces acompañadas de ciertas estrategias jurídicas— por parte de organizaciones de la sociedad civil comprometidas con los derechos de las personas LGBTI, se fue haciendo lugar a la interpretación de extender la presunción de paternidad del marido de la madre a los casos de matrimonios conformados por dos mujeres y cuyos niños nacían en el marco de este matrimonio.

Sucede que aquí se dejaba de lado a los niños nacidos antes de la ley 26.618 —niños cuyas madres no pudieron contraer matrimonio para que el niño sea matrimonial y, por aplicación de la correspondiente presunción de filiación matrimonial, pueda tener doble vínculo filial— y los casos de niños que nacen en el seno de parejas de mujeres que no contraen matrimonio por decisión personal o por diferentes razones. En los casos de niños nacidos antes de la ley 26.618, y cuyas mujeres contrajeron matrimonio, el conflicto filial fue resuelto por el decreto 1006/2012, que creó un sistema administrativo a los fines de completar el acta de nacimiento del niño con la cónyuge de la madre, siempre que ambas consintieran que se proceda la prosecución de este trámite administrativo ante el registro civil. La franja de situaciones conflictivas continuaba en los casos de parejas integradas por dos mujeres que no contraían matrimonio y a quienes los registros civiles no les admitían el reconocimiento filial del niño, al entender que la figura del reconocimiento se circunscribía a la filiación extramatrimonial heterosexual en el que el peso de lo genético/biológico es determinante —ser biológica y genéticamente el padre—, situación que no se solía dar en varios de los casos que comprometen a dos mujeres. Este conflicto es resuelto por el CCyC, por aplicación de la normativa en análisis.

Así, toda persona que se somete a TRHA debe prestar el consentimiento. Si se trata de una mujer sola que debe apelar a la donación de material genético masculino, la voluntad procreacional y correspondiente consentimiento debidamente protocolizado e inscripto en el registro civil, hace generar vínculo filial con esta; de este modo, las TRHA constituyen un supuesto de monoparentalidad originaria. Si se trata de una pareja, casada o no, de igual o diverso sexo, ambos integrantes de la pareja también deben proceder a prestar el correspondiente consentimiento informado para generar vínculo filial con el niño que nace de las TRHA, hayan aportado o no material genético.

En la normativa en análisis también se observa la incidencia de la Ley 26.743, de Identidad de Género, ya que no se refiere a la "mujer" que da a luz sino a "quien da a luz", de manera neutra, acorde con esta legislación de vanguardia —seguida por Dinamarca en su reforma de junio del 2014—, pues al no ser necesario realizar operación quirúrgica alguna, una persona que ha nacido mujer pero que se cambia su identidad al género masculino, y tiene un hijo, es el padre, y si estaba en pareja y también prestó el pertinente consentimiento previo, libre e informado, quedará también determinada la filiación con este miembro de la pareja que puede ser una mujer o un hombre.

ARTÍCULO 563.- ***Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida.*** *La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.*

1. Introducción

El derecho a conocer los orígenes ha tenido un gran desarrollo en el campo del derecho filial. La filiación por TRHA no ha quedado al margen de ello, presentando conflictos propios, a tal punto de hablarse de un derecho a la información, en particular, de las personas nacidas de TRHA cuando en el proceso se utiliza material genético de un tercero.

Tratándose el derecho a la identidad de un derecho humano que debe quedar resguardado, el CCyC dispone que en el legajo base sobre el cual se realiza la inscripción de nacimiento y se emite el correspondiente certificado o partida debe también constar información de que el niño ha nacido de TRHA heteróloga. No se refiere a toda la información sobre el donante, datos que estarán en el centro de salud interviniente como así también en el registro único que la ley especial debería regular, sino de información de la que surja el origen genético de la persona.

2. Interpretación

Otro de los acalorados debates que ha generado la regulación de las TRHA en el CCyC gira en torno al derecho de identidad de los niños nacidos de la llamada "filiación heteróloga", es decir, con material genético de un tercero. Se trata de un debate aún no cerrado, existiendo diferentes modelos legislativos al respecto:

a. anonimato cerrado o absoluto, por el cual la identidad del donante no será revelada porque, pase lo que pase con la persona que nació de donante —incluso si necesitase conocer tal identidad para salvar su vida—, primaría la intimidad de este último;

b. en el lado opuesto, el no anonimato, por el cual el donante nunca será anónimo y siempre la información identificatoria estará a disposición de la persona nacida de este modo;

c. el sistema llamado "de la doble ventana", por el cual la persona nacida de TRHA heteróloga, cuando llega a determinada edad, podrá ir al centro de salud o a una oficina determinada expresando su deseo de tener información identificatoria y contactarse con el donante. El establecimiento de salud u organismo interviniente le tomará sus datos para contactarse con el donante y hacerle saber de esta inquietud, y si el donante acepta, se le brindan los datos solicitados, pero si el donante se niega, se mantienen en reserva; y

d. el sistema de anonimato relativo, por el cual, en principio, la donación es anónima pero, ante determinadas situaciones, será posible lograr su apertura. Así surge de lo dispuesto en el art. 564 CCyC, que adopta postura intermedia sintetizada.

El derecho a la información en las TRHA heteróloga está regulado en dos artículos, el 563 y el 564 CCyC. De ambas normativas surgen las tres facetas que involucra este derecho, que merecen ser individualizadas para comprender con mayor precisión la postura que adopta el CCyC. Estas facetas o vertientes del derecho a la información son:

a. saber que se ha nacido de TRHA con material de un tercero;

b. obtener información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante); y

c. obtener información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante).

A este respecto, interesa saber cuál de todas estas facetas y con qué extensión o requisitos las admite el CCyC; y si la postura que se adopta pasa el test de constitucionalidad/convencionalidad en términos de respeto del derecho a la identidad.

El CCyC promueve y protege toda información para que la persona pueda saber que se ha nacido de TRHA con material de un tercero, lo cual queda, lamentablemente, sujeto al tipo de formación, intervención y abordaje que haya tenido el centro de salud para que las personas comprendan que es un derecho del hijo saber el modo en que fue gestado. El control estatal de este compromiso que deberían prestar los padres al firmar el consentimiento informado es bastante endeble porque a diferencia de la adopción, que tramita mediante un proceso judicial, este deber queda plasmado en un instrumento que integra un proceso administrativo. Es más, si en la adopción la obligación de hacer saber al niño que es adoptado queda, en definitiva, sujeto a la decisión de los padres adoptivos, más allá de su reconocimiento legal, la misma suerte corre el derecho a saber que se ha nacido de TRHA heteróloga, por lo cual la intervención interdisciplinaria en este campo filial es sumamente importante, pero ello excede el marco de una legislación civil. Con respecto a las otras dos facetas, el acceso a la información no identificatoria es amplia o irrestricta, y la restante observa ciertas limitaciones por las consideraciones que se pasan a sintetizar. Para poder responder este interrogante, es necesario tener en cuenta el texto que muestra el art. 564 CCyC, por ello esta inquietud es revelada al analizar este articulado.

El saber que se ha nacido de TRHA con material genético de un tercero y, en especial, el resguardo de esa información, ha llegado a conocimiento de los estrados judiciales. Así, la Cámara Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia en un proceso de amparo en el que se solicitó la creación de un registro con toda la información, referida a la identidad de los donantes de gametos, que posean los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país, "*con la finalidad de que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial*". En primera instancia, la petición fue rechazada; la Alzada hizo lugar parcialmente al recurso, y ordenó al Estado Nacional —Ministerio de Salud de la Nación— a que "*arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia*".[78]

(78) CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, "C., E. M. y otros c/ Estado Nacional — Ministerio de Salud" 29/04/2014. Ver el comentario a dicho fallo en Herrera, Marisa, y Lamm, Eleonora, "De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga", en *La Ley*, 20/08/2014, p. 5 y ss.

En este contexto de silencio legislativo, el CCyC reafirma la existencia de un derecho a la información y de su debido resguardo, a tal punto que establece que en el legajo base sobre el cual se procede a inscribir el nacimiento de un niño debe constar que se trata de una persona que ha nacido de TRHA con material genético de un tercero; y todo registro en el que conste toda la información sobre dicho donante es materia de la regulación especial a la cual remite el CCyC en varias oportunidades.

Como cierre, cabe señalar que, por un fundamento fáctico, los niños que nacen de parejas del mismo sexo siempre sabrán que portan material genético de un tercero ajeno a la pareja parental, al igual que las mujeres que deciden tener un hijo solas. El problema del conocimiento o información de que se ha nacido de fertilización heteróloga se presenta en las parejas —casadas o no— integrada por personas de diverso sexo: es con estas parejas que se debe trabajar desde el campo interdisciplinario para que comprendan la importancia que tiene para el hijo conocer esta información que involucra su identidad.

ARTÍCULO 564.- ***Contenido de la información.*** *A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:*

a. *obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;*
b. *revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.*

1. Introducción

El CCyC recepta un sistema intermedio en lo relativo al acceso a la información acerca del donante. Esta regulación parte de la distinción entre información no identificatoria focalizada en datos relativos a la salud y datos identificatorios, previendo un régimen diferente según el tipo de información al cual se pretenda acceder.

La información no identificatoria puede ser solicitada por el propio interesado cuando lo desee, debiendo solo acercarse al centro de salud que intervino en la práctica médica gracias a la cual nació. En cambio, para acceder a la información identificatoria, se debe iniciar un proceso judicial exponiéndose los fundamentos de peso para desvirtuar el anonimato que se le había resguardado al donante, y por el cual esta persona procedió a donar.

2. Interpretación

El acceso a la información no identificatoria no ha generado grandes debates. Solo cabe agregar que el CCyC —al igual que hace respecto del acceso a los orígenes en el campo de la filiación adoptiva (de conformidad con lo dispuesto en el art. 596 CCyC)— habilita este acceso sin establecer una edad mínima, en aplicación del principio de autonomía progresiva, según el cual si una persona menor de edad se acerca a un centro de salud a los fines de obtener información sobre aspectos relativos a la salud del donante, esta sola actitud hace presumir un interés sincero que la ley debe atender y, por lo tanto, permitir. ¿Acaso es posible, si no se fija edad mínima alguna, que un niño de 3, 4 o 5 años se acerque solo a un centro de salud para averiguar información —no identificatoria— sobre su donante? La respuesta negativa se impone. De este modo, el CCyC respeta el principio de autonomía progresiva sin caer en una postura legislativa que desprotege al niño, sino todo lo contrario.

El debate que aún sigue latente se refiere al acceso a la información identificatoria, es decir, nombre y apellido, domicilio, teléfono y cualquier otro dato que permita dar con el paradero de la persona que, en su momento, donó material genético para que esa persona y otras tantas más pudieran nacer y, a la par, varias personas vean satisfechos su derecho a formar una familia y, a la vez, el derecho a gozar de los beneficios y avances de la ciencia. ¿Acaso no nacen una gran cantidad de niños gracias a la fertilización heteróloga? Aseveración en forma interrogativa que debe ampliarse recordándose que, en tanto nuestro país extiende y reconoce el matrimonio a las parejas del mismo sexo, por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, no se puede realizar ninguna actitud que pueda poner en riesgo la posibilidad de contar con donantes, siendo que las parejas del mismo sexo siempre recurren a la fertilización heteróloga.

El otro interrogante, más complejo, reside en saber por qué, cuando se trata de identificar al donante, hay que hacerlo previa petición fundada ante un juez y esgrimiendo razones valederas que ameriten levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done. ¿Esta es una postura legislativa constitucional y convencionalmente válida? La respuesta positiva se impone. Esta restricción se debe a un interés general: que haya donaciones y, así, que nazcan niños por TRHA con material de un tercero y, por ende, que varias personas o parejas puedan ser padres/madres. También hay en juego un interés particular, ya que, si disminuye la donación, esto impediría, o al menos dificultaría, la posibilidad de que nazcan niños por TRHA heteróloga; perjudicando a un sector que debe apelar de manera obligatoria a la donación de gametos que, como se dijo, son las parejas del mismo sexo (en especial, la conformada por dos mujeres), como así también, las mujeres solas recordándose que ambas formas de organización familiar cuentan con reconocimiento y protección convencional a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH.[79]

Por otra parte, cabe destacar que existe una diferencia sustancial entre el derecho a conocer los orígenes en la adopción y en las TRHA con material de un tercero, contestándose así a aquellas críticas que se apoyan en una supuesta violación al principio de igualdad y no discriminación. En este último caso, se está hablando de conocer la realidad genética de quien aportó material a la TRHA, persona totalmente ajena al proyecto de maternidad/paternidad. En cambio, en la adopción, nos encontramos con un derecho a conocer los orígenes mucho más amplio, que involucra un "bios" —la biografía de un niño, su historia, lo que sucedió con su familia de origen, si vivió durante un tiempo en un hogar, con quién, cuánto y cómo transitó ese tiempo—; todo esto hace a la identidad de este niño, tanto en su faz estática como dinámica. Claramente, se observa que el derecho a conocer los orígenes en uno y otro tipo causa fuente filial presenta particularidades propias, no pudiéndose equiparar.

Asimismo, teniéndose en cuenta la experiencia que han tenido aquellos países que en la actualidad receptan un sistema abierto o de no anonimato, lo cierto es que estos países pasaron por una primera etapa de fuerte disminución de la donación, y aquellas personas o parejas que contaban con recursos económicos, apelaban a bancos de gametos de otros países de la región en el que la donación era anónima.

(79) Corte IDH, "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile" (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/02/2012; "Caso Fornerón e hija vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012; "Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2012.

Siguiéndose la experiencia extranjera, ninguno de los países que hoy cuentan con una regulación abierta se han inclinado desde siempre por este régimen. Por el contrario, se trata de países —como Gran Bretaña, Australia, etc.— que, ni bien regularon las TRHA, adoptaron un sistema intermedio o de ciertas restricciones para acceder a la información identificatoria, y solo una vez que se consolidó la necesidad de diferenciar paternidad de donación e internalizar los presuntos donantes que a ellos jamás les reclamarán vínculo filial alguno, pudieron empezar a construir de a poco una cierta confianza para donar a pesar de no ser anónimo. A esta llamada "cultura de la donación" se la debe construir y ello aún no se ha logrado en el derecho nacional. Aún subsiste confusión entre la figura del donante y la de progenitor, por lo tanto, hasta que se construya tal cultura, el CCyC opta por un régimen intermedio o equilibrado, a la luz de todos los derechos en pugna o en tensión.

En otras palabras, y por aplicación del principio de precaución, es probable que un sistema jurídico que defienda el no anonimato podría poner en riesgo o producir una baja disminución considerable en la cantidad de donantes, y este es un riesgo que no se puede correr, al ser el nuestro es un ordenamiento que reconoce el matrimonio igualitario y el consecuente acceso a las TRHA de manera integral, cualquiera sea la orientación sexual y estado civil de los usuarios.

Para evitar cualquier disminución en una técnica de procreación que es necesaria para muchas parejas heterosexuales, y fundamental o esencial para las parejas del mismo sexo y para las mujeres solas, el CCyC no podía receptar un régimen que pudiera poner en peligro la fertilización heteróloga, de allí que se entienda que la postura intermedia es la más equilibrada a la luz de los derechos en juego. Además, con el tiempo, se podría ir construyendo la mencionada "cultura de la donación" para, a lo mejor en algunos años, repensar si el sistema jurídico de anonimato relativo que adopta el CCyC debería ser mantenido.

En definitiva, en el contexto social actual en el que las TRHA siguen generando ciertas resistencias, la postura que adopta el CCyC pasa el test de constitucionalidad/convencionalidad, siendo una línea legislativa válida a la luz de todos los intereses involucrados.

CAPÍTULO 3
Determinación de la maternidad

ARTÍCULO 565.- ***Principio general.*** *En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.*

La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.

Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

1. Introducción

El CCyC mantiene el principio rector en materia de determinación de la maternidad, siguiendo los antiguos preceptos romanos *partus sequitum ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta). Por lo tanto, el vínculo materno

queda establecido con la prueba del nacimiento y la identidad del recién nacido, tal como lo establecía el art. 242 CC, según la ley 23.264.

El Código quita todo tipo de reconocimiento materno al establecer un régimen de determinación de la maternidad (sea matrimonial o extramatrimonial) de carácter legal y no basado en la voluntad, como sería si se permitiera, en algún supuesto, que quien da a luz reconozca a ese niño.

Se mantiene la notificación a la madre de que, bajo su nombre, se ha procedido a inscribir a un niño generándose el correspondiente vínculo filial. Ello acontece cuando la madre no fue quien realizó la correspondiente inscripción de nacimiento o si no lo inscribió el cónyuge. Si la inscripción la realiza el cónyuge queda determinada la filiación también del cónyuge sobre ese niño, de conformidad con lo dispuesto en el próximo articulado.

Por último, se remite de manera expresa a la ley especial —la ley 26.413, que regula el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas—, que es la que se ocupa, entre otras tantas cuestiones, de resolver qué sucede con la inscripción de nacimiento de un niño cuando se carece de un elemento central, como es el certificado de nacimiento.

2. Interpretación

Cabe recordar que el art. 242 CC expresaba: *"La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido".* Si bien el CCyC mantiene el modo de asignar o dejar determinada la filiación materna, lo cierto es que introduce varias modificaciones.

En primer lugar, se deja bien en claro que la determinación de la maternidad, que regula la disposición en análisis, rige para los supuestos de filiación por naturaleza; no así para los casos de filiación derivada de TRHA o de filiación adoptiva, cuyos vínculos jurídicos nacen por aplicación de otros principios en los que la autonomía de la voluntad ocupa un rol central.

Además, la nueva legislación civil y comercial deroga o elimina de su texto toda referencia al reconocimiento materno. Esta postura fue criticada por Azpiri, quien consideró que esta eliminación implicaría que algunos supuestos de excepción queden sin solución legal. Expresamente asevera: *"En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, rige la ley 26.413 (…) que en su artículo 32 determina la necesaria presentación del certificado médico con la identificación de la madre para inscribir el nacimiento y si el parto se produjo fuera de un establecimiento asistencial sin intervención médica, resulta ineludible la revisación profesional para determinar la edad presunta y el sexo del nacido, en su caso el certificado del estado puerperal de la madre y la declaración de dos testigos que acrediten el lugar del nacimiento, el estado de gravidez de la madre y haber visto con vida al recién nacido. La cuestión se complica cuando ha habido un abandono por parte de la madre de tal modo que no puede ser identificada y se ha inscripto solo el nacimiento, sin atribuir obviamente, la maternidad a una mujer determinada. La norma en comentario no contempla cómo podría hacer la mujer para asumir luego ese vínculo jurídico, ni tampoco lo hace la ley 26.413 y a ello cabe agregar que el proyectado artículo 571 referido a las formas de reconocer no reproduce el último párrafo del actual artículo 248 que posibilita*

que la madre reconozca al hijo cuando no haya mediado inscripción de ese vínculo conforme al artículo 242".[80]

Veamos, en primer lugar, la quita de toda mención a la figura o posibilidad de reconocimiento alguno en el campo de la determinación de la filiación de la maternidad se condice con el silencio al respecto que observa el art. 571 CCyC; por lo tanto, es claro que en el Código no es posible el reconocimiento materno. De este modo, en la filiación biológica o por naturaleza la única forma de determinación es la que prevé el articulado en comentario: prueba del parto e identidad del recién nacido. El ejemplo que esgrime Azpiri para demostrar la impertinencia de quitar toda alusión al reconocimiento materno es el de un niño "abandonado". ¿Acaso si alguien encontrara un niño abandonado en la vía pública directamente con su sola voluntad —reconocimiento— el registro procedería a inscribirlo? La respuesta negativa se impone, y ello es así porque la sola voluntad de la mujer no es suficiente para dejar determinado el vínculo filial. En este caso, debería intervenir la justicia para probar, en esta instancia, los elementos que indica el articulado en comentario para que, justamente, opere la determinación legal que aquí se regula.

Cabe destacar que la obligación de notificar a una mujer acerca de que se ha procedido a inscribir el nacimiento de un niño a su nombre sí se mantiene; es decir, quedó determinado el vínculo filial entre la mujer y el niño por aplicación de los elementos centrales para que opere esta determinación filial de carácter legal: la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. No se trata —como en el anterior texto— de que el vínculo filial dependa de la voluntad de esa mujer a través del reconocimiento (como ya se adelantó); sino que la filiación, ya determinada por ley, debe ser comunicada a la persona con quien quedó establecido un vínculo filial por indicación legal. La misma normativa enseña que la notificación no es necesaria cuando, precisamente, ha sido la propia mujer quien procedió a realizar la inscripción de nacimiento, o cuando quien lo hizo fue el o la cónyuge.

En segundo lugar, otra modificación que introduce el CCyC comprende otra quita o eliminación. Se trata de la "ficha del recién nacido", que regula la ley 24.540 de identificación del recién nacido, sancionada en 1995 y que, hasta la actualidad, nunca ha sido reglamentada.

Por último, el texto actual —contrariamente al régimen derogado— establece de manera expresa que el supuesto excepcional por el cual se carece de certificado médico como elemento esencial sobre el cual queda determinada la filiación materna pudiéndose inscribir el nacimiento a favor de esta, se encuentra resuelta en la ley especial Así, el art. 32 de la ley 26.413, tras destacar cómo se prueba el hecho del nacimiento cuando acontece en un establecimiento asistencial, prevé dos supuestos más: 1) los nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial pero con atención médica, cuya prueba se da del mismo modo que cuando se produce dentro de un establecimiento asistencial —o sea, el supuesto mayoritario—; y 2) los nacimientos ocurridos también fuera de un establecimiento médico asistencial pero sin atención médica, con el certificado médico emitido por el establecimiento médico asistencial público con determinación de edad presunta y sexo, y, en su caso, un certificado médico del estado

(80) Azpiri, Jorge O., "La filiación en el Proyecto de CCyC", en *Revista de Derecho de Familia y de la Persona*, año IV, nº 6, Bs. As., La Ley, julio 2012, p. 115 y ss., publicada también en *Revista de Derecho Privado y Comunitario sobre "Proyecto de CCyC- I"*, 2012-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 363 y ss.

puerperal de la madre y los elementos probatorios que la autoridad local determine. Más allá de esta remisión o apertura a lo que prevea la ley local, de mínima, la ley nacional dispone que debe recabarse la declaración de dos testigos "*que acrediten el lugar de nacimiento en la jurisdicción de que se trate, el estado de gravidez de la madre y haber visto con vida al recién nacido, los que suscribirán el acta de nacimiento*" (conf. art. 32, última parte).

CAPÍTULO 4

Determinación de la filiación matrimonial

ARTÍCULO 566.- ***Presunción de filiación.*** *Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.*

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.

1. Introducción

Por aplicación del principio de igualdad y no discriminación según la orientación sexual, la determinación de la filiación que se deriva del matrimonio opera en el marco de un matrimonio integrado por parejas de igual o de diverso sexo. Por ese motivo, se reemplaza la presunción legal de paternidad del marido de la madre por un concepto más neutro y general, como es la presunción legal de la filiación del cónyuge de quien da a luz, pudiendo ser este cónyuge un hombre (padre) o una mujer (co-madre). Si bien esta es la modificación más importante que introduce el CCyC, en total consonancia con los avances doctrinarios y jurisprudenciales desarrollados tras la sanción de la ley 26.618 —que extendió la figura del matrimonio a todas las personas, con total independencia de su orientación sexual—, lo cierto es que esta normativa observa otras modificaciones que también responden a avances y/o advertencias esgrimidas por la doctrina y/o la jurisprudencia.

El CCyC recepta un modo único de computar el plazo de 300 días durante el cual opera la presunción legal. Así, a todo niño que nace dentro de un matrimonio se lo tiene por hijo matrimonial y, por lo tanto, opera la presunción en análisis; esta se mantiene hasta los 300 días a contar desde la interposición de la demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio, separación de hecho o fallecimiento del cónyuge. He aquí tres modificaciones del CCyC:

a. solo regula el plazo en que rige la presunción legal y no su contrapartida, desde cuándo deja de regir —o sea, cuándo ya no se aplica la presunción—, siendo esta una clara reiteración desde dos puntos de vista diferentes (cuándo se presume y cuándo no se presume la filiación matrimonial de quien da a luz);
b. agrega como causal de extinción de la presunción la muerte del cónyuge de quien da a luz; y
c. deroga la separación personal como causa fuente desde la cual comienza a correr el plazo en el que se aplica o mantiene la presunción legal de filiación matrimonial.

La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida también puede ser matrimonial o extramatrimonial. Es matrimonial —y, por ende, se aplican los mismos plazos de presunción— siempre y cuando se haya procedido a exteriorizar la voluntad procreacional manifestada en el correspondiente consentimiento formal, libre e informado. En otras palabras, para que opere la presunción legal de filiación del cónyuge de quien da a luz cuando se trata de niños nacidos de TRHA, no solo se debe producir el alumbramiento en los plazos establecidos en la norma, sino también haberse prestado el correspondiente consentimiento formal, libre e informado, siendo que la voluntad procreacional es el modo de determinación filial en los supuestos de filiación derivada de las TRHA.

2. Interpretación

La sanción de la ley 26.618, denominada de "matrimonio igualitario", generó nuevos interrogantes y conflictos en el plano jurídico. Uno de los debates más encendidos involucró al derecho filial y, en particular, si podía extenderse la presunción legal del marido de la madre a los supuestos de matrimonios conformados por dos mujeres. En un principio, existían dos posturas: una a favor y otra en contra. Con el tiempo, y de conformidad con la práctica registral, cada vez una mayor cantidad de registros civiles fueron aplicando el art. 243 del CC a todos los matrimonios, de igual o diverso sexo, por aplicación del principio de igualdad y no discriminación que está expresamente previsto en el art. 42 de la ley 26.618, y que dice: *"Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo"*, principio básico que también es replicado de manera más sintética en el art. 402 CCyC.

¿Era posible perjudicar a los niños nacidos de un matrimonio conformado por dos mujeres, quienes solo tendrían vínculo jurídico con la mujer que lo parió y no con su cónyuge teniendo así un solo vínculo filial, a diferencia de los nacidos en el marco de un matrimonio conformado por una pareja de distinto sexo, que tienen doble vínculo? La respuesta negativa se impone y esto es lo que fueron entendiendo de manera progresiva los distintos registros civiles de cada jurisdicción local. Esta realidad jurídica debía ser tenida en cuenta en la nueva legislación civil y comercial, y así fue al reconocer que la presunción legal de filiación con el cónyuge de la persona que da a luz acontece tanto en los matrimonios entre personas de diverso sexo como de igual sexo.

De este modo, el CCyC respeta el principio de igualdad en su doble vertiente, desde el punto de vista del ámbito de aplicación subjetivo. Desde el punto de vista de los adultos, porque las parejas casadas de igual o diverso sexo tienen los mismos derechos en cuanto al reconocimiento jurídico en materia filial; y, principalmente, desde el punto de vista de los hijos, quienes tienen los mismos derechos, ya sea que nazcan en el marco de un matrimonio conformado por personas de igual o en uno de diverso sexo. En definitiva, la postura legislativa que adopta el CCyC es la que ya opera en la práctica desde hace tiempo, por fuerza de los debates doctrinarios y jurisprudenciales desarrollados tras sancionarse la ley 26.618.

Por otra parte, el CCyC introduce algunas modificaciones que mejoran la redacción del texto anterior, el art. 243 CC.

En primer término, se adopta un solo momento desde el cual empieza a correr el plazo de 300 días dentro del cual se presume el vínculo filial con el cónyuge de la mujer que da a luz cuando se trata de divorcio o anulación del matrimonio: la interposición de la demanda, como sostenía la doctrina mayoritaria, y no la sentencia.

En segundo lugar, se quita del texto la separación personal como una de las causales de cese de la presunción legal, lo que responde a una coherencia del sistema legal. Si la separación personal es derogada como figura que puede plantearse ante la desavenencia de un matrimonio, ella debe desaparecer en todos aquellos ámbitos en los cuales esta institución tenía injerencia o impacto: uno de ellos es el de la filiación y, en particular, en la determinación de la filiación matrimonial, y así se hace.

La tercera modificación involucra la incorporación, como causal de cese de presunción legal de filiación, del fallecimiento del cónyuge de la mujer que da a luz. Sucede que el art. 243 CC se refería de manera general a la disolución del matrimonio, siendo el fallecimiento una de las causales de ello. De este modo, el fallecimiento era una causal de cese de la presunción transcurrido un lapso temporal indirecto. Por el contrario, en el CCyC el fallecimiento constituye una causal directa o expresa.

No se menciona a la presunción de fallecimiento porque, según la regulación que establece el CCyC en esta figura, el tiempo que insume el proceso para la declaración de presunción de fallecimiento implicará, a la vez, que opere otra causal de cese de la presunción legal filial: la separación de hecho. Por lo tanto, la declaración de presunción de fallecimiento no podría ser causal autónoma de cese de dicha presunción legal.

El CCyC mantiene la separación de hecho como otra de las causas para hacer cesar la presunción legal de filiación del cónyuge de quien da a luz, que debe probarse en el marco de un proceso judicial en virtud de que la legislación en materia registral no autoriza a los registros públicos a demostrar administrativamente la situación fáctica de separación de hecho por el plazo que indica la norma en análisis, de manera que esa alegación valga por sí sola para hacer cesar la presunción legal.

Por último, cabe destacar que la norma en comentario también involucra el nacimiento de niños nacidos por TRHA en el marco de un matrimonio, siempre y cuando se de cumplimiento a un requisito básico en materia de determinación filial en los casos de filiación derivada por TRHA: la voluntad procreacional debidamente exteriorizada en un consentimiento formal, libre e informado. De esta manera, cuando se trata de TRHA, no vale solo nacer dentro de los plazos establecidos en la ley, sino, además, contar con el correspondiente consentimiento con las formalidades que se explicitan en los arts. 560 y 561 CCyC. En otras palabras, en la filiación biológica o por naturaleza, el matrimonio es un acto central para que opere la presunción filial que se regula en la norma en análisis; en cambio, cuando se trata de filiación por TRHA, se necesita, además, el correspondiente consentimiento para que se genere vínculo filial entre el niño y el cónyuge de la persona que dio a luz.

Dentro de este contexto, la presunción de filiación matrimonial deja de tener un rol principal cuando se trata de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, siendo la voluntad procreacional y el correspondiente consentimiento, el principio que rige, haya o no matrimonio.

Por ende, si una persona no manifestó su voluntad procreacional mediante el correspondiente consentimiento formal, libre, previo e informado, y se encuentra casado con la mujer que dio a luz un niño por el uso de TRHA, en principio, y como no hay constancia de dicho procedimiento, operaría la presunción legal que prevé la ley al entender que se trataría de un supuesto de filiación por naturaleza, pero el cónyuge que no prestó el debido consentimiento puede probar la existencia del proceso médico y la falta de consentimiento para desvirtuar la presunción de filiación matrimonial. Sería un supuesto más —también de excepción— en el que se necesita probar, por información sumaria, las razones por las cuales no debe operar la presunción legal de filiación matrimonial, al igual que acontece en la separación de hecho cuando la mujer está casada pero se encuentra separada de hecho y esta situación fáctica no puede acreditarse en el registro civil sino en sede judicial.

ARTÍCULO 567.- ***Situación especial en la separación de hecho.*** *Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial.*

1. Introducción

El CCyC mantiene la regulación de un supuesto excepcional: qué ocurre cuando, aún cesada la presunción legal de filiación del cónyuge de quien da a luz por haber transcurrido más de 300 días de producida la separación de hecho, el vínculo matrimonial siguió vigente.

El CCyC, al igual que el CC, resuelve la cuestión estableciendo que el niño será matrimonial siempre y cuando se cumpla con el siguiente requisito: que sea inscripto mediando el consentimiento de ambos miembros del matrimonio. Se trata de un supuesto especial en el que cesó la presunción legal que establece como principio el art. 566 CCyC y, por lo tanto, adquiere relevancia la voluntad de los cónyuges para que el niño sea matrimonial. Esta voluntad será mera expresión manifestada en el registro civil al inscribir al hijo en el caso de filiación biológica y, en cambio, esta manifestación será diferente al tener que cumplimentarse los requisitos previstos en los arts. 560 y 561 CCyC, para que el consentimiento sea formal, previo y libre, como acontece en los casos de filiación derivada de las TRHA.

2. Interpretación

El art. 245 CC disponía *"Aun faltando la presunción de la paternidad del marido en razón de la separación legal o de hecho de los esposos, el nacido será inscripto como hijo de los cónyuges si concurre el consentimiento de ambos"*. En este contexto normativo en el que se mantenía la doble figura ante la desavenencia matrimonial de la separación personal y el divorcio vincular, era entendible que el supuesto excepcional que se analiza en esta oportunidad involucrara tanto el caso de la separación de hecho como la separación personal por más de 300 días, plazo en el cual cesaba la presunción legal de filiación del cónyuge de la persona que da a luz.

El CCyC deroga la figura de la separación personal no solo por su poca aplicación práctica en el marco de un divorcio que no prevé plazo de espera alguno, sino porque además se trataba de una figura cuyo mantenimiento respondía a una concesión a la Iglesia Católica. En este nuevo contexto legal, era obvio que la regulación de la situación excepcional debía circunscribirse a la separación de hecho, único supuesto fáctico/jurídico en el que las personas continúan casadas, pero que hace presumir una conducta distinta en la que deja de estar presente una noción básica en las relaciones de pareja como lo es el proyecto de vida en común, también presente en las uniones convivenciales.

En el contexto ahora vigente, solo es posible la existencia de cese de la presunción, pero subsistente el matrimonio cuando se trata de una separación de hecho en la que los cónyuges continúan manteniendo algún tipo de vínculo por el cual la mujer puede quedar embarazada al haber continuado manteniendo relaciones sexuales con su marido, con quien ya no convive. También sería una situación excepcional, pero es posible que esto mismo acontezca, en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida, es decir, que a pesar de seguir casados, pero separados de hecho, dos personas lleven adelante un tratamiento de fertilidad, por el cual el niño nace en el marco de un matrimonio que se encuentra separado de hecho por más de 300 días y, por lo tanto, cesada la presunción de filiación que prevé el art. 566 CCyC.

En este último supuesto, para que opere la presunción legal de filiación matrimonial de los hijos nacidos por TRHA, se requiere, además, contar con la debida exteriorización de la voluntad procreacional en su carácter de elemento central para la determinación filial en la filiación por TRHA. Entonces, en el supuesto especial que regula la disposición en comentario, y tratándose de TRHA, se debería contar con un "doble consentimiento": primero, el relativo a las TRHA, que permite determinar la paternidad y/o maternidad, y segundo, el que permite inscribir al nacido como hijo de cónyuges separados de hecho.

En definitiva, los cambios que introduce el CCyC son los ajustes mínimos que debe observar esta regulación a los fines de alcanzar una mirada integral y sistémica del ordenamiento civil y comercial, 1) derogando también en esta oportunidad toda mención a la separación personal, y 2) extendiendo la regulación a los casos de filiación derivada de las TRHA, siempre según las reglas propias que, para este tipo filial, introduce el CCyC.

ARTÍCULO 568.- ***Matrimonios sucesivos.*** *Si median matrimonios sucesivos de la mujer que da a luz, se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene vínculo filial con el primer cónyuge; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vínculo filial con el segundo cónyuge.*

Estas presunciones admiten prueba en contrario.

1. Introducción

El CCyC mantiene la regulación de otro supuesto excepcional como lo es el de matrimonios sucesivos por parte de la persona que da a luz. Se trata de una normativa que pretende responder el interrogante acerca de sobre quién pesa la presunción legal de filiación matrimonial cuando una persona nace vigente el plazo de los 300 días en el que se mantiene la presunción legal con el primer cónyuge, pero quien da a luz se encuentra

ya unido en matrimonio con otra persona, su segundo cónyuge. ¿Quién es el padre/madre del niño, es decir, sobre quien pesa la determinación legal de filiación matrimonial?

El CCyC sigue la postura adoptada por el CC, diferenciando dos supuestos fácticos:

1. si el niño nace dentro de los 300 días en los que opera la presunción del art. 566 CCyC, y dentro de los 180 días de celebrado el segundo matrimonio, el padre o madre legal es el cónyuge del primer matrimonio; y
2. si el niño nace también dentro del plazo de 300 días vigente la presunción legal, pero posterior a los 180 días de la celebración del segundo matrimonio, el padre o madre legal es el cónyuge del segundo matrimonio.

Se tratan de presunciones *iuris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario. Los plazos son los mismos que en el CC, y evidencian total consonancia con el mantenimiento del plazo máximo y mínimo de duración del embarazo que establece el art. 20 CCyC.

2. Interpretación

El juego de presunciones legales que se establece en la normativa en análisis corresponde para el supuesto específico de la filiación por naturaleza o biológica. Para el caso de la filiación derivada de las TRHA, la cuestión no tendría mayor relevancia en razón del consentimiento formal, libre e informado sobre el cual se edifica la determinación filial en esta tercera causa fuente filial.

El art. 568 CCyC responde a las diferencias que observa la filiación biológica y la filiación por TRHA; de allí que ambas presenten en el CCyC reglas propias. De este modo, hay disposiciones que solo deben ser aplicadas para el primer tipo filial y otras normativas para el restante.

Si bien el supuesto de matrimonios sucesivos es excepcionalísimo, el CCyC no podría derogarlo porque si así lo hubiese hecho debería haberse explicado la razón de ello. Que una situación sea excepcional no significa que deba quedar afuera de toda previsión legal, máxime cuando ella ya estaba prevista en el CC. De este modo, se entendió que era mejor mantenerla —previa readecuaciones lógicas— que quitarla del nuevo texto civil y comercial.

En primer término, cabe destacar que la regulación en análisis no observa ningún cambio esencial respecto al art. 244 CC. Así, se mantienen los mismos plazos que responden al plazo general del máximo y mínimo de tiempo de duración del embarazo que regula el art. 20 CCyC y, por lo tanto, en este marco, se entiende que para el caso de un niño que nace con anterioridad a los 180 días de celebrado el segundo matrimonio, el hijo se presuma del primer cónyuge y si nace después de esos 180 días, lo sea del segundo cónyuge.

Por otra parte, y dada la obligada perspectiva constitucional/convencional, por aplicación del principio de igualdad, la previsión en análisis se aplica para un matrimonio conformado tanto por una pareja de igual sexo como de diverso sexo. Por ello no se habla de la presunción de paternidad del primer o segundo marido, sino de presunción de filiación matrimonial del primer o segundo cónyuge de quien a da luz.

Como se dijo, cabe remarcar que la situación excepcionalísima que se regula aquí —y también en el CC— opera solo para los casos de filiación por naturaleza, ya que aquí lo que importa, en definitiva, es la época de la concepción vinculada de manera directa al acto sexual.

ARTÍCULO 569.- ***Formas de determinación.*** *La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:*

a. *por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas;*
b. *por sentencia firme en juicio de filiación;*
c. *en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.*

1. Introducción

El CCyC, al igual que el CC, dispone que la filiación matrimonial se determina por la correspondiente inscripción, de conformidad con las previsiones que establecen las leyes 24.540 y 26.413, leyes especiales que complementan la legislación civil y comercial, más la prueba del matrimonio. Justamente, esta última es la que indica que la filiación es matrimonial siempre y cuando también se esté dentro del plazo que prevé el art. 566 CCyC, en el que opera la presunción legal de filiación del o la cónyuge de quien da a luz.

Tratándose de la filiación por naturaleza, la determinación de la filiación es legal, es decir, queda establecida con total independencia de la voluntad del o la cónyuge de la mujer, a tal punto que un tercero está facultado a inscribir al niño; y este, a tener doble vínculo filial con ambos miembros del matrimonio, si se acreditan los requisitos que prevé la ley.

La única modificación que introduce el CCyC está en el último inciso, referido a la filiación por TRHA. La determinación de la filiación matrimonial de niños nacidos de TRHA se deriva también de la correspondiente partida de matrimonio entre los cónyuges/progenitores, pero, además, es un elemento central contar con el consentimiento previo, formal e informado que prevé el mismo CCyC y sobre el cual se estructura la determinación de la filiación en general para el supuesto de TRHA.

2. Interpretación

En lo que respecta a la filiación por naturaleza, el CCyC no introduce ninguna modificación sustancial. Así, los hijos son matrimoniales cuando la inscripción cumple con los requisitos que establecen las leyes especiales y complementarias, como la ley 26.413. A ello se agrega, además, la prueba del matrimonio, es decir, la partida de matrimonio, que muestra que el niño ha nacido dentro de una relación matrimonial.

Si bien, como se analizará más adelante, las acciones de filiación matrimonial y extramatrimonial, según se las regula en el CCyC, se asimilan según el principio de igualdad —no siendo posible mantener diferencias en instituciones claves como la legitimación y la caducidad—, lo cierto es que ambas esferas siguen presentando algunas diferencias de tipo ontológicas en lo relativo a la determinación de la filiación. Así, en el caso de la filiación matrimonial, el modo para determinar el vínculo filial con el cónyuge que da a luz es por aplicación de la presunción legal que establece el art. 566 CCyC. Por el contrario, si quien da a luz no se encuentra casada, su pareja —convivencial o circunstancial— debe prestar la debida voluntad a través de la figura del reconocimiento.

La otra modalidad o modo de determinación de la filiación matrimonial, que también regulaba expresamente el art. 246 CC, es la sentencia judicial firme en el correspondiente juicio de emplazamiento filial cuyas personas emplazadas se encontraban casadas al momento del nacimiento del niño.

La novedad o incorporación que introduce la disposición en análisis se refiere a la determinación de la filiación matrimonial de niños nacidos por TRHA. Ello se condice con la incorporación en el CCyC de las TRHA como una tercera causa/fuente filial con reglas propias, en especial, en lo atinente a la determinación de la filiación en torno a la voluntad procreacional y su consecuente exteriorización mediante un consentimiento previo, formal e informado, con total independencia de que el material genético haya sido aportado por los integrantes del matrimonio o por terceros.

Así, si los adultos están casados, se sometieron a TRHA y prestaron el correspondiente consentimiento, queda determinada la filiación matrimonial en el marco de este tercer tipo filial, como lo son las TRHA. Si bien en todo matrimonio opera la presunción legal que establece el art. 566 CCyC, cuando se trata de TRHA y se ha procedido a acompañar el consentimiento que prevén los arts. 560 y 561 CCyC, el vínculo filial será inimpugnable —otra característica distintiva de la filiación derivada de las TRHA—.

En definitiva, la disposición en análisis establece que la determinación de la filiación matrimonial queda establecida del siguiente modo:

a. certificado nacimiento y partida o libreta de matrimonio: filiación por naturaleza matrimonial;
b. acción de emplazamiento filial, haciéndose lugar a la acción a favor de una pareja casada: filiación por naturaleza matrimonial;
c. consentimiento médico protocolizado por escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria, certificado de nacimiento y partida o libreta de matrimonio: filiación por TRHA matrimonial.

CAPÍTULO 5

Determinación de la filiación extramatrimonial

ARTÍCULO 570.- ***Principio general.*** *La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.*

1. Introducción

En el campo del derecho filial, respetándose el principio de igualdad y no discriminación, se mantiene la diferencia entre filiación matrimonial y extramatrimonial en un solo ámbito: la determinación filial con respecto a la otra persona que está en pareja —casada o no, convivencial o circunstancial— de quien da a luz. En otras palabras, la determinación de la maternidad es única e igual, se trate de una filiación matrimonial (madre casada) o extramatrimonial (madre no casada, en unión convivencial o no). En cambio, la determinación de la filiación con la pareja de esa mujer sí difiere según esta esté o no unida en matrimonio. En el primer caso, se está ante la presunción legal que regula el art. 566 CCyC; en el segundo supuesto se debe apelar a la figura denominada "reconocimiento".

El reconocimiento es un acto jurídico familiar hábil para la determinación de la filiación en el campo de la filiación extramatrimonial, en los casos de filiación biológica o por naturaleza, siendo que en el caso de la filiación por TRHA el elemento central para la determinación filial es otro: la voluntad procreacional debidamente exteriorizada en el correspondiente consentimiento formal, previo e informado.

El CCyC establece un triple modo para que quede determinada la filiación extramatrimonial:

1. reconocimiento (filiación por naturaleza);
2. consentimiento previo, informado y libre (filiación por TRHA); y
3. sentencia en juicio de filiación (filiación por naturaleza en los casos de reclamación o, de manera excepcional, en los casos de filiación por TRHA, cuando exista algún conflicto derivado del consentimiento).

2. Interpretación

El CCyC regula en un capítulo propio la determinación de la filiación extramatrimonial, es decir, aquellos casos en los que, quienes pretenden ser considerados progenitores, no se encuentran unidos en matrimonio con quienes dan a luz.

Es sabido que el principio de igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales se refiere a los efectos que se derivan del vínculo filial, pero no justamente en lo relativo a la determinación de la filiación y a su contracara, las acciones. Más allá de que el CCyC introduzca varias modificaciones auspiciadas por el principio de igualdad en lo que atañe a las acciones de filiación, lo cierto es que el matrimonio de las personas constituye un dato de relevancia en el campo de la filiación.

Así, cuando se trata de un niño nace dentro de un matrimonio, opera la presunción legal de filiación que se deriva de este hecho y, por el contrario, si se carece de ello, no hay modo de hacer jugar dicha presunción legal y, por ello, es necesario que la filiación quede determinada por la voluntad a través de la figura del reconocimiento. Así es cuando se trata de filiación por naturaleza.

Por otra parte, cabe destacar que ni en el CCyC ni en el CC, el matrimonio posterior de los progenitores convierte a los hijos en hijos matrimoniales. En este sentido, si un niño nace y sus progenitores contraen matrimonio posteriormente, el hijo es extramatrimonial y se aplican las reglas que prevé el articulado en comentario. Esta consideración ha tenido un fuerte peso para dar lugar al decreto 1006/2012, que resolvió el problema puntual de los niños nacidos en el marco de una pareja conformada por dos mujeres que, al momento del nacimiento, no se podían casar y, por lo tanto, los niños no nacieron en el contexto de un matrimonio y no pudo operar la presunción legal de filiación de la cónyuge de la madre, quedando todos estos niños sin poder ostentar un doble vínculo filial, con los perjuicios que se derivan de ello.

De manera sintética, este decreto crea un régimen administrativo que consiste en la posibilidad de completar el acta de nacimiento de un niño cuya madre contrajo matrimonio con otra mujer posteriormente a su nacimiento, y ambas prestan el correspondiente consentimiento para que se proceda a tal modificación. Veamos, el decreto dispone en su art. 1°: *"Establecese por el término de un (1) año, contado a partir de la publicación del presente decreto y con carácter excepcional, prorrogable por un (1) año más, un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de dieciocho (18) años de edad de matrimonios conformados por dos (2) mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley 26.618, de acuerdo con los términos establecidos por el artículo 36, inciso c) de la Ley 26.413, sustituido por el artículo 36 de la citada Ley"*.

Para que se proceda a completar el acta de nacimiento debían darse otros requisitos: que ambas cónyuges manifiesten expresamente su pleno consentimiento para la

inscripción (art. 3º) y, a la vez, que el niño no tenga filiación paterna inscripta con anterioridad (art. 5º), por aplicación del reiterado principio de "doble vínculo" que mantiene el art. 558 CCyC.

El fundamento de este dispositivo consistió en evitar la judicialización de los casos ante la negativa de varios registros civiles de permitir a estas mujeres casadas con quienes habían dado a luz un niño "reconocerlo" sobre la base del principio de igualdad y no discriminación. El tratamiento discriminatorio era evidente: si una pareja conformada por un hombre y una mujer tiene un hijo y, al tiempo, contraen matrimonio, es sabido que este niño es extramatrimonial porque nació fuera del matrimonio, sin importar que los padres hayan formalizado la unión tiempo después, por lo tanto, el niño tenía rápidamente vínculo con el hombre apelándose a la figura del reconocimiento. Esta facilidad no era admitida en los casos de matrimonios integrados por dos mujeres. ¿Qué sucedía con estos niños? Esto lo resolvió el mencionado decreto 1006/2012 al permitir un sistema administrativo para completar el acta de nacimiento con la cónyuge de quien dio a luz. Ahora bien, ¿qué sucede si las mujeres deciden por aplicación del principio de libertad no contraer matrimonio? ¿Se permitiría apelar a la figura del reconocimiento? La respuesta negativa se impone. El reconocimiento se aplica a la filiación por naturaleza. ¿Cuál es la razón de ello? El reconocimiento es el acto jurídico familiar por el cual "una persona declara que otro es su hijo"; es decir, se trata de un acto de carácter unilateral, irrevocable y formal mediante el cual queda determinado el vínculo filial con la persona con la que se tiene nexo biológico. De este modo, el reconocimiento queda reservado para la filiación por naturaleza, por ser una figura que supone o está prevista para los casos en los que existe —salvo acción en contrario— un nexo biológico entre el niño y el reconociente.

Así, en nuestro ordenamiento jurídico si un hombre reconoce un hijo extramatrimonial a sabiendas de que no es su hijo biológico, estaría incurriendo en el delito de supresión y suposición del estado civil y de la identidad (art. 138 CP y ss.). Consecuentemente, en el contexto de las TRHA, podría llevar a que solo se admita el reconocimiento del hombre o de la segunda mujer si esta aporta su material genético o, en otras palabras, a que no se permita su reconocimiento si no lo ha aportado. Precisamente, para evitar estos conflictos, el CCyC es claro acerca de cómo queda determinada la filiación cuando se trata de TRHA: por la voluntad procreacional debidamente exteriorizada a través del consentimiento previo, formal e informado.

¿Qué sucede con los niños nacidos antes de la puesta en vigencia del CCyC, cuyas madres no contrajeron matrimonio y para los cuales no puede operar ni la presunción legal de filiación matrimonial ni tampoco el régimen transitorio que prevé el mencionado decreto 1006/2012? La disposición transitoria tercera establece: *"Los nacidos antes de la entrada en vigencia del presente Código por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas, cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz, y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta"*.[81] De este modo, quedan cubiertas todas las posibilidades que pueden darse en la práctica para que todos los niños —nazcan en el marco de una pareja casada o no,

(81) Ley 26.994, art. 9°, tercera disposición transitoria.

conformada por personas de igual o diverso sexo—, puedan tener determinado su correspondiente vínculo filial. Según la normativa en análisis, las diferentes posibilidades que pueden presentarse en el marco de la filiación extramatrimonial son las siguientes:

a. certificado de nacimiento y reconocimiento: filiación por naturaleza extramatrimonial;
b. certificado de nacimiento y consentimiento protocolizado por escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria: filiación por TRHA extramatrimonial (vigente el CCyC o, antes, por aplicación del proceso administrativo para completar el acta para el que también es necesario contar con el correspondiente consentimiento previo, formal e informado).

En todos estos supuestos, el procedimiento administrativo es similar ante el registro civil correspondiente.

ARTÍCULO 571.- ***Formas del reconocimiento.*** *La paternidad por reconocimiento del hijo resulta:*

a. *de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;*
b. *de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido;*
c. *de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.*

1. Introducción

El CCyC mantiene la figura del reconocimiento como eje central para la determinación de la paternidad, en el marco de la una filiación extramatrimonial heterosexual. Esta es la única previsión que, de manera precisa, habla de "paternidad" —a diferencia del derogado art. 248 CC, que comenzaba diciendo "*El reconocimiento del hijo resultará...*"—.

En la normativa en análisis, a diferencia del resto, nada se dice sobre las TRHA. Ello responde a que, justamente, se reafirma que el reconocimiento es una figura que se desarrolla en el campo de la filiación extramatrimonial en parejas no casadas de diferente sexo, como ha venido siendo hasta ahora. De este modo, los niños nacidos de TRHA se rigen por otras reglas, que observan elementos diferenciadores como el consentimiento previo, formal e informado, que regula los arts. 560 y 561 CCyC; y el instrumento que exterioriza la voluntad procreacional, que regula el art. 562 CCyC.

Una modificación que introduce el Código se refiere a la derogación expresa del reconocimiento materno por las razones expuestas al analizar el art. 565 CCyC; de allí la quita, como lo hacía el art. 248 CC: "*Lo prescripto en el presente capítulo es aplicable a la madre cuando no hubiera tenido lugar la inscripción prevista en el artículo 242*".

2. Interpretación

En el CCyC, el reconocimiento queda reservado para la paternidad en los casos de niños nacidos por filiación biológica en el marco de una filiación extramatrimonial heterosexual, siendo que en los supuestos de filiación extramatrimonial entre parejas del mismo sexo y parejas de diverso sexo que acudan a TRHA, se aplican las reglas generales de la filiación derivada de las TRHA, en las que el principio de voluntad procreacional observa un rol fundamental.

¿Constituye la diferencia que observa el CCyC en materia de determinación de la filiación extramatrimonial una postura que pasa el obligado test de constitucionalidad- convencionalidad? La respuesta positiva se impone porque, precisamente, es en materia filial en la que siempre la ley hizo distinciones entre la faz matrimonial y la extramatrimonial; este Código no incurre en discriminación alguna: sigue misma línea en el caso de las parejas de igual o diverso sexo. Sucede que los niños que nacen en el marco de parejas del mismo sexo los son, en la gran mayoría, por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Justamente por ello, en el caso de la filiación matrimonial, no alcanza con que los adultos estén casados sino que, además, debe contarse con el correspondiente consentimiento previo, formal e informado, acto fundamental para que quede determinada la filiación en el marco de las TRHA. En este contexto, fácil se advierte que, cuando se recurre a las TRHA, se debe acompañar el pertinente consentimiento y consecuente formalización de la voluntad procreacional, sea una filiación matrimonial o extramatrimonial, por lo que acá también rige la regla de igualdad.

El CCyC mantiene las tres causas/fuente del reconocimiento, enumerando en primer término la modalidad que más se utiliza en la práctica: la manifestación de la voluntad ante el registro civil. Continúa, entonces, el debate doctrinario acerca de si las tres modalidades constituyen título de estado o solo esta primera, la manifestación de voluntad ante el registro civil.. Sucede que algunos autores distinguen el reconocimiento —que, por sí solo, es constitutivo del emplazamiento filial— de aquellas otras modalidades que, en realidad, serían presupuestos suficientes para lograr el correspondiente título de estado, pero no el título de estado en sí. Arriban a esta conclusión al distinguir entre el título de estado de carácter substancial y título de estado de carácter formal. Así, se entiende que los supuestos que regula el art. 571, incs. b y c, CCyC son instrumentos constitutivos del estado del hijo (título de estado en sentido substancial) y que la inscripción de estos instrumentos en registros civiles (art. 41 de la ley 26.413) conforma el título de estado (en sentido formal) que permite oponer *erga omnes* el emplazamiento. Más allá de esta diferenciación, lo cierto es que ambos conceptos se hallan indisolublemente unidos y, por lo tanto, es fundamental para el emplazamiento filial el título formal que permita oponer *erga omnes* dicho emplazamiento. Por lo tanto, lo cierto es que es imprescindible que el reconocimiento expresado en un instrumento público o privado debidamente reconocido —inc. b—, como así también en un testamento —inc. c—, sean inscriptos en el correspondiente registro civil. Precisamente, el art. 41 de la ley 26.413 dispone: *"Todo reconocimiento se registrará en un acta, en un libro especial, con los requisitos prescriptos en el artículo 36, consignándose notas de referencia en la misma y en el acta de nacimiento. Se podrá inscribir el reconocimiento en el lugar donde el/la reconociente se encontraren"*. Teniendo en cuenta que el CCyC respeta o se complementa con las leyes especiales —en este caso, la ley 26.413, que regula los registros civiles—, cabe recordar que el art. 43 de esta normativa, complementaria al CCyC, dispone que *"Los instrumentos públicos que contengan reconocimientos de hijos, se remitirán a la dirección general, dentro del término de diez (10) días hábiles para su inscripción"*. Misma manda cabría para los testamentos por acto público que contengan una disposición de última voluntad en la que se proceda a reconocer a una persona (arts. 2479 a 2481 CCyC).

Por otra parte, cuando se trata de un reconocimiento en instrumento privado debidamente reconocido (conf. art. 313 CCyC y ss.), este ostenta el mismo valor que el instrumento público a los fines del reconocimiento. Por ello, determinada la autenticidad de la firma, deberá procederse a la respectiva inscripción en el Registro dentro del plazo establecido en el art. 43 de la ley 26.413, ya mencionado.

En materia de reconocimiento por testamento, cabe señalar que el CCyC deroga uno de los tres tipos ordinarios de testar: el testamento cerrado, por lo tanto tal forma de reconocimiento puede ser otorgada por testamento ológrafo o por acto público. Al igual que en la legislación civil derogada, los efectos del reconocimiento realizado en un testamento se producen de manera inmediata, sin subordinarse a la muerte del autor; de esta manera, es posible que un testamento pueda contener no solo disposiciones de carácter extrapatrimonial, como así también que ciertas disposiciones como estas tengan efectos entre vivos regidos por sus propias normas como lo es el supuesto en análisis. Como se dijo, en caso de que el reconocimiento conste en un testamento por acto público, el escribano interviniente se encuentra obligado a comunicarlo al Registro Civil dentro de los 10 días hábiles para su inscripción (art. 43 de la ley 26.413).

ARTÍCULO 572.- ***Notificación del reconocimiento.*** *El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal.*

1. Introducción

El CCyC introduce una novedad en el campo de la filiación extramatrimonial y dentro de esta, en materia de reconocimiento. Todo reconocimiento debe ser notificado al reconocido y a su representante legal si se trata de una persona menor de edad.

Se trata de evitar que una persona pueda llegar a desconocer que sobre ella se ha procedido a generar nada más ni nada menos que un vínculo filial producto del correspondiente acto de reconocimiento y así evitar posibles perjuicios ante este desconocimiento que viola la identidad como derecho humano, y que el Estado como garante último de los derechos humanos de todas las personas debe proteger.

Esta previsión opera para el campo de la filiación por naturaleza o biológica, siendo que la figura del reconocimiento se circunscribe a la determinación de la paternidad en la filiación extramatrimonial heterosexual.

2. Interpretación

El CCyC impone una nueva obligación para los registros civiles: notificar al reconocido y a su representante legal, si se trata de una persona menor de edad, que se ha procedido a reconocerlo y, por lo tanto, a generar vínculo jurídico filial con una determinada persona por la voluntad expresada por otra, el reconociente.

El fundamento de esta nueva manda legal reside en evitar los perjuicios que podrían derivarse —y que se han suscitado en la práctica— por desconocer una persona que lo une a otra un vínculo de paternidad, tras el reconocimiento. La doctrina judicial observa conflictos en torno a la cuestión del apellido u a otras cuestiones relativas a la identidad por las cuales una persona entendía que otra era su padre, y sin embargo, desconociendo que había sido reconocida antes por otro hombre, forjó vínculo afectivo con el segundo y no con el primero, siendo que el segundo reconocimiento era nulo. Si bien esto sucedió por el error incurrido por el registro civil al no haber procedido a unificar partida y tomar debida nota de que se había procedido a reconocer a una persona y, por lo tanto, impedir la posibilidad de que una segunda persona intente reconocer, lo cierto es que ello también es posible ante la falta de obligación legal de informar al reconocido de un acto tan trascendental para la vida de una persona como es ser reconocido.

Este tipo de conflictos se suele dar cuando hay un lapso temporal considerable entre el nacimiento de un niño y el reconocimiento, por lo cual es muy posible que el reconocido no se entere de ello, y que recien lo haga cuando deba actualizar el documento nacional de identidad y, por ende, solicitar una partida de nacimiento actualizada en la cual consta el correspondiente reconocimiento.

Fácil se observa que si ni bien una persona es reconocida, ella misma o su representante legal son notificados, al tener conocimiento de este vínculo filial, estarán habilitados para solicitar o llevar adelante todos los derechos y obligaciones que se derivan de la relación entre padre e hijo; en total beneficio para el hijo.

El CCyC mantiene —con acierto— que el reconocimiento es un acto jurídico familiar unilateral que no depende de otros requisitos más que los expresamente establecidos; por lo tanto, no depende, para su virtualidad, de otras voluntades, ni de la madre o representante legal, ni del propio reconocido, sea o no mayor de edad —como bien se deja en claro en el articulado siguiente—; esto no se modifica. Lo que sí agrega el CCyC es la notificación posterior al principal destinatario de todo reconocimiento, el hijo, y a la madre, si se trata de un persona menor de edad. Aquí se alude de manera expresa a la madre porque, como bien se señaló, el reconocimiento constituye una figura que se circunscribe al ámbito de la filiación extramatrimonial heterosexual.

De este modo, el hijo no solo toma inmediato conocimiento de que sobre su persona se ha procedido a determinar un vínculo de filiación paterno, sino además de que podría ejercer todos los derechos y deberes que se derivan de tal acto, como así también interponer la correspondiente acción de impugnación si no se correspondiera con el elemento biológico —central en el campo de la filiación por naturaleza—.

ARTÍCULO 573.- ***Caracteres del reconocimiento.*** *El reconocimiento es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo.*

El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo.

1. Introducción

El CCyC explicita —al igual que el CC— cuáles son los principales caracteres del reconocimiento, reafirmándose así que se trata de un acto jurídico familiar unilateral, que no depende de la voluntad de ninguna otra persona, irrevocable, puro y simple, es decir, no sujeto a modalidad alguna. También se mantiene la regla de que se permite el reconocimiento de persona fallecida pero, en este caso, la consecuencia es de tinte moral y no jurídico, ya que el único efecto civil se daría en el campo del derecho sucesorio pero, de manera expresa, se lo excluye afirmándose que tal acto de reconocimiento no genera vocación hereditaria, ni para quien reconoce ni para cualquier persona de la rama del reconociente. Esta regla tiene excepción: esta exclusión no opera si al acto de reconocimiento lo precedía o había existido posesión de estado de hijo.

2. Interpretación

De la normativa en análisis se desprenden algunos de los caracteres básicos que rodean al reconocimiento y que permiten entender cierta y determinada postura legal.

El reconocimiento es irrevocable. Por principio, la voluntad del reconociente no puede modificarse ni retractarse. Ello responde al principio de seguridad jurídica que rige en el campo de la filiación que, sin embargo, no impide la posibilidad de que sea impugnado a través de la correspondiente acción judicial por aplicación del principio de igualdad de las filiaciones, pues si el marido puede impugnar su paternidad, no debería negarse el mismo derecho al padre extramatrimonial si tomó conocimiento de que no es padre del nacido. Diferente es el supuesto de reconocimiento a sabiendas de que una persona no es su hijo, llamado "reconocimiento complaciente", que constituye un delito (suposición de estado, art. 139, inc. 2, CP); además, nadie puede invocar su propia torpeza para fundar un derecho.

El reconocimiento es puro y simple o, como lo expresa la normativa en análisis, "no está sujeto a modalidad alguna". Por lo tanto, si quien lo realiza igual establece algún tipo de condición o modalidad, esta debe tenerse por no escrita y el reconocimiento ser válido. Justamente, como el reconocimiento es puro y simple, y se lo sujeta a que, por ejemplo, quien reconoce sea efectivamente el padre biológico del reconocido, el sistema jurídico debe habilitar la acción de impugnación cuando el lazo biológico no responda al vínculo jurídico creado por el acto de reconocimiento. Habilitar la acción no significa que se haga lugar siempre a la acción de impugnación del reconocimiento ante la ausencia de lazo biológico. Esta cuestión se retomará y analizará con mayor detenimiento al indagar sobre esta acción judicial en el campo de la filiación por naturaleza extramatrimonial, que también opera en el campo de la impugnación de la filiación matrimonial presumida por ley.

El reconocimiento es unilateral. Como se adelantó al analizar el artículo anterior para explicar la notificación del reconocimiento, no requiere la voluntad de la madre ni del hijo, o sea, del reconocido. Esto ha sido puesto de resalto, dejándose en claro la diferencia entre notificación y "aceptación" como elemento sustancial para que el reconocimiento tenga virtualidad jurídica, tal como lo disponen algunos ordenamientos jurídicos extranjeros en particular cuando el reconocido es una persona mayor de edad o emancipado. Que sea un acto unilateral no es óbice para que este pueda ser cumplido por un apoderado con poder especial. Al respecto, cuando se regula la figura de la representación (Capítulo 8, Título IV, Libro Primero), el art. 375 CCyC expresa que el poder conferido en términos generales solo incluye los actos propios de la administración ordinaria y los necesarios, debiéndose contar con facultades expresas para, entre otros, actos como *"reconocer hijos, casos en el que debe individualizarse a la persona que se reconoce"* (inc. c). De esta manera, es posible que, en ciertos casos, se deba identificar no solo a la persona que se pretende reconocer sino incluso a la persona con quien se tuvo un hijo.

El reconocimiento es declarativo. La manifestación de voluntad que se exterioriza a través del reconocimiento se limita a afirmar una realidad filial fundada en el elemento o identidad biológica, por lo tanto, es declarativa del estado de familia y adquiere efectos *erga omnes* desde su correspondiente inscripción en el registro civil. Este es el principio general, pero observa excepciones. Sucede que la retroactividad no puede afectar actos cumplidos que, por su propia naturaleza, no pueden ser revisados so pena de violar el principio de seguridad jurídica. En este sentido, todo lo relativo a la responsabilidad parental nace desde el momento del reconocimiento. Al respecto, la doctrina suele colocar como ejemplo dos derechos: el derecho de usufructo y el deber alimentario. Cabe destacar que el CCyC deroga la figura del usufructo paterno y se refiere a las rentas de los bienes de los hijos con un régimen propio (arts. 697 y 698 CCyC), por lo cual el ejemplo más típico sería la obligación alimentaria, pero en esta misma situación estarían todos los

efectos que se generan de la responsabilidad parental que nace del acto de reconocimiento con efecto declarativo y para el futuro.

Por último, el CCyC mantiene del CC la posibilidad de reconocer a una persona fallecida. Ello se regula en el último párrafo del artículo en análisis. La regla, entonces, es permitir el reconocimiento de persona fallecida, aunque sin contenido jurídico, sino de índole moral o ético. Así, el art. 249 CC establecía que *"El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama"*. La gran modificación que introduce el CCyC es la flexibilidad o excepción a esta regla, al establecer que el reconocimiento *post mortem* sí genera efecto jurídico —léase vocación hereditaria— a favor del reconocimiento o, en su defecto, alguno de su rama, si existió posesión de estado de hijo. De este modo, no solo se evita que el reconocimiento sea solo con intenciones meramente económicas, sino que la ley reconoce el vínculo afectivo que estuvo detrás del reconocimiento *post mortem*, siendo este un elemento central para habilitar la vocación hereditaria. En otras palabras, el CCyC desplaza la prohibición rígida y tajante, tal como estaba regulada en el CC, si se prueba la existencia de posesión de estado del hijo fallecido y que se procedió a reconocer. Así, la posesión de estado de hijo no es más que la aceptación legal del peso que tiene el afecto para el derecho de familia, un elemento de suma relevancia en tantísimas otras cuestiones, que compromete a este campo del derecho en el que la identidad dinámica (los afectos que se forjan) tiene su merecido lugar.

ARTÍCULO 574.- ***Reconocimiento del hijo por nacer.*** *Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.*

1. Introducción

Otras de las novedades que introduce el CCyC en el campo de la filiación por naturaleza y, con más precisión, en materia de reconocimiento, es la posibilidad de reconocer a una persona por nacer. De este modo se amplían vías para facilitar el reconocimiento de una persona con las consecuencias positivas que se derivan de ello. El CC nada decía al respecto, por lo cual la doctrina y jurisprudencia entendían que era posible reconocer a la persona por nacer, con fundamento en que el art. 70 CC —al igual que el actual art. 19 CCyC— establecía el comienzo de la existencia de la persona desde la concepción en el caso de la filiación por naturaleza, campo en el cual se desarrolla la figura del reconocimiento, y también por el conocido aforismo "todo lo que no está prohibido está permitido".

El CCyC viene a llenar ese vacío regulando de manera expresa la posibilidad de reconocer a una persona por nacer, siendo este otro supuesto especial en el campo del reconocimiento filial.

2. Interpretación

El desarrollo del derecho a la identidad como derecho humano ha ampliado los márgenes de la regulación del derecho filial. No solo ha obligado a reconocer a las TRHA como una tercera causa/fuente filial, sino también a perfeccionar la regulación de las otras fuentes filiales más conocidas, pero no por ello menos impactadas de manera directa por esta mirada constitucional/convencional, y el consecuente desarrollo doctrinario y jurisprudencial generado en torno a este avance y consolidación.

¿Qué sucede si una persona padece una enfermedad terminal y duda si podrá vivir hasta que se produzca el nacimiento? ¿O qué pasaría si una persona queda embarazada y se resiste, desde el plano emocional o fáctico, a que la otra persona se involucre en la vida el niño y esta, entonces, tenga miedo de que se vaya y de no saber después nada del paradero de esta mujer? En estos casos, la posibilidad legal de que una persona pueda reconocer a la persona por nacer sería una solución. Así lo hace el CCyC.

En el CC derogado, además del aludido silencio legislativo, se encontraba otra dificultad: la prohibición de declarar el nombre del otro progenitor de conformidad con lo que establecía el art. 250 CC.

En el CCyC no es necesario esforzarse por sortear la prohibición de declarar el nombre de la mujer que está embarazada y que gesta la persona por nacer que se pretende reconocer. Sucede que esta última limitación es quitada del nuevo texto, ya que no se reproduce una prohibición como la que observaba el art. 250 CC. Justamente, al regularse de manera expresa la posibilidad de reconocer a una persona por nacer, sujeto a la condición resolutoria del nacimiento con vida (art. 21 CCyC), era necesario identificar o poder revelarse el nombre de la mujer embarazada. Por lo tanto, el registro civil deberá adecuar sus normativas internas a los fines de facilitar este tipo especial de reconocimiento, o deberá procederse a modificar la ley 26.413 para ampliar la regulación a este supuesto especial de reconocimiento en análisis.

ARTÍCULO 575.- ***Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida.*** *En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.*

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

1. Introducción

Como se explicita en otras normas anteriores, la filiación derivada por TRHA tiene sus reglas propias, cuyo eje central o columna vertebral es la voluntad procreacional (art. 562 CCyC) expresada a través del consentimiento previo, informado y libre debidamente protocolizado (arts. 560 y 561 CCyC), con independencia de que estas personas —o una persona sola— hayan aportado su material genético. En otras palabras, el material genético puede provenir o corresponder a un tercero y, sin embargo, el vínculo filial quedar establecido en quien o quienes prestaron el debido consentimiento, por ser quienes tienen la voluntad de procrear o de ser padres a través del uso de las TRHA.

En art. 575 CCyC se deja bien en claro que la determinación de la filiación en los casos de TRHA deriva del consentimiento previo, informado y libre, ya sea que se esté en el marco de un matrimonio (filiación matrimonial) o por fuera de él (filiación extramatrimonial), con o sin aporte de material genético por parte de quienes quieren ser padres.

La utilización de material genético involucra varias cuestiones que son propias de la filiación por TRHA. Además de lo atinente al derecho a la información, y a su acceso, sobre la persona que donó el material —expresamente regulado en los arts. 563 y 564 CCyC—, el Código se ocupa de dejar bien en claro que jamás podrá haber vínculo filial con el

donante y por consecuente, no sería posible iniciar acción judicial de ningún tipo para llevar adelante algún reclamo o ejercer ciertos derechos y deberes contra el donante. El único vínculo legal expresamente previsto por el CCyC es, como acontece en el caso de la filiación adoptiva plena, a los fines de los impedimentos matrimoniales. Todo ello queda bien aclarado en la normativa en análisis.

2. Interpretación

Uno de los temas centrales en el uso de las TRHA, y que involucra la cuestión filial, es la necesidad de diferenciar el rol de padre/progenitor del de donante. El primero es aquel que asume dicha función social, es decir, que tiene la voluntad de serlo con independencia de que no aporte el material genético por razones de infertilidad médica o estructural o social, como acontece con las parejas del mismo sexo, en el que uno de ellos debe resignar el aporte de su material genético, o en los casos de las mujeres solas que deciden ser madres en el marco de un proyecto parental individual o monoparental. El segundo, el donante, es aquel que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica de filiación con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (esperma u óvulo).

En la filiación por TRHA, el criterio que impera para generar vínculo filial es la voluntad procreacional y su exteriorización mediante el correspondiente consentimiento, que debe cumplir ciertos requisitos que establece el mismo CCyC y que deberá profundizar la necesaria ley especial: solo quien presta este consentimiento es tenido por el ordenamiento jurídico como progenitor, no el donante.

Si bien en varios supuestos es importante la existencia de un donante para que varios niños hayan podido nacer, lo cierto es que esta donación no genera vínculo filial. El rol del donante se limita y agota en ello, en el acto de la donación, más allá de la cuestión del derecho a la información que hace a los orígenes pero no al vínculo filial.

Entonces, si una persona aporta sus gametos más no la voluntad procreacional, de modo que es un mero donante, no se establece con ella vínculo jurídico alguno. De esto deriva que no-solo no podrá reclamarse filiación, sino tampoco alimentos, ni comunicación, etc. Por esto es que el art. 577 CCyC, en su último párrafo, deja bien en claro que *"No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste"*. Esta es la otra cara de la misma moneda: si alguien solo donó y no expresó su voluntad procreacional, no se determinará la filiación a favor de este, ni tampoco se le podrá reclamar vínculo filial a través de la acción de reclamación.

El valor que tiene el consentimiento, como modo de determinar la filiación en el caso de las TRHA, está expresamente previsto en la ley 26.862, que regula el acceso integral a estas técnicas, como así también en su decreto reglamentario 956/2013. En este sentido, el CCyC está en total consonancia con esta normativa, la cual establece de manera precisa que toda persona mayor de edad con tal independencia de su estado civil, tiene derecho a formar una familia a través de las TRHA, lo cual involucra a las parejas casadas o no de igual o de diverso sexo, como así también a la mujer sola.

En el campo de la filiación extramatrimonial, si la pareja de quien da a luz producto de las TRHA no consintió en los términos que establece el CCyC, no se generará vínculo filial alguno. Y si esta persona se encontraba casada, el o la cónyuge que no prestó el debido consentimiento puede probar la existencia del proceso médico y la falta de consentimiento para desvirtuar la presunción de filiación matrimonial. Sería un supuesto

de excepción en el que se necesitará probar, por información sumaria, las razones por las cuales no debe operar la presunción legal de filiación matrimonial, porque precisamente está ausente el elemento central para la determinación de la filiación en los casos de TRHA.

Para que no haya duda alguna, el CCyC expone de manera clara que con el donante jamás habrá vínculo filial ni se podrán generar los derechos y deberes que se derivan de toda determinación filial. Ahora bien, al igual que acontece con la adopción plena, hay un solo efecto jurídico que sí debe existir entre el donante y la o las personas que hayan nacido de esa donación: los impedimentos matrimoniales.

La operatividad de este efecto, como así todo lo relativo a la donación y, en especial, el resguardo de la información, es materia a ser regulada con mayor profundidad en la ley especial que es mencionada por el CCyC en varias oportunidades; justamente, así se lo hace en la normativa en análisis.

Si bien el CCyC recepta un sistema de anonimato relativo, de conformidad con lo previsto en los arts. 563 y 564 CCyC, lo cierto es que la información acerca del donante se encuentra totalmente resguardada, más allá de cómo se regula el acceso a la información denominada "no identificatoria" y a la información "identificatoria", siendo esta la más compleja y debatida de las cuestiones tanto en la nueva regulación como así también en el derecho comparado en general.

Entonces, como regla, no hay posibilidad jurídica alguna de que exista vínculo jurídico con el donante, salvo en lo relacionado con los impedimentos matrimoniales y, por excepción, con la posibilidad de acceder a información identificatoria. Claramente, la sospecha de la existencia de un impedimento matrimonial podría ser un fundamento de peso para acceder a tal información.

Como se dijo, el CCyC remite en varias oportunidades a la ley especial; sabiéndose que hay una gran cantidad de cuestiones que comprometen el uso de las TRHA que exceden el campo de la regulación civil, el CCyC remite en varias oportunidades a la ley especial, como ser, entre otros, los recaudos necesarios para que se dé cumplimiento a la previsión referida a los impedimentos matrimoniales (resguardo de la información y su acceso) y, en general, todo lo relativo a la donación, como la creación de un registro único, datos médicos y de otra índole del donante, cantidad de niños nacidos del mismo donante, etc.

CAPÍTULO 6

Acciones de filiación. Disposiciones generales

ARTÍCULO 576.- ***Caracteres.*** *El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.*

1. Introducción

El CCyC no introduce ningún cambio respecto de las características generales que observan las acciones de filiación (tanto de reclamación como de impugnación); sigue la misma línea legislativa que el art. 251 CC.

Esta disposición debe ser complementada con las normativas sobre acciones de estado de familia que regula el Capítulo 2 del Título VIII —Procesos de Familia— del Libro Segundo, siendo que las acciones de filiación son típicas acciones de estado de familia.

2. Interpretación

Como bien afirma Grosman, *"Son acciones de estado aquellas cuyo objeto es lograr un pronunciamiento judicial que determine el emplazamiento de una persona en cierto estado de familia o su desplazamiento del estado en que se encuentra"*.[82] Señala Grosman, citando a Díaz de Guijarro, que el concepto sobre acciones de estado observa tres orientaciones:

1. restrictiva: la que identifica a las acciones de estado con las acciones relativas a la filiación;
2. amplia: la que sostiene que a todo estado corresponde una acción; y
3. de transición: en la que se reconoce la amplitud del concepto de acción de estado, pero en la práctica, se desarrolla el tema dentro de la filiación.

Así, las acciones de estado de familia constituyen el género y las acciones de filiación, una de las tantas especies —como lo son el divorcio, la nulidad del matrimonio, entre otras—. Las acciones de filiación suelen ser las típicas acciones de estado de familia por la virtualidad de emplazar y desplazar en el estado de hijo. Es por ello que, si bien las acciones de estado son reguladas de manera general en la parte referida a los procesos de familia, el CCyC —como su par anterior— se ocupa en particular de las acciones de filiación, sobre las cuales se adelantan o señalan algunos de los caracteres que presentan tanto el género como su especie: las acciones de filiación. Ello es lo que acontece en el articulado en análisis.

Los caracteres esenciales de las acciones de estado de familia es que estas son:

a. inalienables;
b. irrenunciables;
c. inherentes a la persona;
d. imprescriptibles.[83]

Así, el art. 712 CCyC con el que se inaugura el mencionado Capítulo 2 puntualiza que las acciones de estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles. Del juego del artículo en análisis y del mencionado art. 712 CCyC se derivan los caracteres que emanan del derecho a reclamar o impugnar la filiación, es decir, de las acciones de filiación.

De conformidad con las tres orientaciones mencionadas, el CCyC recepta la postura "de transición" al entender que las acciones de estado exceden el campo de las acciones filiales, pero que estas y las de divorcio son las que se presentan con mayor presencia y desarrollo doctrinario —en especial las de filiación cuando se indaga sobre las acciones de estado—.

(82) Grosman, Cecilia P., al comentar el Título "De la filiación", en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1-B, 1ª reimp., Bs. As., Hammurabi, 2003, p. 363.

(83) Famá, María Victoria, *Filiación. Régimen constitucional, Civil y Procesal*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2009, pp. 180 y 181.

¿El CCyC mantiene la supuesta omisión del art. 251 CC sobre los caracteres de inherencia personal e inalienabilidad de las acciones de filiación? Más allá de que esta omisión no ha traído ningún inconveniente en la práctica judicial, cabe destacar que en la nueva legislación civil y comercial la inherencia personal está expresamente prevista en el art. 713, que se encuentra dentro del Título VIII —Procesos de Familia—.

Así, ese articulado reafirma que las acciones de estado (siendo una de ellas las acciones filiales) no pueden ser ejercidas por vía subrogatoria, lo que no impide que se puedan iniciar en representación de alguien, de conformidad con lo dispuesto por la misma normativa civil y comercial cuando se trata de personas menores de edad y con capacidad restringida o incapaces (conf. arts. 26 y 32 CCyC). Incluso, en materia de acciones de filiación, y tal como se va a analizar más adelante, el art. 583 CCyC, al regular la acción de reclamación en las que los niños aparezcan inscriptos solo con filiación materna (art. 255 CC), también faculta expresamente al Ministerio Público para promover dicha acción, siendo esta una de las actuaciones de carácter principal que regula expresamente el CCyC —como su par anterior—, al expresar en el art. 103, inc. b i), que ello acontece *"cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes"*. De este modo, si la madre (con quien el niño tiene vínculo filial) no inicia el correspondiente reclamo de paternidad extramatrimonial, el Ministerio Público está facultado para incoar esta acción.

El segundo carácter se refiere a la inalienabilidad. ¿Qué se entiende por una acción inalienable? Que no puede ser objeto de cesión, renuncia, excepto en los casos en los que se permita expresamente su transacción. Precisamente, el articulado en análisis —al igual que el art. 251 CC— dice de manera expresa que las acciones de filiación no pueden extinguirse por prescripción "*ni por renuncia expresa o tácita*". ¿Qué significa ello? Que son acciones inalienables.

Por último, cabe destacar que lo dispuesto en la última parte del art. 712 CCyC se vincula de manera directa con lo expresado en la última parte de la normativa en análisis, relativo a los derechos patrimoniales. Recordemos que el 712 CCyC dispone: *"Los derechos patrimoniales que son consecuencia del estado de familia están sujetos a prescripción"*. Esto mismo se sostiene en lo atinente a las acciones de filiación cuando se afirma que los derechos patrimoniales ya adquiridos sí están sujetos a prescripción. Es que esta normativa, como el art. 712 CCyC, distingue los derechos patrimoniales de los no patrimoniales. Sucede que si bien el eje central de las acciones de filiación es el de emplazar o desplazar vínculos filiales, el cúmulo de derechos y deberes que nacen con el emplazamiento o se terminan con las impugnaciones son de índole no patrimonial como así también patrimonial; incluso algunos tendrían un carácter mixto, como acontece con los alimentos y la vivienda —que observan una vertiente extrapatrimonial, pero también un contenido económico—. De esta manera, la previsión que sigue el artículo en comentario en su última parte está en total consonancia con lo dispuesto en materia de acciones de estado de familia que se inaugura con el art. 712 CCyC, debiéndose distinguir derechos patrimoniales de extrapatrimoniales.

ARTÍCULO 577.- ***Inadmisibilidad de la demanda.*** ***No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.***

1. Introducción

La inadmisibilidad o imposibilidad de impugnar la filiación derivada de las TRHA es una regla básica o elemental en el campo jurídico de este tercer tipo filial, por aplicación de un principio general de fuerte raigambre en el derecho privado: la teoría de los actos propios.

Se trata de una novedad que introduce el CCyC, en total consonancia con la incorporación que trae esta legislación al incorporar una tercera fuente filial.

Como surge de lo previsto en los arts. 560, 561 y 562 CCyC, la voluntad procreacional debidamente exteriorizada en un consentimiento —que debe cumplir determinados requisitos— es el modo en que queda determinada la filiación en los casos de personas nacidas de TRHA. El vínculo filial así determinado no puede ser pasible de acción de impugnación posterior.

2. Interpretación

La inadmisibilidad de la demanda de impugnación de la filiación debidamente determinada en las TRHA es una característica que opera cualquiera sea el tipo de filiación que se trate: matrimonial o extramatrimonial. Sucede que, en ambos ámbitos, la determinación filial en casos de TRHA es la misma: el consentimiento que cumple ciertos requisitos —entre ellos, que debe ser protocolizado—. Si se produce tal instrumentación, el CCyC dispone que se trata de una filiación inimpugnable.

¿Qué caracteriza a las acciones de impugnación en el campo de la filiación por naturaleza? La posibilidad de que una persona no tenga vínculo biológico con quien habría quedado determinado el vínculo filial, ya sea por presunción legal en el caso de la filiación extramatrimonial o por reconocimiento en el supuesto de filiación extramatrimonial. Nada de esto juega en el caso de las personas nacidas por las TRHA, donde el vínculo biológico —más preciso es referirse al vínculo genético— no tiene un peso decisivo. Por el contrario, lo que sí vale o tiene fuerza para la determinación de la filiación en el caso de las TRHA es el elemento volitivo que se manifiesta de una manera previa, formal e informada.

En las TRHA consentidas, al estar presente la voluntad procreacional, el CCyC recepta uno de los efectos o consecuencias jurídicas que lo diferencian de manera sustancial de la filiación por naturaleza: la imposibilidad de impugnar la filiación derivada de dicha voluntad procreacional debidamente exteriorizada (consentimiento informado, libre y formal). Esta consecuencia ineludible de anteponer o priorizar la identidad volitiva sobre la genética, es negada, resistida y hasta criticada por quienes se oponen a la TRHA.

De esta manera, la regla que rige en el campo de la filiación derivada de las TRHA es que si una persona o pareja consintió someterse a esta práctica médica, y para ello acompañó el correspondiente consentimiento protocolizado, y si el tratamiento avanza y nace un niño, después no se puede pretender impugnar el vínculo filial determinado fundando tal pretensión en la falta de elemento genético, cuando se trata de un supuesto de reproducción asistida con material genético de un tercero. Incluso, aunque lo fuera con material de la propia pareja, ya que el CCyC advierte que en toda filiación derivada de las TRHA es imposible plantear acción de impugnación alguna, con total independencia de quién o quiénes hayan aportado el material genético o gametos femeninos y/o masculinos.

A la inversa, si no se consintió y, por lo tanto, no se acompañó el correspondiente consentimiento cumpliéndose ciertas formalidades, sí se puede impugnar. Ello, con independencia de quién haya aportado los gametos, es decir, aunque sí se haya aportado (aunque no de manera voluntaria) material genético —o sea, ya sea que se trate de TRHA homólogas o heterólogas—.

Entonces, ¿es posible que el o la cónyuge pueda impugnar la filiación en el supuesto de TRHA homólogas —es decir, con material de la propia pareja— no consentidas?

Según lo que dispone el CCyC, siendo el consentimiento un criterio fundamental para la determinación de la filiación derivada de las TRHA, debería permitirse impugnar la filiación, ya que en estos casos el gran ausente es el consentimiento. Toda vez que se trata de una filiación determinada por la voluntad procreacional, si esta falta, es decir, si el o la cónyuge demuestra que se acudió a las TRHA y se utilizó su material genético sin su voluntad (por más difícil que esto sea en la práctica, atento a la exigencia del art. 560 CCyC según la cual *"Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones"*) estará facultado/a para impugnar el vínculo de co-maternidad o paternidad, según el caso.

Ahora bien, cabría también preguntarse cuál sería la respuesta legal de conformidad con la regulación que propone el CCyC cuando sí hubo voluntad procreacional, pero no se acompañó el consentimiento con los requisitos que impone esta legislación y la legislación especial en su caso. Es decir, cuando hay voluntad, pero esta no reúne las formas legales.

La regla sería la admisibilidad de la acción de impugnación, porque el artículo establece que *"no es admisible la impugnación cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial"*. Ahora bien, aunque técnicamente sea posible impugnar —es decir, haya legitimación—, otra cosa es que el juez, cuando ha habido voluntad procreacional, haga lugar a esta impugnación. Nuevamente, al analizarse la cuestión de fondo, se está frente a la necesaria diferencia entre legitimación y acción o no lugar a la acción, tal como sucede con las acciones de impugnación en la filiación por naturaleza, tema que se profundizará al comentar los arts. 589 y 593 CCyC.

Más allá de estas consideraciones, que serían excepciones al principio de improponibilidad de la demanda de impugnación de la filiación en los casos de personas nacidas de TRHA, lo cierto es que se debe destacar la importancia de que los consentimientos cumplan con todas las formalidades que expone el CCyC y con las que profundice la ley especial, para evitar este tipo de situaciones o planteos judiciales extremos que, al colocar en jaque un aspecto tan central de la persona como son los vínculos filiales, terminan por violar el derecho a la identidad.

Por último, y a los fines de reafirmar el sistema o régimen jurídico autónomo que rodea a la filiación derivada de las TRHA, la normativa en análisis reafirma que no es posible vínculo jurídico alguno entre el donante y la persona nacida de esa donación; es decir, se reafirma desde otro punto de vista la imposibilidad de que haya vínculo filial entre quien prestó el material genético en una reproducción asistida heteróloga y la persona que nace de esta técnica. Una vez más, se diferencia el rol de "padre" del de "donante", siendo que padre es aquel que, *ex voluntate*, asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta, mientras que el "donante" es aquel que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna

relación jurídica de filiación con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (esperma u óvulo). Esta postura legislativa que adopta la amplísima mayoría de los países que regulan las TRHA y habilita la utilización de material genético de tercero, no conculca el derecho a la identidad, ya que la identidad en los casos de TRHA heterólogas se protege, no en el campo del vínculo filial, sino en el del derecho a conocer los orígenes. ¿Acaso se podría sostener que la adopción plena viola el derecho la identidad porque se extinguen los vínculos jurídicos-filiales con la familia de origen? Tanto en la adopción plena como en las TRHA heterólogas, el derecho a la identidad con quienes se tienen lazos biológicos o genéticos, no pasa por el vínculo filial sino por el derecho a conocer; dos vertientes de la identidad muy diferentes que necesitan ser advertidas para comprender las particularidades y especificidades que presenta cada una de las tres fuentes filiales que regula el CCyC.

ARTÍCULO 578.- ***Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial.*** ***Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación.***

1. Introducción

Como se adelantó al analizar la cuestión de la determinación filial, y tiene repercusiones también en lo relativo a las acciones de filiación, el CCyC mantiene un principio o máxima del derecho filial: nadie puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la conformación de estos vínculos (maternos y/o paternos), de conformidad con la regla de igualdad que incorporó al ordenamiento jurídico la ley 26.618, que extiende el matrimonio a todas las parejas, con total independencia de su orientación sexual.

La consecuencia ineludible de este principio del derecho filial —el de que nadie puede tener más de dos vínculos filiales— es que si alguien pretende emplazarse como progenitor y la persona ya tiene dos vínculos debe, inexorablemente, impugnar un vínculo para recién allí poder pretender lograr el correspondiente emplazamiento filial.

2. Interpretación

El art. 252 CC establecía que "*Si la reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última*". Este principio general del derecho filial se veía complementado con otro: nadie podía tener más de dos vínculos filiales de cada tipo, es decir, maternidad y paternidad. Esta última cuestión quedó derogada al sancionarse la ley 26.618 y reconocer, a la par, que un niño puede tener dos madres o dos padres. Por lo tanto, a partir de ese momento, el máximo de dos vínculos filiales lo es con total independencia de la orientación sexual y el sexo de los progenitores.

Una de las consecuencias del máximo de vínculos filiales reside en la imposibilidad de que se pueda proceder a reconocer a una persona o plantear una acción de reclamación si esa persona ya ostenta un doble vínculo filial. Se trata de una regla de orden público que prima sobre la autonomía de la voluntad y el posible deseo de tres personas de co-criar a un niño y tener —los tres— un vínculo filial con esa persona.

Entonces, fundado en este principio, el CCyC mantiene la postura legislativa por la cual, si se pretende un emplazamiento filial y la persona ya ostenta un doble vínculo, debe

procederse a la correspondiente acción de desplazamiento —impugnación— para que después proceda el pertinente emplazamiento filial.

El ejemplo más común en la práctica es el caso de una mujer casada con un hombre sobre el que, por este hecho —el matrimonio—, opera la presunción legal de filiación del cónyuge de la madre —es decir, de quien dio a luz—. Resulta que su cónyuge no es el padre biológico, sino que lo es el amante de esta señora. Este último no puede proceder a reconocer al niño sin antes desplazar al marido de la madre —en el nuevo CC se amplía o flexibiliza la cuestión de la legitimación, encontrándose dicho amante facultado para iniciar la acción de impugnación— para que, una vez desplazado, el padre biológico también sea padre jurídico, tras el debido emplazamiento mediante el correspondiente reconocimiento. ¿Qué sucedería si esto mismo ocurriese en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres? La solución jurídica sería la misma, por aplicación del principio constitucional-convencional de igualdad.

Veamos un caso hipotético: en el marco de un matrimonio integrado por dos mujeres, una de ellas tiene relaciones sexuales con un hombre. Por aplicación del principio legal de presunción de conyugalidad que establece el art. 566 CCyC, el niño que nace de ese matrimonio tiene vínculo con ambas mujeres, es decir, estaríamos frente a un caso de comaternidad: con quien da a luz, por presunción legal de la maternidad que prevé el art. 565 CCyC, y con la cónyuge de esta mujer, por la mencionada presunción legal que se deriva del matrimonio y la consecuente voluntad de formar una familia que se deriva del matrimonio. ¿Qué podría hacer el hombre, con quien tuvo relaciones sexuales la mujer que está casada con otra mujer? Como en el caso anterior, que compromete a un matrimonio conformado por dos personas de diverso sexo: impugnar la filiación de la cónyuge para después proceder a obtener el correspondiente emplazamiento a través de la figura del reconocimiento.

En ambos supuestos, se trate de un matrimonio conformado por personas de igual o diverso sexo, lo cierto es que se debe primero proceder —de manera previa o simultáneamente— a impugnar para después emplazar, y así respetar el principio del doble vínculo filial como máximo de relaciones filiales que una persona puede tener.

Antes de dar por concluido el comentario al art. 578 CCyC, que sienta el principio de que nadie puede tener más de dos o doble vínculo filial, cabe destacar que, de manera muy incipiente, en el derecho comparado se empiezan a avizorar ordenamientos jurídicos que habilitan que una persona pueda tener más de dos vínculos filiales. Al respecto, traemos a modo de ejemplo el caso de la Ley de Familia de la Columbia Británica (Canadá), que entró en vigor en el 2013, que permite tres o incluso más padres. En la sección referida a la "Paternidad si hay otro acuerdo" se expresa: *"30. (1) Esta sección se aplica si existe un acuerdo por escrito que (a) se hace antes de que un niño haya sido producto de la reproducción asistida, (b) se realiza entre (i) los futuros padres y una madre biológica potencial que se compromete a ser progenitor, (ii) una persona que está casada o en una relación similar al matrimonio con una potencial madre biológica, y un donante que se compromete a ser un padre, junto con una potencial madre biológica y una persona casada y (…). (2) En caso de nacimiento de un niño nacido como resultado de la reproducción asistida en las circunstancias descritas en el apartado (1), los padres del niño son las partes en el acuerdo. (3) Si se hace un acuerdo descripto en el inciso (1), pero antes de que un niño es concebido, una de las partes revoca el acuerdo o muere, el acuerdo se considerará que se ha extinguido"*. Como se puede advertir, si bien el CCyC

adopta la postura legislativa ampliamente receptada en la gran mayoría de los países del globo, ello no es óbice para que en ciertos o determinados supuestos fácticos en donde la noción de "socioafectividad" sea muy elocuente, judicialmente se pueda pretender, e incluso lograr, desvirtuar el principio o la máxima del derecho filial en análisis.

ARTÍCULO 579.- ***Prueba genética.*** *En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.*

Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.

1. Introducción

A esta altura del desarrollo de la ciencia, el CCyC admite que la prueba genética es la más importante y contundente en los procesos en los que se indaga la filiación biológica de una persona. De este modo, la relevancia de la identidad —la que está integrada por varios elementos, entre ellos, la verdad biológica como parte de la identidad en su faz estática— y el aludido desarrollo de la ciencia, han tenido una influencia directa para que la prueba genética tenga un lugar de mayor protagonismo en comparación con la legislación civil anterior. Como se explicita en los Fundamentos del Anteproyecto: *"Los avances de la medicina, en particular el perfeccionamiento de la genética, han obligado a revalorizar las pruebas de ADN en los juicios de filiación"*.

Esta extrema y merecida valoración de la prueba genética que adopta el CCyC también era seguida en el CC, cuyo art. 253 expresaba: *"En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte"*. En el CCyC se parte de esta base, pero se profundiza el tema, incluso en sentido terminológico, al cambiar "prueba biológica" por "prueba genética" , adquiriendo de este modo mayor precisión.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales

Entre el texto vigente y el derogado hay una diferencia sustancial no casual. Como señalamos, el art. 253 CC aludía a la prueba biológica, mientras que el articulado en análisis habla de prueba genética. ¿A qué se debe este cambio terminológico? A la mayor precisión que ostenta la palabra "genética" respecto del término "biológica". Sucede que el avance de la ciencia ha permitido que la prueba de ADN, o de identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, sea el método más revolucionario de identificación de personas; un método que ha sido de gran utilidad, tanto para el campo penal como para el derecho filial. En la actualidad, esta es la manera de determinar la inclusión o exclusión de un vínculo filial puesto en crisis o controvertido.

Las pruebas biológicas no son solo las de ADN, sin que también hay otras que fueron las que primaron en el campo de la filiación antes del surgimiento de aquellas, como las pruebas

de compatibilidad inmunológica o el sistema de HLA —pruebas ambas que arrojaban un resultado de menor probabilidad o certeza que el ADN—. Es por ello que el CCyC se hace eco de este desarrollo científico y, por lo tanto, no alude de manera general a las "pruebas biológicas", sino que se refiere y valoriza una en particular: la prueba genética y, dentro de ella, la prueba de ADN. Esta relación de género y especie puede ser observada en el decreto 38/2013 que reglamenta la ley 26.548 que regula actualmente el Banco Nacional de Datos Genéticos, cuando en, su art. 5°, referido a qué tipo de información debe archivar el mencionado organismo, señala que se deben almacenar y archivar todas las muestras que se ingresen al Banco, tales como:

1. muestras hemáticas;
2. hisopados bucales;
3. material cadavérico;
4. evidencias obtenidas a partir de los allanamientos, requisas u otros actos celebrados por orden judicial, ya sea material orgánico u objetos;
5. ADN extraído.

De la lectura de las normas del CCyC dedicadas a las pruebas en los procesos de filiación, se puede observar el siguiente orden de prelación:

a. prueba genética sobre el presunto padre;
b. prueba genética sobre parientes;
c. negativa a someterse a la prueba genética y
d. otros medios de prueba (convivencia durante la concepción, posesión de estado, etc.).

Cabe destacar que las pruebas mencionadas en los puntos b), c) y d) no se superponen, sino que se pueden complementar.

¿En qué se funda esta jerarquía? En el principal derecho humano involucrado en el campo de la filiación: el derecho a la identidad. La alta probabilidad de paternidad que arroja la prueba de ADN es el fundamento básico que le da la fuerza que esta prueba ostenta en los juicios de filiación. A tal punto ello es así que la negativa a su realización tiene un peso fuerte en la resolución del conflicto —aunque, por ser el objetivo final la búsqueda de la verdad biológica, si se tienen otras pruebas que complementen la negativa, deben mostrarse a los fines de reafirmar la verdad biológica que se deriva de la resistencia al sometimiento a la prueba de ADN—; de allí que el CCyC introduce un cambio sustancial respecto del CC al afirmar que la negativa constituye un indicio grave y no un simple indicio, como surge del art. 4° de la ley 23.511.

Una cuestión básica que la norma en análisis deja en claro es que para que la prueba de ADN tenga el alto valor de certeza que gira en torno a esta prueba, se debe tratar de vínculos de parentesco generados en el marco de la filiación por naturaleza o biológica, no así por TRHA con material de tercero o por adopción; ello porque, justamente, el elemento central en esta prueba consiste en la verificación del lazo genético entre dos personas.

2.2. El valor de la negativa a someterse a las pruebas genéticas

Un cambio sustancial, y que merece ser destacado, se refiere al valor de la negativa al sometimiento a la prueba genética, uno de los temas más controvertidos. ¿Qué respuesta debe dar el ordenamiento jurídico ante las situaciones que surgen cuando la persona se

niega a realizar la prueba más eficaz —hasta, incluso, definitoria— para la resolución de una contienda en la cual está en juego la identidad de dos personas, es decir, saber si entre ellas existe o no nexo biológico?

En torno a este interrogante se han esgrimido tres posturas, aunque ninguna de ellas es seguida por el CCyC, que adoptaría una cuarta o nueva postura. Las tres consideraciones que se han esgrimido son:

a. La negativa es un indicio contrario o en contra del renuente de conformidad con lo que surge del art. 4° de la ley 23.511, por lo cual, para que pueda arribarse a una conclusión, tal negativa debe ser reafirmada por algún otro medio probatorio, ya que la negativa sería solo un indicio y no haría plena prueba.
b. La negativa es una presunción en contra o contraria al renuente, por lo cual ya esa conducta hace presumir la paternidad de la persona que se niega.
c. La falta de realización de la prueba de ADN no permite llegar a un objetivo central para la satisfacción del derecho a la identidad: la verdad biológica, siendo el único modo de llegar a ello la compulsividad u obligatoriedad de la prueba.

El CCyC no adopta ninguna de ellas, sino que crea una nueva al disponer, en el artículo en comentario, que la negativa al sometimiento a la prueba genética constituye un indicio "grave" —o sea, agrega el calificativo de "*grave*"—. ¿Cuál es la diferencia entre indicio a secas e indicio grave? ¿A qué se debe el agregado de la palabra "*grave*"? ¿Por qué no se receptó la segunda postura sintetizada, la presunción —que, además, es la mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia nacional—?

Para poder comprender con mayor exactitud la postura que adopta el CCyC, se debe recordar que en este tema —como en todos los que comprometen al derecho filial— se encuentra involucrado, de manera directa, el derecho a la identidad; el derecho a la verdad biológica, es decir, a que se construya la identidad sobre la base de la certeza acerca de los lazos biológicos o "de sangre", más allá de que ello implique o conlleve a una modificación en el vínculo jurídico de filiación.

Es claro que tanto el indicio como la presunción son posturas que no logran llegar a la verdad sobre el lazo biológico, sino que extraen determinadas consecuencias jurídicas de un determinado comportamiento —como lo es la negativa a someterse a la prueba de ADN—. En otras palabras, solo la compulsividad permite revelar tal verdad pero, como se expuso, compromete otros derechos y la Corte Federal ha puesto un límite a esta averiguación del lazo filial "a cualquier costo".[84]

El indicio implica que, amén de la negativa, debe complementarse esa situación con alguna otra prueba. La presunción, no: es decir, se carece de ese requisito extra. En una primera lectura parecería que la segunda postura es más beneficiosa para el emplazamiento filial que se intenta lograr mediante una acción judicial. ¿Pero lo es para la búsqueda final de la verdad biológica? ¿Acaso que exista y que se deba presentar otra prueba que permita reafirmar el lazo biológico, además de la conducta negativa que en sí ya "dice algo", no estaría más a tono con esa búsqueda por la verdad biológica? Este es el interrogante que está detrás de la postura que adopta el nuevo CCyC, la de "*indicio grave*".

(84) CSJN, "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ inc. de apelación", 30/09/2003, en *LL* 2003-F, 437 con nota de Germán Bidart Campos.

Que la negativa sea un "*indicio grave*" significa que no se necesita, de manera obligatoria o como requisito *sine qua non,* otra prueba para hacer que tal conducta renuente tenga fuerza y que, por ende, se pueda hacer lugar a la acción de reclamación de la filiación (postura semejante a la presunción). No obstante, si se cuenta con prueba hábil para fortalecer la negativa —y, en definitiva, acercarse a la verdad biológica—, ella deba ser incorporada al proceso (postura semejante, o que tiene algún elemento, a la del indicio).

En esta línea argumental, fácil se observa que la presunción, al hacer plena prueba del lazo biológico, trae consigo un efecto no querido, un "desentendimiento" o "relajo" probatorio y consigo, la consecuente orfandad en materia probatoria siendo el único elemento con el que se cuenta la negativa del demandado, presunto padre biológico.

No se debe perder de vista que la ley tiene un valor pedagógico muy fuerte. Por lo tanto, que el nuevo texto civil destaque que, más allá de la negativa al sometimiento a la prueba genética —a la cual se le da un gran valor— esta puede ir acompañada de otras pruebas —si es que ellas existen o hay posibilidades de que sean agregadas al proceso— es una postura legislativa novedosa que está en total consonancia con el respeto por el derecho a la identidad; en este caso, por la identidad que supone alcanzar la verdad biológica en la mayor medida posible, y siempre teniéndose en cuenta todos los derechos involucrados.

2.3. El valor de la prueba genética sobre parientes

El articulado en análisis se refiere de manera expresa a una situación especial que toma relevancia cuando el presunto padre se niega a someterse a la prueba genética. ¿Qué sucede o qué valor tiene el sometimiento a la realización de dicha prueba por parte de los parientes?

En algunas oportunidades, la jurisprudencia se ha ocupado de analizar particularmente dos cuestiones en torno a la prueba genética que compromete a terceros que, por ser parientes, tienen una relación directa o indirecta con el planteo filial que se esgrime:

a. la validez científica de la prueba genética cuando se somete de manera voluntaria algún pariente; y
b. la valoración de la conducta de los parientes cuando el demandado falleció y la acción de filiación se dirige a los herederos.

El articulado en análisis se focaliza en la primera vertiente o situación; siendo la segunda también materia de ocupación y preocupación por parte de CCyC en el articulado siguiente, relativo a la prueba genética *post mortem*, es decir, ante la particular situación en que el presunto demandado haya fallecido.

Si bien cuando el presunto demandado está vivo, la prueba y conducta procesal que debe valorarse es la de él, lo cierto es que el CCyC destaca de manera precisa que el resultado de la prueba genética en ciertos parientes es de fuerte valor probatorio y le da un lugar en el juicio de filiación. Esta previsión relativa a la prueba de ADN por parte de los parientes debe complementarse con lo que se asevera en el artículo siguiente respecto de la prueba genética *post mortem*, valorándose de manera especial aquella prueba realizada sobre ambos progenitores del presunto padre: según entiende el CCyC es esta la prueba genética que tiene fuerza por el alto índice de compatibilidad.

Esta no es la única observación que cabe destacar del art. 580 CCyC —y que es de suma utilidad para comprender la regulación que se recepta en el artículo en análisis, el art. 579 CCyC—. También se debe resaltar que la prueba de "abuelitud" es posible y tiene la fuerza o relevancia que se le otorga en el CCyC siempre que se trate de una prueba realizada sobre los padres biológicos del presunto padre. En caso de tratarse de personas que han nacido de TRHA con material de un tercero, la prueba de ADN carece de los elementos que debe tener para alcanzar la certeza que se pretende obtener. En otras palabras, la prueba de ADN no tendría valor si el presunto padre hubiera sido hijo por técnicas de reproducción humana asistida con material genético de un tercero —ya sea tanto de óvulo como de esperma—, o si solo uno de ellos correspondiera a un tercero, como así tampoco si el presunto padre hubiera sido adoptado.

ARTÍCULO 580.- ***Prueba genética*** **post mortem.** *En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste.*

Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver.

El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso.

1. Introducción

No es lo mismo que se demande la paternidad de una persona que se encuentra viva que se lo haga sobre una fallecida. Las diferencias no se circunscriben al juez competente, según la organización judicial que se adopte (al juez del sucesorio no el correspondiente al fuero de familia), sino también a otras cuestiones. Una de ellas es la cuestión relativa a la prueba.

El CCyC regula de manera expresa lo relativo a la prueba *post mortem*. En este supuesto especial, si los progenitores naturales del presunto padre —es decir, aquel con quien lo une una filiación biológica— aceptan someterse a la prueba genética, se evitaría tener que apelar a una prueba más compleja, como lo es la de ADN sobre material cadavérico —cuya realización, a la sazón, tiene mayor costo económico—.

Como las circunstancias pueden ser diversas —sobre todo, respecto del tiempo acontecido desde la muerte del presunto padre, grado de descomposición del cadáver o el hecho de que el cuerpo se encuentre conjuntamente con otros cuerpos, por citar algunos ejemplos que se han presentado en la jurisprudencia—, el la legislación civil y comercial delega en el juez, como conductor del proceso, la facultad de decidir entre la extracción de material cadavérico o la prueba genética sobre los parientes por naturaleza del alegado padre.

2. Interpretación

El CCyC reconoce la posibilidad de realizar prueba de ADN sobre el material cadavérico del presunto padre, como así también que los padres de este —es decir, los presuntos abuelos— cuya determinación de filiación fue por naturaleza, se presten a realizar la prueba de ADN para corroborar el lazo biológico entre actor y demandado en un proceso de reclamación de filiación.

Lo que no resuelve de manera expresa es qué acontece si los parientes, demandados por su carácter de sucesores universales del presunto padre fallecido, se niegan a someterse a la prueba genética. Esta conducta flexible que adopta el CCyC responde a

los diferentes comportamientos que podrían adoptar los sucesores del presunto padre. Por ejemplo, estos podrían no estar al tanto o desconocer la presunta paternidad del causante o, como ha acontecido en algún precedente jurisprudencial, proceder a decidir la cremación del cadáver justamente para evitar que se realice una prueba tan contundente como es el ADN cadavérico. Por lo tanto, el juez debe tener la amplitud legal para poder decidir sobre la base de las distintas posturas o conductas que adopten los sucesores universales y, a la vez, de acuerdo a la situación fáctica desplegada en vida por presunto padre con relación a sus herederos (si conocían o podían haber conocido la existencia de un hijo, etc.).

Por lo tanto, pesa sobre los herederos qué actitud adoptan al respecto, sabiendo que la actitud negativa a esclarecer la verdad biológica estando ello a su alcance —por ejemplo, prestándose a la realización de la prueba si son parientes hasta el segundo grado— constituye una conducta a ser evaluada, de mínima, como un indicio grave (y no un mero indicio). Sucede que la negativa a someterse a la prueba por parte de los parientes o a la realización de la prueba sobre material cadavérico ya es de por sí una conducta renuente que, al no tener una loable o aceptable causa de justificación, tiene peso por sí sola. En tal sentido, la negativa del pariente es una conducta que debe ser, en principio, interpretada del mismo modo que la negativa del presunto padre: un indicio grave.

Analizar la conducta que llevan adelante los herederos no es un dato menor, no solo porque es un elemento central para reafirmar que la negativa constituye un indicio grave a los fines de analizar la reparación del daño que se deriva de la falta de reconocimiento.

Según surge de la primera parte del articulado en análisis, lo más importante y beneficioso de lograr es que determinados parientes se presten a la realización de la prueba genética, la que realmente tiene un alto valor probatorio y conduce a la búsqueda de la verdad biológica. Ello solo se logra y tiene fundamento científico si se lleva adelante sobre los parientes hasta el segundo grado. Fuera o más allá de este vínculo de parentesco, la prueba genética pierde fuerza y, por ello, resulta más certero que se realice sobre material cadavérico que sobre otros parientes por fuera del grado que indica la norma. Entonces, si los parientes hasta el segundo grado no se prestan, rehúsan o se niegan a someterse a la prueba genética, ¿cuál es el valor que se le debe dar a esta conducta? De mínima, la misma que se prevé para el caso si el demandado hubiere estado vivo, ya que no se puede empeorar la situación procesal de terceros ajenos a la relación filial que son involucrados por una circunstancia fortuita —como el fallecimiento del presunto padre—, por ser sus herederos.

Asimismo, cabe recordar que según la jurisdicción de que se trate —pero cada vez con mayor frecuencia, dada la especialidad que rige en el campo el derecho de familia— en aquellos ámbitos jurisdiccionales en los que se separa el fuero de familia del civil patrimonial, si el presunto demandado está vivo, es competente el juez de familia (el juez del lugar o centro de vida del actor o del domicilio del demandado, cuando quien inicia la acción es una persona menor de edad o con capacidad restringida —art. 581 CCyC—, o el del demandado, si es una persona mayor de edad —art. 720 CCyC—). Pero, si falleció, interviene el juez del sucesorio al ser este un juicio universal sobre el cual opera el fuero de atracción.

En definitiva, y tal como se explicita en los Fundamentos del Anteproyecto que dio lugar al CCyC, el régimen legal que se prevé en torno a la prueba genética en los procesos de filiación es la siguiente: *"a) si el presunto padre vive, pero se opone, esa negativa funciona como un indicio grave; b) si el presunto padre vive, pero resulta imposible producir la prueba*

(por ejemplo, está rebelde, no se lo puede encontrar) la prueba puede realizarse sobre material genético de los parientes del demandado hasta el segundo grado; c) si el presunto padre no vive, puede practicarse sobre material genético de los padres del demandado; d) si éstos se oponen o no existen, se puede autorizar la exhumación del cadáver".

Como suele acontecer en los conflictos de familia caracterizados por los elementos de diversidad, complejidad y dinamismo, esta secuencia que se expone en los Fundamentos es meramente indicativa. Ello quiere decir que, en determinados supuestos, se pueden introducir algunas modificaciones como apelarse a otras pruebas que coadyuven o refuercen la relevancia de la principal prueba en los procesos de filiación —que observa un lugar especial—. Por ejemplo, si bien por el alto grado de exactitud que se deriva de la prueba genética realizada sobre parientes por naturaleza, el CCyC prioriza y focaliza en el segundo grado, ello no es óbice para que otros parientes puedan prestarse a esta prueba y ello servir de elemento para reafirmar un determinado vínculo biológico que debería ser tenido en cuenta en una acción de filiación.

ARTÍCULO 581.- ***Competencia.*** ***Cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor.***

1. Introducción

El CCyC, a diferencia de su par anterior, regula de manera expresa algunas cuestiones fundamentales en materia procedimental que, en definitiva, hacen a la satisfacción de derechos de fondo. La competencia, cuando el proceso de filiación involucra a personas menores de edad, observa connotaciones especiales que la legislación civil no debe obviar.

¿Por qué interesa destacar la cuestión de la competencia en el campo del derecho filial, más allá de los principios generales expresados en el Título VIII del Libro Segundo, dedicado al proceso de familia? Porque la gran mayoría de las acciones de filiación comprometen a personas menores de edad. Al respecto, cabe recordar que el CCyC forma parte de un contexto normativo más amplio conviviendo con otras legislaciones como, por ejemplo, la ley 26.061. Esta normativa se preocupa de manera precisa por el tema de la competencia para la resolución de conflictos jurídicos que involucra a niños y adolescentes, siendo la noción de "*centro de vida*" un concepto central y determinante. En tal sentido, cabe recordar que el art. 3º de la mencionada ley, dedicada a definir y ahondar qué se entiende por el "*interés superior del niño*", expresa en el último inciso, el f: *"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"* y agrega que *"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"*.

Para estar a tono con esta regulación, el CCyC establece que en las acciones de filiación que comprometen a personas menores de edad, el juez competente es el del lugar donde el actor tiene su centro de vida, o el principio clásico o tradicional en materia de acciones personales, el del domicilio del demandado.

El fundamento último de este tipo de previsiones reside en la protección al más débil, tal como se expone en los Fundamentos del Anteproyecto, herramienta hábil para comprender con mayor extensión y profundidad las bases o valores axiológicos sobre los cuales se elaboró o edificó el CCyC.

2. Interpretación

Hace varios años, con mayor precisión en fecha 04/02/1992, al resolver un conflicto de competencia suscitada a raíz de un juicio de tenencia entre los tribunales de la localidad de San Carlos de Bariloche, provincia de Río Negro, y un juzgado nacional en lo civil con competencia exclusiva en asuntos de familia de la Ciudad de Buenos Aires, la Corte Federal se inclinó por el tribunal del domicilio en el que se encontraba el niño.

Los hechos del caso eran los siguientes.[85] El marido instaura una acción judicial solicitando la tenencia de su hijo en el juzgado de San Carlos de Bariloche, sede del último hogar conyugal. Por su parte, la madre del niño, habiendo viajado con este a la Ciudad de Buenos Aires para que sea tratado por tener problemas psiquiátricos, presenta una inhibitoria ante el juzgado nacional y solicita que sea este el que se declare competente para entender en la litis. El Juez nacional en lo civil se declaró competente por entender que es el juez del domicilio del niño y el que coincide con el de su madre, siendo esta quien ejercía la guarda. Por su parte, el Juez de Bariloche no admitió la inhibitoria, quedando trabado un conflicto de competencia a resolver por la máxima instancia judicial federal.

La Corte, por mayoría, hace suyas las palabras del procurador general y declara competente al juez del lugar donde residía el niño, afirmándose: *"En el caso, si bien ambos litigantes reconocen ser de estado civil casados y que su último domicilio conyugal se encontraba en la ciudad de San Carlos de Bariloche, Prov. de Río Negro, coinciden en admitir que actualmente se encuentran separados de hecho, residiendo la demandada en esta Capital, en compañía del menor cuyo traslado a esta jurisdicción admitió su progenitor. En tal situación (…), soy del parecer que en casos de conflicto como el presente compete a los jueces resolver la controversia, otorgando el conocimiento del proceso en ese marco, es decir, a los magistrados con jurisdicción en el último domicilio conyugal o en el domicilio del demandado, de acuerdo con la solución que mejor convenga a la situación del menor. Y desde que este reside actualmente con su madre en el ámbito de la Capital Federal, razones vinculadas a la posibilidad de una mayor inmediación del magistrado de dicha ciudad respecto de la situación del menor, (…) tornan aconsejable que sea éste el que conozca en el juicio"*. Esta línea jurisprudencial ha sido seguida por la Corte Federal en tantísimas oportunidades hasta la fecha.

Esta postura ha sido vista de manera satisfactoria por la doctrina, la que después fue reforzada por la mencionada ley 26.061.

Esta misma postura en materia de competencia en protección del más débil es seguida también por la Corte Federal cuando debe dirimir conflictos que comprometen a personas con padecimientos mentales.

El CCyC no solo regula la cuestión de la competencia en los procesos de filiación, sino que, además, diferencia cuando estos involucran a personas menores de edad o con capacidad restringida.

(85) CSJN, "B., S. A.", 04/02/1992, [en línea] AbeledoPerrot 941146.

El articulado en análisis se preocupa por los casos más comunes de filiación, es decir, aquellos que comprometen derechos de personas menores de edad y, por efecto extensivo y protectorio, de las personas con capacidad restringida. En cambio, en el Título VIII, referido a los procesos de familia en general, el art. 720 CCyC se ocupa del resto de los supuestos. En tal sentido, dispone: *"En la acción de filiación, excepto que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del domicilio del demandado"*, siguiendo así la mencionada postura clásica seguida por los códigos procesales en materia de competencia —que se inclina por el domicilio del demandado.

CAPÍTULO 7

Acciones de reclamación de filiación

ARTÍCULO 582.- ***Reglas generales.*** *El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente.*

El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores.

En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.

Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

1. Introducción

De manera general, es dable destacar que el CCyC mantiene la misma estructura del CC en lo relativo al orden de las normas. Así, primero se encuentran las disposiciones relativas a la reclamación o emplazamiento filial y después las de impugnación, exclusión o desplazamiento filial. De este modo, las acciones de reclamación se inician con este supuesto —cada vez más excepcional, dada la mayor flexibilidad y facilidad en la determinación de la filiación matrimonial—, como lo es el de la acción de reclamación de la filiación matrimonial.

La acción de reclamación de filiación matrimonial involucra supuestos fácticos y jurídicos en los que los progenitores de una persona son otros de aquellos sobre quienes quedó determinada la filiación matrimonial. Por lo tanto, se debe proceder a excluir a aquellos para que pueda emplazarse a estos, o también situaciones en las cuales las personas no tienen ninguna filiación determinada y los progenitores son una pareja casada. Como se puede ver, casos excepcionales. Lo mismo acontece cuando las personas que carecen de determinación filial y los presuntos progenitores son personas no casadas.

2. Interpretación

El CCyC mantiene la regulación de dos supuestos diferentes en el mismo articulado: el reclamo de la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial. Estas acciones tienen algunas similitudes y varias diferencias que son observadas en la legislación anterior y que también se mantienen en el nuevo texto.

Veamos, el art. 254 CC disponía *"Los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre. Los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial, contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales. Estas acciones podrán ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos podrán continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo incapaz. Si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos"*.

Como se advertía en el CC, cuando se reclama la filiación matrimonial se trata de un supuesto de legitimación pasiva necesaria, destacándose en el articulado en comentario que debe hacérselo "*conjuntamente*". Esto se funda en la presunción legal de filiación del cónyuge de quien da a luz, por lo cual, si se demanda la filiación de una mujer y esta se encuentra casada —ya sea con una persona de igual o diverso sexo— se debe demandar a ambos —o sea, a los integrantes del matrimonio—. Ello, porque si se hace lugar al reclamo contra quien dio a luz, automáticamente opera la presunción legal prevista tanto en el art. 566 CCyC como en el art. 243 CC. Esto no acontece cuando el reclamo es en el ámbito de la filiación extramatrimonial. En ese caso el reclamo es individual.

Otra cuestión que se mantiene del CC es la expresa admisión de acciones de reclamación contra personas que al momento de iniciar el proceso han fallecido, es decir, *post mortem*. En este supuesto, la acción se entabla contra los "*herederos*", tal como es expresado en el CCyC —una diferencia respecto del CC, que decía que lo era contra los *"sucesores universales"*, siendo el término que utiliza la nueva legislación más preciso—. Asimismo, se agrega que, cuando se trata de la filiación matrimonial, la acción se debe dirigir contra los herederos de ambos presuntos progenitores, si es que los dos fallecieron, sino contra el sobreviviente y herederos del otro; en cambio, se debe deducir contra los herederos del presunto progenitor difunto de manera individual cuando se trata de una filiación extramatrimonial.

Por otra parte, la legislación civil y comercial mantiene una postura que algunas voces doctrinarias han querido colocar en crisis: la incaducidad de las acciones de filiación para el hijo y, por el contrario, la caducidad para el resto de los legitimados activos. Como dice la ley, el hijo puede "*en todo tiempo*" iniciar las acciones de filiación, sean de reclamación, como se dice en el articulado en análisis, como así también las de impugnación, como se asevera en los arts. 588, 590 y 593 CCyC.

Esta diferencia pasa el necesario test de constitucionalidad/convencionalidad al ser distintos los intereses que están en juego, más allá de que la identidad sea un derecho humano reflejo —es decir, que compromete a dos personas—. Como bien destaca Kemelmajer de Carlucci apelando a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *"Según la jurisprudencia tradicional del TEDH, la sola existencia de plazos para*

deducir acciones de filiación (por ej. El plazo para impugnar la paternidad matrimonial) no vulnera el art. 14 (prohibición de discriminación) en relación con los arts. 6 y 8 (derecho a un proceso equitativo y derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio europeo de derechos humanos (TEDH de 28/11/1984, Rasmussen c/ Dinamarca, Series A nro. 87) en tanto los plazos sirven para la buena administración de justicia y a la seguridad jurídica …".[86]

Por último, se mantiene el supuesto especial de qué acontece si quien fallece es el hijo, y la posibilidad expresa de que sus herederos puedan continuar la acción iniciada en vida del hijo o de que, si se produjo su deceso y el hijo no entabló la acción, los herederos la puedan iniciar. En este supuesto especial que involucra a los herederos del hijo como legitimados activos, el CCyC mantiene la triple posibilidad:

a. que los herederos continúen la acción iniciada por el hijo y que, como falleció durante el proceso, no pudo culminar;

b. que los herederos inicien la acción si el hijo fallece siendo menor de edad —18 años— o siendo incapaz; y

c. que los herederos inicien la acción si el hijo muere antes de que haya transcurrido un año desde:
   - que aquel alcanzó la mayoría de edad;
   - la plena capacidad;
   - el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda; en todos estos casos, en el tiempo que falte para completar el plazo anual.

¿Cuáles son las modificaciones que introduce el CCyC en el campo de las de las acciones de filiación y que se observan al inaugurar el Capítulo 7 —referido a las acciones de reclamación de la filiación— y se mantienen también en materia de impugnación de la filiación? Las grandes modificaciones giran en torno a la necesidad de "unificar" criterios, ya sea que se trate de una filiación matrimonial o de una extramatrimonial, por aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

El CC establecía dos tipos de plazos de caducidad. En el marco de la filiación matrimonial, era de un año (conf. art. 259 CC) y, en el campo de la filiación extramatrimonial, de dos años (art. 263 CC). El nuevo texto se inclina por el plazo más breve, el anual, común o igual para todos los supuestos que regula el Código.

Como se explicita en los Fundamentos del Anteproyecto que dio origen a la regulación vigente, el plazo de caducidad no debe ser considerado en sí breve, ya que la otra modificación sustancial, que se retomará al comentar otras disposiciones, gira en torno a cuándo comienza a correr. Al respecto, se dice: "También modifica el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de caducidad (desde que el presunto progenitor supo o pudo saber que no lo era)", agregándose que la unificación del plazo de caducidad está *"en consonancia con el reiterado principio de igualdad —o que exista sólo la menor diferencia posible, reservada para los supuestos fácticos que sean necesarios fundados en razones objetivas— entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial".*

(86) Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El nuevo derecho de Familia,* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibañez, 2010, p. 68.

Otra modificación se refiere al rol del hijo en las acciones de filiación, en total consonancia con el mencionado principio de autonomía progresiva que introduce el CC, de conformidad con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si bien el régimen jurídico general para las personas menores de edad sigue centrado en la idea de que los hijos no emancipados ejercen sus derechos a través de sus representantes (art. 26, párr. 1, CCyC), lo cierto es que el texto civil concede, amplía y flexibiliza, los supuestos en los cuales los niños y adolescentes —en particular estos últimos, quienes son considerados tales a partir de los 13 años y hasta que llegan a la mayoría de edad, a los 18 años de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 CCyC— pueden ejercer por sí algunos derechos, principalmente aquellos que integran el vasto campo de los derechos personalísimos. De este modo, la segunda parte del mencionado art. 26 expresa: *"No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada"*.

Por su parte, y también relacionado de manera directa con el principio de autonomía progresiva pero en el campo procedimental, el CCyC diferencia la intervención directa del hijo con asistencia letrada (defensa técnica), del derecho a participar en sentido amplio como sinónimo de escucha en los procesos de familia de conformidad con lo dispuesto en el art. 707 CCyC. Por lo tanto, más allá de que la persona menor de edad cuente o no con edad y grado de madurez suficiente, el hijo siempre debe ser oído en el proceso en el cual se encuentra comprometido el vínculo filial, siendo que su opinión tendrá mayor fuerza de conformidad con tales elementos: edad y grado de madurez. Esta otra consideración atañe a la llamada "defensa formal o material".

Por último, en su parte final, el artículo en análisis aclara que esta disposición no se aplica —y, por lo tanto, no se puede reclamar filiación alguna— si se trata de TRHA, siempre que *"haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos"*. Esto es así, porque si hubo consentimiento previo, informado y libre ha quedado determinado el vínculo filial con la madre, y por aplicación de la presunción de filiación, también con su cónyuge. Es decir, al haberse recurrido a las TRHA y al haber mediado un consentimiento previo, libre e informado, en los términos del art. 560 CCyC, entonces quedó determinada la filiación respecto de esta, y si esa mujer está casada el o la cónyuge también debería haber prestado el correspondiente consentimiento, más allá de quedar determinada la filiación por el hecho estar casada. Sucede que en el supuesto excepcional de no haber prestado el correspondiente consentimiento según las reglas que establece el CCyC, el o la cónyuge quedarían facultados para impugnar la filiación que quedó determinada por el matrimonio de quien sí lo prestó en la forma debida.

Por otra parte, como la filiación derivada de las TRHA se determina sobre la base del consentimiento, de no mediar este acto jurídico, no puede reclamarse filiación alguna a quien no consintió. Precisamente, es por ello que el donante en las TRHA no es progenitor desde el punto de vista jurídico sino solo donante de material genético sobre el cual gira otro derecho, como es el derecho a la información, que involucra los orígenes de la persona que nace de TRHA heteróloga, pero no derecho a que se le reconozca vínculo filial alguno.

ARTÍCULO 583.- ***Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad.*** *En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.*

Antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover acción judicial.

1. Introducción

Uno de los supuestos que se dan con mayor frecuencia en la práctica es el de los hijos que al nacer cuentan con un solo vínculo filial, el materno, por aplicación de la presunción legal de la maternidad que establecía el art. 242 CC y que se mantiene en la regulación vigente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 565 CCyC. Se trata de un régimen especial que adopta la legislación civil de fondo a los fines de dar cumplimiento al derecho de todo niño a tener doble vínculo filial, con las consecuencias beneficiosas que se derivan de tal emplazamiento dual.

El art. 255 CC fue pasible de una gran cantidad de críticas. Todas ellas fueron tomadas por el CCyC; de allí que se introduzcan varios cambios, auspiciados —gran cantidad de ellos— por la mencionada "constitucionalización del derecho privado".

2. Interpretación

Uno de los cambios que observa la normativa en análisis se refiere a la previa conformidad materna para instar el reclamo de paternidad extramatrimonial que imponía el art. 255 CC. Esta fue una crítica casi unánime fundada en que los vínculos filiales no pueden ni deben depender de la voluntad de nadie —en este caso, de la madre para que su hijo pueda contar con doble vínculo filial materno-paterno, con las consecuencias beneficiosas que se derivan de ello—, y en especial en el derecho a la identidad que está presente en el campo del derecho filial prima sobre el supuesto derecho a la intimidad de la madre. Es por ello que la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial que regula la normativa en análisis no prevé —y, por ende, tampoco obstaculiza— requisito alguno para el inicio o planteo en sede judicial.

El CCyC mejora la regulación en torno a la función del Ministerio Público cuando se encuentran involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes y personas con capacidad restringida o incapaces. En este sentido, el art. 103 CCyC diferencia los supuestos en los cuales este organismo ostenta un papel principal o complementario, diferenciándose el ámbito judicial y el extrajudicial. Así, se entiende que la intervención es complementaria en el ámbito judicial "*en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la*

falta de intervención causa la nulidad relativa del acto", y principal en el mismo campo *"i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación*". Por su parte, la norma general agrega que *"En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales"*.

La normativa en análisis, al igual que el art. 255 CC, constituye una previsión especial en el que la actuación del Ministerio Público puede ser complementaria (cuando la madre en representación de su hijo inicia la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial) o principal (ante la ausencia de tal inicio por parte de la madre o representante legal del niño). Además, regula un proceso previo de carácter administrativo o extrajudicial que no es el supuesto que prevé de manera general el art. 103 CCyC —de ausencia, carencia o inacción ante el compromiso concreto de derechos económicos, sociales y culturales—; sino un supuesto especial: lograr que el presunto progenitor proceda a reconocer a su hijo.

De este modo, el CCyC mantiene la revalorización del rol del Ministerio Público en este campo del derecho filial, tendiente a que todos los niños cuenten con doble vínculo o lazo filial. La normativa en análisis está en total consonancia con los presupuestos generales que establece el art. 103 CCyC, amén de regular un supuesto excepcional para lo cual el papel del Ministerio Público es bien preciso —además de, como se dijo, ya no tener que depender de la decisión de terceros (la madre) para incoar o no la acción judicial, una vez que se haya frustrado la intervención extrajudicial—.

Asimismo, se mantiene la presencia del registro civil, el que debe comunicar al Ministerio Público las partidas de nacimiento en las que solo consta la filiación materna del niño para que, después de recabar toda la información pertinente acerca del presunto padre y todo otro dato de interés al respecto, este procure el reconocimiento del presunto padre. También aquí se introducen algunas modificaciones auspiciadas por lo dispuesto en el art. 12 del decreto 415/2006, que reglamenta la ley 26.061. Cabe recordar que esta disposición afirma en su primer párrafo: *"En todos los casos en que se proceda a inscribir a un niño o niña con padre desconocido, el jefe u oficial del Registro Civil deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que se le hará saber que es un derecho humano de la persona menor de edad conocer su identidad; que, declarar quién es el padre, le permitirá a la niña o niño ejercer el derecho a los alimentos y que esa manifestación no privará a la madre del derecho a mantener la guarda y brindar protección. A esos efectos, se deberá entregar a la madre la documentación en la cual consten estos derechos humanos del niño, pudiendo el funcionario interviniente, en su caso, solicitar la colaboración de la autoridad administrativa local de aplicación correspondiente, para que personal especializado amplíe la información y la asesore. Asimismo se comunicará a la presentante que, en caso de que mantenga la inscripción con padre desconocido, se procederá conforme lo dispone el artículo 255 del Código Civil"*.

En los "Fundamentos del Anteproyecto" se explicita la necesidad de tener en cuenta las leyes especiales que, de manera directa o indirecta, impactan en el derecho civil. Entre tantas normas, se afirma que la ley 26.061 es una de ellas y, por eso, la disposición en análisis es el resultado de esta mirada sistémica.

De este modo, el articulado en análisis es el resultado de la fusión entre el art. 255 CC y el mencionado art. 12 del decreto 415/2006, pero no solo se mejora la redacción, sino que también se perfecciona la regulación al quitarse requisitos tales como la mencionada conformidad materna previa al inicio de la acción, el que ha sido pasible de severísimas y acertadas críticas desde el crisol constitucional-convencional.

ARTÍCULO 584.- ***Posesión de estado.*** ***La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético.***

1. Introducción

El CCyC sigue, en términos generales, la previsión del derogado art. 256. De esta manera, si bien la prueba genética sigue ocupando el podio en materia probatoria en todo proceso filial, lo cierto es que la posesión de estado también mantiene un lugar de relevancia en el CCyC.

Se ha sostenido, con acierto, que la posesión de estado debe ser demostrada en un juicio o proceso judicial ya que, de por sí, no tiene la suficiente fuerza para lograr el correspondiente emplazamiento filial en el ámbito extramatrimonial. En este sentido, hay diferencias sustanciales en el modo o modalidades del reconocimiento que prevé el art. 571 CCyC, del supuesto especial que se regula en el articulado en análisis.

Si bien la prueba de la posesión de estado se podría haber opacado por la prueba genética, ello no es así y, como muestra, cabe traer a colación un precedente dictado por la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el 2011, en el marco de una acción de filiación.[87]

Se trata de una acción meramente declarativa a los fines de que se declare que la relación mantenida entre el actor y una persona, hasta la desaparición forzada de esta última en 1962, fue una auténtica posesión de estado de hijo, por lo cual, se peticiona autorización para utilizar el apellido de su presunto padre. Se aclara en la petición que esta acción no implica renunciar al derecho que le asiste a la formulación de una acción de emplazamiento filial en el futuro. En primera instancia, se hizo lugar parcialmente a la demanda: se admitió la acción meramente declarativa, no así lo relativo al apellido. En primer lugar, se puso de resalto la existencia de posesión de estado filial entre el actor y el hombre quien se comportó como padre, aunque tal declaración no se efectúa en los términos previstos por el art. 256 CC —referido, precisamente, a la posesión de estado—. La Cámara sostuvo que la interpretación de la instancia anterior no era correcta, ya que si bien no se pidió expresamente el emplazamiento filial, ello no es óbice para que así acontezca y, consigo, el poder portar el pertinente apellido como una de las tantas consecuencias que se derivan del nexo filial. En este sentido, se recuerda que una de las modificaciones que introdujo la ley 23.264 fue eliminar la controversia que existía antes de ella, por la cual se entendía que la posesión de estado debía verse integrada por la prueba del nexo biológico. La Alzada agrega que, en esencia, *"la acción de filiación no difiere de la promovida en autos. Lo que se distingue es, exclusivamente, el carácter*

(87) CNac. Apel. Civ., Sala M, D. la P., E. F. v. V., F. ", 07/11/2011, AbeledoPerrot, AP/JUR/341/2011.

preventivo que se asigna a la mere declarativa". También, en este interesante precedente, se alude al principio *iura notiv curia* —que rige no solo para las cuestiones de fondo sino también para aquellas de índole procesal— y, por ende, se declara que *"en virtud del reconocimiento de filiación que resulta de la posesión de estado de filial declarada (art. 256 CC), se autoriza al actor a usar el apellido V…"*.[88]

Por lo tanto, en términos generales, el CCyC mantiene la posesión de estado como una variable de relevancia a los fines de la determinación de la filiación, cuya entidad, si bien se observa en el marco de un proceso judicial, ello no es óbice para restarle importancia —la misma que ha tenido en el CC—, máxime cuando en términos de derechos humanos y, en particular, del derecho a la identidad, la posesión de estado sería una clara demostración de la vertiente dinámica que involucra u observa este derecho.

2. Interpretación

El artículo en análisis corrige y adecua alguno de los términos empleados en el art. 256 CC; en particular, modifica dos cuestiones. La primera tiene que ver con la supresión del vocablo "*expreso*", que adjetivaba el valor de reconocimiento en el CC, pues no existe en nuestro ordenamiento otro tipo de reconocimiento de la filiación extramatrimonial que no requiera la forma expresa: si bien en doctrina se utilizaban como una sinonimia los términos "posesión de estado" y "reconocimiento tácito", en rigor, la posesión de estado no es un reconocimiento diferente, tácito, sino que su prueba en juicio sin acreditaciones que lo contradigan, valdrá como un reconocimiento. La segunda se relaciona con el reemplazo del vocablo "*nexo biológico*" por "*nexo genético*".

Veamos, de conformidad con lo afirmado, al igual que en el art. 256 CC, la posesión de estado no significa *per se* un reconocimiento. Por lo tanto, no existe incompatibilidad entre la letra del artículo en comentario y los supuestos cubiertos por lo dispuesto en el art. 571 CCyC. Las formas o modalidades para el reconocimiento son las que se enumeran en dicho artículo, sin perjuicio de darle una fuerte valoración (el de emplazamiento filial) si en un juicio de reclamación de la filiación extramatrimonial queda probada la posesión de estado (o sea, la identidad dinámica) entre actor y demandado.

La acreditación de la posesión de estado en un juicio donde se disputa la filiación de una persona será siempre una cuestión de prueba porque, de por sí, todo lo que es "fáctico" o de "hecho" —como la posesión de hecho, la separación de hecho, la guarda de hecho o la llamada unión de hecho—, al ser conductas, comportamientos o lazos que se entretejen en la realidad con independencia de la ley, deben someterse a la interpretación y consideración de una autoridad —en el caso de la posesión de estado de hijo/padre, del juez—. Ello, con independencia de que si se encuentra acreditada tal posesión "fáctica", la ley le otorgue una valoración tan importante, a punto tal que le da fuerza de reconocimiento, siempre que no haya otras pruebas que la contradigan —es decir, que no le quiten o resten entidad a tal posesión—. La valoración de si hay o no posesión de estado está a cargo del juez porque se trata de verificar situaciones fácticas. Ahora bien, una vez verificada esa realidad, la ley le otorga un valor de peso, es decir, igual que el reconocimiento que produce el emplazamiento filial por sentencia judicial.

Fácil se puede observar que el CCyC amplía las causales para desvirtuar, o no, un vínculo filial por presunción legal, siendo "el interés superior del niño" una de las razones para

(88) CNac. Apel. Civ., Sala M, fallo cit.

hacer, o no, lugar a la acción de impugnación —una situación que se puede probar por "cualquier medio"—. ¿Acaso la demostración de una posesión de estado de hijo/padre forjada durante diez o veinte años no podría ser una razón de peso para que, en el interés del niño, no se haga lugar a la impugnación de la filiación? El CCyC le da relevancia a la identidad en su faz dinámica.

Es sabido el rol que ostenta la prueba genética en los procesos de filiación. Tanto el sometimiento, realización y resultado de la prueba de ADN como, en definitiva, su negativa a tal prueba han sido los dos ejes centrales en materia probatoria en este tipo de juicios, por lo cual la importancia práctica de la posesión de estado como de la convivencia, por sí solos, se ha diluido. Esta es una de las principales razones por las cuales el CCyC se detiene en la regulación de la prueba principal (la genética, sea que el presunto demandado esté vivo o haya fallecido) y de qué sucede ante su negativa, y no de las pruebas como la posesión de estado, la convivencia o la pluralidad de convivencias.

¿Cuándo un determinado comportamiento o actitud del demandado con el presunto hijo constituye una verdadera "posesión de estado"? ¿Todas las convivencias de la presunta madre fueron en el mismo momento de la concepción? ¿Alguna "convivencia" es más notoria que otra? Aquí hay una decisión de técnica legislativa clara: la confianza en los operadores del sistema jurídico y en la flexibilidad o amplitud para poder decidir sin que el legislador deba cerrar el debate otorgando prioridades rígidas a determinadas presunciones por sobre otras.

ARTÍCULO 585.- ***Convivencia.*** ***La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada.***

1. Introducción

El CCyC mantiene la convivencia —término que reemplaza el de "concubinato", de conformidad con la idea de que el lenguaje no es neutro, a modo de principio que rige el nuevo texto civil y comercial— como un elemento fáctico de relevancia en el campo del derecho filial, en particular, de la filiación por naturaleza.

A los fines de focalizar en la perspectiva comparativa, cabe recordar que el art. 257 CC establecía que "*El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario*".

Es sabido que esta presunción tiene un peso relativo a la luz de la fuerza y valor que ostenta la prueba de ADN; sin embargo, como tal *probatio probatisima* puede no estar, el CC mantiene la convivencia como un elemento de interés a ser tenido en cuenta en un proceso judicial en el que se pretende demostrar el lazo filial entre dos personas. Se trata, al igual que la posesión de estado, de situaciones fácticas que deben ser probadas mediante cualquier medio.

2. Interpretación

La norma en estudio se refiere de manera general a la prueba de la convivencia; no alude a la figura de las "uniones convivenciales" que regula el CCyC —que, para ser tales, deben cumplir con determinadas características o requisitos (conf. arts. 509, 510 y 511 CCyC)—.

Al respecto, y de manera general, cabe afirmar que las uniones convivenciales que regula el Código Civil en el Título III de este Libro Segundo generan las consecuencias que expresamente se prevén dentro de ese Título o, de manera excepcional, cuando se alude también a esta institución al regularse otras situaciones —como acontece con la adopción conjunta, que está habilitada para las parejas en unión convivencial y no para las parejas en convivencia en general—. Estas últimas sí están habilitadas para el supuesto de la adopción de integración que involucra al cónyuge o conviviente del progenitor de origen, se esté o no en presencia de una convivencia que, a la vez, constituya una unión convivencial. De este modo, la normativa en análisis es más amplia o no solo compromete a las uniones convivenciales, al referirse a todo tipo de convivencia. Claro está que si se trata de una unión convivencial inscripta (art. 511 CCyC), la prueba de la convivencia a la cual se refiere el articulado en estudio será sencilla: solo basta con presentar el certificado correspondiente.

¿Esta presunción también es válida cuando se trata de una pareja del mismo sexo? La redacción que adopta el CCyC se funda, primordialmente, en el principio de igualdad, más allá de que ciertos supuestos se den con mayor frecuencia o de que, en definitiva, sea operativa para parejas de diverso sexo fundado en razones objetivas o por diferencias que pasan el test de constitucionalidad.

Es sabido que la modalidad más común en que una pareja del mismo sexo —sea casada o no— pueda acceder a la paternidad/maternidad es mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por otras reglas. En este marco, ni la posesión de estado, ni la convivencia son elementos relevantes, sino la reiterada voluntad procreacional, debidamente explicitada a través del consentimiento previo, informado y libre (arts. 560 y 561 CCyC).

¿Qué acontecería si una pareja conviviente de mujeres procedieron a una técnica "casera" y no a la reproducción médicamente asistida? En este marco, tanto la posesión de estado como la convivencia, junto a la voluntad procreacional que sí consta aunque no reúna los requisitos que establecen los arts. 560 y 561 CCyC, podrían ser elementos a ser tenidos en cuenta a los fines de la determinación filial. Tal como se ha expresado de manera clara en el Capítulo respectivo, el CCyC regula solo la filiación medicamente asistida como tercera causa fuente filial. Por lo tanto, en el supuesto de que se haya sometido a una inseminación "casera", se deberán aplicar las normas de la filiación por naturaleza o la filiación adoptiva, según el caso.

ARTÍCULO 586.- ***Alimentos provisorios.*** *Durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor, de conformidad a lo establecido en el Título VII del Libro Segundo.*

1. Introducción

El CCyC regula los alimentos provisorios en un contexto especial: que aún no haya quedado determinado el vínculo filial con el presunto progenitor.

Los alimentos provosorios, antes y durante la tramitación del proceso de reclamación de la paternidad extramatrimonial, son una creación doctrinaria que, con el tiempo y, en especial, la profundización de la obligada mirada crítica, a la luz del desarrollo de la doctrina

internacional de los derechos humanos, ha tenido arraigo en la jurisprudencia nacional a pesar de no encontrarse expresamente prevista. Esta normativa es una clara muestra de cómo se materializa el "interés superior del niño" en la legislación civil.

2. Interpretación

Desde el punto de vista jurisprudencial, se pueden observar diferentes etapas:

1. silencio absoluto o falta de planteo;
2. rechazo;
3. admisión, pero solo para los supuestos en el que la "verosimilitud del derecho" era muy fuerte, entendiéndose que ello acontecía cuando ya había prueba biológica, y esta favorable; y
4. aceptación más flexible, en el que tal demostración del presunto vínculo filial puede devenir de cualquier medio probatorio.

El CCyC recepta tanto el desarrollo doctrinario como el jurisprudencial y así permite la consolidación de la 4ª etapa sintetizada; pero ello, siempre que la petición lo sea de manera concomitante con el reclamo judicial sobre el vínculo filial. Como surge del texto en análisis, por aplicación del principio de protección al más vulnerable, conjuntamente con el interés superior del niño, el CCyC permite que también se pueda peticionar alimentos provisorios incluso antes de iniciarse el reclamo filial, lo que es más novedoso aún.

¿Cuál es el fundamento último de los alimentos provisorios en la especial situación en la cual aún no ha quedado establecido el vínculo filial del cual deriva, jurídicamente, la obligación alimentaria pero que igual se reconoce la facultad de solicitarlos y al juez de fijarlos? Desde la obligada perspectiva constitucional-internacional, los alimentos constituyen un derecho humano y, como tal, merecen el mayor de los respetos y satisfacción en el plano infraconstitucional. Esta aseveración es tenida muy en cuenta por el CCyC en el que se le otorga una amplia protección y dedicación, al reservar varias disposiciones a la cuestión alimentaria (conf. arts. 537 a 554 y 658 a 670 y 676 CCyC, además de la normativa en análisis dentro del Título V, Filiación). Así, y tratándose de personas menores de edad, como lo son los supuestos fácticos en los cuales opera la disposición en estudio referida a los alimentos antes y durante del reclamo del vínculo filial), en los Fundamentos del Proyecto que ha dado lugar a la sanción del presente CCyC se asevera: "*La obligación alimentaria es uno de los deberes a cargo de los progenitores que ha tenido una importante evolución doctrinal y jurisprudencial gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27), hoy con rango constitucional*".

Sucede que los alimentos satisfacen un derecho humano; de allí, su especial atención y facilitación. En este contexto, se advierte que el derecho alimentario interacciona de manera directa con el derecho a la dignidad y a la calidad de vida. Por ello, la efectiva satisfacción a través de una medida cautelar en el marco de un proceso en el que se debate el vínculo filial, —o aun antes de ello—, pero en el que se puede demostrar, *prima facie*, la verosimilitud del vínculo que se demanda, constituye un línea legislativa acorde o en total consonancia con la obligada perspectiva constitucional-internacional.

El CCyC recepta la posibilidad de solicitar alimentos provisorios de manera concomitante a la acción principal de filiación, sino incluso antes de que quede establecido el vínculo filial y del cual, claramente, se deriva el deber alimentario como uno de los tantos derechos y deberes que emergen de la responsabilidad.

¿Es necesario demostrar el lazo filial para que se haga lugar al pedido de alimentos provisorios? La legislación civil y comercial no lo prevé; simplemente se debe demostrar el requisito de toda medida provisoria: la verosimilitud del derecho.

¿Podría el juez decretar los alimentos de oficio? Dada la mayor amplitud y flexibilidad que ostenta la regulación vigente, y la base sobre la cual se edifica su normativa —"la constitucionalización del derecho privado"—, fácil se responde que el juez podría fijar alimentos provisorios sin petición expresa de parte interesada, al encontrarse involucrado de manera directa un derecho humano como es el derecho alimentario.

Por otra parte, la normativa en análisis se complementa o se encuentra reforzada con lo previsto en el art. 664 del Título VII, relativo a la responsabilidad parental, que dispone *"El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida"*.

En definitiva, una vez más, el CCyC se hace eco del desarrollo doctrinario y, con menor intensidad, en el campo jurisprudencial —en especial, de reclamos anteriores a la acción filial—, fuentes inspiradoras del reconocimiento legal expreso de los alimentos al hijo extramatrimonial no reconocido. Así, le otorga la posibilidad de que reclame alimentos provisorios siempre que se pruebe sumariamente el vínculo filial que lo uniría al presunto progenitor; facultad que no solo está habilitada durante el proceso de reclamación de la filiación extramatrimonial, sino incluso antes de ello. En este último supuesto, y por aplicación del principio general de abuso del derecho, el CCyC impone al juez que establezca un plazo para la promoción del juicio de fondo, es decir, el proceso de filiación tendiente a esclarecer la presunta paternidad. En caso de no interponerse la pertinente demanda, el CCyC establece, a modo de sanción, la facultad de ordenar el cese de la cuota fijada mientras no se proceda a iniciar dicho juicio.

ARTÍCULO 587.- ***Reparación del daño causado.*** *El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código.*

1. Introducción

En el campo del derecho de familia, uno de los ámbitos temáticos en el que mayor aceptación teórica y práctica ha tenido el derecho de daños es el ámbito de la filiación y, dentro de este, de manera particular, el de los daños derivados de la falta de reconocimiento paterno. Estos tienen expresa recepción en la normativa en análisis, lo cual no quiere decir que no sea posible alegar, probar y hacerse lugar a otro tipo daños en el campo de la filiación por fuera de este supuesto, que es el más común.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales

Desde una necesaria perspectiva sistémica, todo lo referido al derecho de daños debe ser analizado teniéndose en cuenta los cambios que propone el CCyC en esa materia.

En primer lugar, el CCyC no sigue la línea que adopta la reforma de 1998, consistente en receptar un régimen que gradúa la culpa. Al respeto, el art. 1589 —"Daño justificado"— del mencionado Proyecto de Reforma establecía, en el inc. d: "*En el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad filial*". Agregándose en el art. 1686 que "*… solo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave a) Si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia…*". El CCyC toma distancia de esta postura.

Otra modificación sustancial en el campo de la responsabilidad civil que tiene un impacto o incidencia directa en el derecho de familia —y, en particular, en los daños que son pasibles de ser reparados en el ámbito del derecho de familia—, se refiere a la legitimación en la reparación del daño no patrimonial. En este sentido, en los Fundamentos se afirma: "*El Anteproyecto amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible. El mismo texto recoge la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función satisfactiva y compensatoria*".

Si bien en el derecho de familia y en especial, en el ámbito del derecho filial prima la responsabilidad de carácter extracontractual, no se debe perder de vista que situaciones de daños que se puedan dar en el campo de la filiación por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida pueden ser de tipo contractual, por lo cual los cambios operados en lo relativo a la unificación y mantenimiento de algunas diferencias sobre ambos campos de la reparación civil son de interés para el tema en análisis. Así, por citar una de las modificaciones en pos de lograr un acercamiento o cierta unificación, se observa, en materia de prescripción, un lapso único de cinco años, sea que el daño se produzca en la órbita contractual o en el extracontractual (conf. art. 2560 CCyC).

2.2. Daños y falta de reconocimiento paterno

Una de las reparaciones civiles que se plantean con mayor frecuencia en el campo de las relaciones de familia son los daños derivados de la falta de reconocimiento. Es sabido que el factor de atribución —como acontece en la gran mayoría de los conflictos de familia— es la culpa que, en el CCyC, sigue teniendo su espacio en la teoría general de la responsabilidad civil, más allá de las modificaciones que se introducen y la mayor extensión y lugar que se le otorga a la responsabilidad objetiva.

El CCyC regula de manera expresa el supuesto de daños que se da con mayor frecuencia —y de manera casi exclusiva— en la filiación por naturaleza, como lo es la falta de reconocimiento, y para el resto de los supuestos que son muy escasos (por ejemplo, daños por haberse creído padre durante mucho tiempo y enterarse cuando ya no podrá tener más hijos por su edad, que no lo era de ninguno; o daños por omitir la madre información identificatoria sobre el presunto padre; daños contra la madre por la tardanza en reclamar la filiación o daños derivados del llamado "reconocimiento complaciente", etc.) se aplican como hasta ahora los principios generales de la responsabilidad civil, regulados en el Capítulo I del Título V del Libro Tercero.

Así, el CCyC recepta una postura amplia o flexible al regular de manera expresa el supuesto más frecuente, al considerar que la falta de reconocimiento implica un daño *in re ipsa*. No obstante, nada dice sobre la gran diversidad de situaciones dañosas que podrían plantearse en el campo de la filiación en general.

La amplitud no solo busca evitar la casuística en un ámbito tan dinámico como es el filial, sino también determinar cuáles son los daños reparables —si solo el daño no patrimonial o si también el patrimonial, como aconteció en algunos casos judiciales en los que se ha reconocido el daño patrimonial por la pérdida de chance de haber tenido una vida mejor, sin tantas restricciones ante la falta de reconocimiento oportuno del presunto padre?—.

En definitiva, en materia de daños en la filiación, el CCyC adopta una postura amplia y flexible como la que sigue al regular tantas otras materias que están en constante dinamismo.

CAPÍTULO 8

Acciones de impugnación de filiación

ARTÍCULO 588.- ***Impugnación de la maternidad.*** *En los supuestos de determinación de la maternidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo.*

La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo.

En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre.

1. Introducción

El CCyC introduce una modificación de tinte metodológica cuando comienza a regular la cuestión de las acciones de filiación en particular. Así, regula las acciones de impugnación siguiendo el mismo orden que se recepta al regular la determinación de la filiación, advirtiéndose que se trata de la cara y contracara de una misma moneda. De este modo, el CCyC primero se preocupa por la impugnación de la maternidad (la determinación de la maternidad está regulada en primer término, en el art. 565 CCyC); después, por la impugnación de la filiación matrimonial (situación que, en lo relativo a la determinación filial, está consignada en el art. 566 CCyC); y, por último, cierra el Título referido a la filiación con la acción de impugnación del reconocimiento, siendo que la determinación legal de la paternidad extramatrimonial se encuentra regulada en el art. 570 CCyC y ss.

Esta no es la metodología que adoptaba el CC —que primero se ocupaba de la impugnación de la filiación matrimonial, después de la impugnación de la maternidad y, por último, de la impugnación del reconocimiento—.

Por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, el CCyC también introduce modificaciones sustanciales, en especial, en lo atinente a la caducidad de la acción para todos los terceros interesados, pero no así para el hijo, cuya acción es incaducable. De

este modo, como acontece con todas las acciones de impugnación, la acción de impugnación de la maternidad tiene una legitimación amplia. Ello se regula del mismo modo que en el CC, pero aquí el cambio reside en que, para los terceros interesados, tiene un plazo de un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo—.

2. Interpretación

La legislación derogada en torno a la impugnación de la maternidad se encontraba regulada en dos normativas. Al respecto, es dable recordar el art. 261 CC, que expresaba: *"La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo"*. Y el articulado siguiente, el art. 262 CC, en el cual se establecía: "*La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo. La mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo*". Por otra parte, la impugnación de la maternidad se encontraba ubicada después de la impugnación de la paternidad matrimonial y antes de la impugnación del reconocimiento. ¿A qué podía responder este modo de ordenar las acciones de impugnación? Se presume que ello respondía al tratamiento diferencial-preferencial —y, por ende, discriminatorio— en el que la impugnación de la filiación matrimonial tenía un trato especial porque podía llegar a poner en crisis "la paz familiar"; en otras palabras, que la madre/esposa haya sido adúltera era considerado algo repudiable por el sistema legal, por lo tanto, si el hijo tenía lazos biológicos con el amante y no con el marido, pasado cierto tiempo (más corto que para la impugnación del reconocimiento), era mejor que esta verdad no se desatara y que todo siguiera como estaba, en pos de mantener o proteger esa supuesta "paz familiar".

Más allá de los cambios que introduce el CCyC, lo cierto es que, tanto en el CC como en el CCyC, la impugnación de la maternidad se centra o se genera por "*no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo"* (conf. art. 261 CC y art. 588 CCyC), siendo una acción única o la misma, sea que la persona que dio a luz esté o no casada. Es decir, así como la determinación de la maternidad es única, se trate de una filiación matrimonial o extramatrimonial, lo mismo sucede con su contracara, la acción de impugnación.

En el CC, la maternidad también observaba una legitimación activa amplia ya que la impugnación de la maternidad podía ser planeada por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invocara un interés legítimo. En el régimen actual, si bien se cambia el orden en los que se enumera o enuncian los legitimados, colocándose en primer lugar al principal legitimado —el hijo—, también se señala que lo es la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. Por lo tanto, en materia de legitimación activa no se introduce ninguna modificación de fondo.

Los cambios principales giran en torno a la caducidad. Veamos: el CCyC —como se sigue al regular todas las demás acciones filiales— establece ciertos límites a determinadas personas a través de la institución de la caducidad. Es decir que todos los legitimados, menos el propio hijo, están habilitados a plantear la impugnación de la maternidad dentro de un determinado lapso temporal: un año, que es el que regula el nuevo texto civil para todas las acciones. En este contexto, el interrogante básico que se habrían realizado los redactores es cuál es el fundamento constitucionalmente válido y no discriminatorio por el cual debía mantenerse un tratamiento legislativo diferenciado en materia de caducidad en impugnación de la maternidad. Por aplicación del reiterado principio

de igualdad, si los vínculos filiales son de por sí relevantes, sean maternos o paternos, matrimoniales o extramatrimoniales, de igual o de diverso sexo, la ley debería regular del mismo modo o bajo idénticas reglas a todos ellas, salvo que, por razones objetivas, amerite que, en un caso o en varios, deba procurarse una regulación más amplia o restrictiva según corresponda.

En este contexto, era necesario preguntarse si había algún fundamento constitucional-convencional para no imponer plazo de caducidad alguno en la acción de impugnación de la maternidad y sí hacerlo en el resto de las acciones de impugnación. Como no se encontró ninguno, se procedió a establecer, como en las demás acciones, el plazo de un año; un plazo que también comienza a correr, de manera amplia, desde la inscripción de nacimiento o, en su defecto, desde que se tuvo conocimiento sobre la sustitución o incertidumbre en torno al lazo biológico entre quien dio a luz y el niño cuya filiación quedó determinada.

Por último, como acontece con la gran mayoría de las normas que regulan las acciones de filiación —como la filiación derivada de las TRHA— se funda en reglas diferentes en las que el consentimiento previo, libre e informado (en los términos de los arts. 560 y 561 CCyC) tiene un peso esencial en materia de determinación de la filiación, no es posible plantear acción de impugnación de la maternidad alegándose falta de vínculo biológico o genético en los casos de filiación heteróloga con material genético femenino donado cuando se haya prestado el correspondiente consentimiento, exteriorización de la voluntad procreacional, columna vertebral de la filiación derivada de las TRHA (conf. art. 562 CCyC).

ARTÍCULO 589.- ***Impugnación de la filiación presumida por la ley.*** *El o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño. Para acreditar esa circunstancia puede valerse de todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz.*

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

1. Introducción

El CC ha sido pasible de tantísimas críticas y acalorados debates en torno a la regulación del anterior art. 259 CC, referido a la impugnación de la paternidad matrimonial, es decir, a la filiación que le cabe al marido de la madre por estar casado con la mujer que dio a luz. El CCyC se hace eco de todo este contexto "convulsionado" e introduce modificaciones sustanciales en dos cuestiones centrales: 1) la legitimación activa y 2) la caducidad; amén de la redacción en términos acordes al principio de igualdad, para estar a tono con la sanción de la ley 26.618.

En materia de legitimación activa, el CCyC intenta unificar esta cuestión en todas las acciones de impugnación, siendo amplia en todos los casos, con total independencia de que se trate de una filiación matrimonial o extramatrimonial. Es por ello que el cambio en materia de legitimación activa en la acción en análisis ha sido fundamental porque

el sistema anterior era claramente restringido o cerrado. La posibilidad de acceder a la justicia, al estar legitimada mayor cantidad de personas, no significa que siempre se haga lugar a la acción de impugnación si ello conculca el respeto por la identidad en su faz dinámica. Esta también es una gran modificación que introduce, de manera expresa, el CCyC y que la diferencia de su par anterior.

La otra gran modificación se refiere a la caducidad, pero ello se encuentra regulado en el articulado siguiente.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales

Es dable recordar que el art. 259 CC ha sido pasible de una gran cantidad de críticas en lo relativo a la legitimación activa, fundadas en la violación del derecho a la igualdad y no discriminación. Ello, en dos sentidos:

a. por conculcar el principio de igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ya que, sobre los primeros, la acción de impugnación de la filiación matrimonial era restrictiva y, en cambio, amplia para los segundos; y

b. en lo relativo a la igualdad entre los progenitores, porque los hombres estaban facultados a impugnar la maternidad y no así las madres la paternidad matrimonial, sí la extramatrimonial.

Veamos, el art. 259 CC rezaba que *"La acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido"*. Se trata de un normativa que se veía complementaba con lo dispuesto en el art. 258 CC, en el que se establecía, de manera general, que "*El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre. Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada. En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda*".

2.2. Qué situaciones regula la normativa en análisis

El CCyC, al igual que el CC, dedica dos normativas a regular la impugnación de la filiación presumida por ley (arts. 589 y 590 CCyC). En la normativa en análisis, puntualiza cuáles son los supuestos fáctico-jurídicos que regulan o interesan a esta acción.

Siendo la determinación filial la otra cara de la misma moneda de la acción de filiación, esta normativa se comprende cuando es leída conjuntamente con lo dispuesto en el art. 566 CCyC. Por lo tanto, todas las modificaciones que se destacaron al estudiar esa normativa también se ven reflejadas en este otro artículo.

Veamos: por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, el CCyC no se refiere a la presunción de paternidad del marido de la madre sino, de manera general y neutra, a la presunción de filiación matrimonial. De este modo, ya sea que se trate de un matrimonio integrado por personas de igual o diferente sexo, si un niño nace en el marco de un matrimonio, se presume la filiación del cónyuge de la persona que da a luz, sea esta un hombre o una mujer. Entonces, así como se modifica la denominación de la determinación, también se introducen cambios en la denominación de la acción que deja de llamarse de "impugnación de la paternidad matrimonial" para ser de "impugnación de la filiación presumida por ley".

¿En qué supuestos opera esta acción? En el de todos los niños nacidos en un matrimonio, y dentro de los 300 días de la interposición de la demanda de divorcio de nulidad, de la separación de hecho o muerte de alguno de los miembros de la pareja conyugal. ¿Cuál es el objetivo? Desplazar o desvirtuar la determinación legal que se deriva de la presunción de filiación del o la cónyuge, derivada del matrimonio que prevé el mencionado art. 566 CCyC. ¿Cómo se debe probar? Alegando que el cónyuge no puede ser el progenitor, o que la filiación presumida por ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradigan o en el interés superior del niño.

Tal como se decía en el art. 258 CC, para tal fin se puede valer de todo o cualquier medio probatorio no siendo suficiente la sola declaración de quien da a luz. Ello se funda en que, en el campo del derecho filial, se encuentra comprometido el orden público y no la autonomía privada o de la voluntad, por lo cual la ley aleja cualquier posibilidad de connivencia de quien da a luz con su cónyuge para, rápidamente, proceder al desplazamiento del vínculo filial, con respecto a este último.

2.3. Cuáles son las principales modificaciones

Si bien la gran mayoría de los casos en los cuales se van a plantear la impugnación de la filiación presumida por ley lo será en el marco de matrimonio conformados por parejas integrada por personas de diferente sexo, lo cierto es que, por aplicación del reiterado principio de igualdad y no discriminación, la normativa no puede ni debe estar cerrada a las parejas del mismo sexo. ¿Por qué en la gran mayoría de los casos este tipo de planteos judiciales va a ocurrir en el contexto de un matrimonio integrado por personas de diverso sexo? Porque, para alcanzar la maternidad, los matrimonios conformados por dos personas del mismo sexo —en especial, por dos mujeres— deben someterse al uso de las técnicas de reproducción humana asistida y, por ello, son otras las normas y reglas que rigen esta otra causa fuente filial. Tal es así que la última parte de la normativa en análisis reitera el principio de improponibilidad de la demanda de impugnación de la filiación cuando se trata de niños nacidos por el uso de la TRHA y haya mediado el correspondiente consentimiento previo, informado y libre, con total independencia de que el o la cónyuge haya o no aportado material genético.

Esta realidad no es óbice para que, en algún supuesto excepcional, una mujer casada con otra mujer mantenga relaciones sexuales con un hombre y de allí quede embarazada o que hayan procedido a realizar una técnica "casera" mediante la introducción en su

cuerpo de semen de un tercero conocido (o no) y también quede embarazada. En ambos supuestos se debe aplicar la normativa en análisis si se pretende la impugnación de la filiación presumida por ley, por la cual, por aplicación de la presunción legal de filiación matrimonial, la cónyuge de la mujer que da a luz es tenida por comadre y, por ende, el tercero estaría legitimado para desvirtuar tal vínculo filial y, así, proceder a reconocer al niño para que el lazo filial se determine a su favor. Es claro que en ninguna de las dos situaciones fácticas planteadas se trata de un caso de TRHA, ya que la que se regula como tercera fuente filial es la que es médicamente asistida, y siempre que se cumplen ciertos y determinados requisitos; de modo que en esos supuestos no se aplican sus reglas.

Es por esta razón que la acción de impugnación de la filiación presumida por ley está abierta al campo de la filiación matrimonial heterosexual como homosexual, más allá de que en la práctica se presentarán más supuestos en los cuales se comprometa la filiación matrimonial de un niño nacido en una pareja conformada por dos personas de diferente sexo.

La otra cuestión de fondo que es necesario destacar, y que implica una modificación sustancial que trae consigo el CCyC, se refiere a otra ampliación que observa el articulado en análisis: apelar, de manera expresa, al interés superior del niño como límite, no solo para hacer lugar a la acción de impugnación sino también para poder rechazarla.

Respecto del análisis del presente artículo, es preciso recordar el resonado precedente del 12/05/2005, en el cual Kemelmajer de Carlucci, como integrante de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza,[89] no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 259 CC por no habilitar, entre los legitimados activos, al presunto padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial, fundándose, entre otros argumentos, en la necesidad de priorizar la identidad dinámica —que, en el caso, se veía plasmada en el vínculo afectivo forjado entre el marido de la madre y el niño— por sobre la identidad estática —la que estaría en cabeza del presunto padre, postura conocida como "ecléctica", que analizaremos luego—.

El articulado en análisis, a diferencia del art. 258 CC, alude de manera directa y precisa al interés superior del niño como una variable o consideración central a ser tenida en cuenta para hacer lugar o rechazar la acción de impugnación de la filiación presumida por ley. Precisamente, como la identidad dinámica es tan identidad —y de peso— como la estática, es que se debe sopesar en cada conflicto cuál es la vertiente que debe primar. Es por esta razón que, por ejemplo, en el caso excepcional que involucra a un matrimonio conformado por dos mujeres en las cuales una de ellas queda embarazada por haber tenido relaciones con un tercero o haber apelado a la mencionada técnica "casera", el juez puede rechazar la acción de impugnación planteada por aquel tercero priorizando el vínculo afectivo —identidad dinámica o posesión de estado— que ese niño haya forjado con la cónyuge de quien da a luz.

ARTÍCULO 590.- ***Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y caducidad.*** *La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.*

(89) SCJ Mendoza, Sala 1ª, "L. C. F. por la menor A. M. G. c/ A. C. A. G. P. A. C" p/ Filiación s/ Inst. Cas.", 12/05/2005, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2005-III*, Bs. As., AbeledoPerrot, p. 165 y ss.

El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado.

1. Introducción

Como se adelantó al comentar el artículo anterior, el CCyC mantiene la regulación de la impugnación en el campo de la filiación matrimonial —ahora, con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes— en dos normativas. Una de carácter general en la cual se indica en qué supuestos, cuándo y para qué opera este tipo de acción judicial. La otra, la que aquí se analiza, regula los dos temas que más debates han generado en la doctrina y jurisprudencia desde hace años, en consonancia con el desarrollo de la mirada constitucional-internacional que ha primado en el derecho privado —y, en particular, en el derecho de familia—.

Ahora bien, ¿quiénes están legitimados activamente para iniciar la acción?, ¿cómo opera la figura de la caducidad o cuáles son los cambios al respecto?

2. Interpretación

2.1. La cuestión de la legitimación activa

En materia de legitimación activa en la acción de impugnación de la filiación matrimonial se observan tres posturas bien definidas. Ellas son, sintéticamente —exponiéndose de manera harto resumida los argumentos que se esgrimen en el marco de cada una de ellas—, las siguientes:

a. Postura amplia:
   - La enumeración restrictiva que establece el art. 259 CC —al hijo, al marido y a los herederos de este, siempre que no haya operado el plazo de caducidad impuesto al marido— es inconstitucional por cercenar una garantía constitucional: el acceso a la justicia.
   - La interpretación de los textos legales no debe limitarse al análisis literal; por el contrario, debe hacerse una interpretación sistemática. En otros términos, la ley debe ser valorada en orden al conjunto que integra y a su íntima coherencia.
   - Los vínculos filiales son recíprocos, por lo cual no puede concedérsele al hijo el derecho a saber quién es su verdadero padre y negarle al mismo tiempo este derecho reflejo al padre biológico.
   - Sostener la negativa de legitimación al padre biológico implica negarle la posibilidad de asumir su paternidad y de establecer un vínculo familiar con quien biológicamente es su hijo.
   - Se incurre en un tratamiento discriminatorio ya que, en el campo de la filiación extramatrimonial, la acción de impugnación del reconocimiento es abierta y amplia al legitimar a todo tercero con interés legítimo, no así cuando se trata de la impugnación en el marco de una familia matrimonial. Esta crítica opera tanto para la falta de habilitación al presunto padre biológico como a la madre, quien también estaba legitimada en el CC a impugnar el reconocimiento (conf. art. 263 CC).

- Mantener la diferencia —ser más estricto cuando se trata de la familia matrimonial y más amplio cuando es extramatrimonial— consolida un concepto cerrado, tradicional y conservador de familia, contrario a la idea de pluralidad que sustenta la doctrina internacional de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional, máxime cuando la Constitución Nacional se refiere a la protección integral de la familia (art. 14 bis) de manera amplia, sin definir un modo o tipología de organización familiar.

b. Postura restrictiva:

- El art. 259 CC tiene una enumeración taxativa de los legitimados para impugnar que no contempla al padre biológico, aseverándose que esta limitación no afecta el principio de igualdad, al no responder a un propósito discriminatorio sino a la protección de un valor distinto como lo es la "paz familiar"; siendo, por ende, una cuestión de política legislativa, el legislador consideró pertinente otorgar el ejercicio de la acción exclusivamente al marido y al hijo, y no así a la madre y al supuesto verdadero padre biológico.
- No se viola el derecho a la identidad del hijo porque este goza de la posibilidad de impugnar la paternidad en todo tiempo.
- La coincidencia entre la filiación biológica y la legal encuentra un límite en el mantenimiento de la paz familiar.

c. Postura ecléctica:

- El trato del hijo por el marido de la madre genera el convencimiento de que es beneficioso que el derecho proteja esa situación.
- La declaración de inconstitucionalidad respecto de la falta de legitimación del padre biológico operada de la letra del art. 259 CC no debe considerarse en abstracto y, para todos los casos, la constitucionalidad o su contracara dependerán de la evaluación de las circunstancias en el caso concreto, donde cobran interés, entre otras, las siguientes variables: edad del niño, relaciones familiares previas, relación con el padre biológico, etc.
- La postura ecléctica es la que mejor concilia todos los intereses en juego: el interés superior del niño y el derecho del padre biológico a forjar vínculos familiares con su hijo.
- No se niega el derecho a conocer la verdad biológica, sino a que, en determinadas circunstancias fácticas, realidad biológica y vínculo filial no se corresponden.
- En el resonado precedente que ha dado lugar a esta postura denominada "ecléctica", en la sentencia ya referida de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza,[90] Kemelmajer de Carlucci, como preopinante, afirmó: "*si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: a) edad del niño; b) conformación del grupo familiar en el que está inserto; c) relaciones familiares fácticas previas*", argumentando que adhiere a dicha posición ya que la misma "*es la que mejor concilia todos los intereses en juego: el superior interés del niño y el derecho del padre biológico a establecer vínculos jurídicos con su hijo (…) en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (…), la biológica (…), la sociológica (…), la de la voluntad individual (...);*

(90) SCJ Mendoza, fallo cit.

la del tiempo (…); responde a los lineamientos básicos de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos antes reseñada, no sólo porque analiza el derecho a la vida familiar desde la realidad y no desde la pura abstracción sino porque tiene especialmente en cuenta que el ejercicio del derecho del padre no puede vulnerar el interés superior del niño…".

¿Qué postura adopta el CCyC? Una postura propia al diferenciar la legitimación activa del fondo del planteo o de la acción. Nos explicamos a continuación.

El CCyC recepta una legitimación amplia, ya que legitima a la madre, al presunto padre biológico y *"a cualquier tercero que invoque un interés legítimo"*, pero sin perder de vista algunos argumentos u observaciones que esgrime la postura ecléctica en la compleja tensión entre identidad estática y dinámica, teniéndose en cuenta que, ante determinada situación fáctica, prime la identidad dinámica sobre la estática como lo destaca y defiende la postura ecléctica. Esto se deriva de lo que expresa el art. 589 CCyC, que se refiere también a la acción de impugnación de la filiación presumida por ley; esta acción es viable cuando la determinación que establece el art. 566 CCyC no deba ser *"razonablemente mantenida"*, ya sea por *"las pruebas que la contradicen o en el interés del niño"*. ¿A qué se refiere el CCyC, de manera precisa, con *"el interés del niño"*? Justamente, como se ha resuelto en algunos precedentes, a la identidad dinámica entre el niño o adolescente y su progenitor legal o jurídico es tan elocuente que extinguir ese vínculo jurídico sería perjudicial o conculcaría el interés superior. En este sentido, se han presentado situaciones en las que el propio hijo con edad y grado de madurez suficiente manifiesta que no quiere ver desplazado el vínculo filial con quien fuera su padre legal hasta ese momento.[91]

Lo que prima para la solución arribada en el CCyC, en definitiva, es la aplicación del reiterado principio de realidad al que se alude en los Fundamentos del Proyecto que dio lugar al CCyC. De esta manera, realidades sociales más complejas demandan normativas más amplias, flexibles y que den margen a los operadores jurídicos para hacer planteos y tomar decisiones que se ajusten a la situación fáctica que se presenten, sin temor.

De este modo, se sortea la postura restrictiva que adoptaba el CC y que tantas críticas ha recibido desde la perspectiva constitucional-convencional.

2.2. La cuestión de la caducidad

La caducidad es otra de las cuestiones que ha generado posturas o miradas encontradas en lo relativo a las acciones de desplazamiento en general, pero en el campo de la filiación matrimonial ello se produjo con mayor énfasis y apasionamiento, tanto doctrinario como jurisprudencial.

Respecto de la figura de la caducidad en el campo de las acciones de filiación, las controversias giran en torno a dos temas:

a. si es constitucionalmente válido que las acciones de filiación no caduquen para algunos legitimados (el hijo) y sí para otros (el resto); y

b. desde cuándo debería empezar a correr el plazo, lo cual presume que, para analizar esta otra cuestión, se parte de la premisa de que la institución de la caducidad es compatible con el derecho a la identidad y, por ello, cabe ahondar en desde cuándo comienza a rodar.

(91) SCPBA, "L., J. A. c/ J., P. V. y L., V. B. s/ impugnación de paternidad", 28/05/2014, en *RDF* 2014-VI-87.

Tal como se adelantó al comentar el art. 582 CCyC, se sostiene que pasa el test de constitucionalidad-convencionalidad fundado en el principio de la seguridad jurídica y el respeto por la estabilidad de los vínculos, y el derecho a la identidad en su faz dinámica, que haya plazo de caducidad para ciertos legitimados activos y que, en cambio, para otros, el hijo, las acciones de impugnación sean incaducables. La cuestión constitucional-convencional en torno al plazo de caducidad se observa en el segundo aspecto: desde cuándo empieza a correr.

El CCyC introduce modificaciones sobre el modo o desde cuándo comienza a correr el plazo de caducidad: desde que se tiene conocimiento de que se puede no ser el progenitor biológico, más allá de que sea igual para todas las acciones.

Por su parte, la jurisprudencia también se ha expedido en varias oportunidades en torno a la constitucionalidad del plazo de caducidad previsto por el art. 259 CC, que lo fijaba en un año. Tal plazo es el mismo que se sigue en el texto vigente, pero con una diferencia sustancial: la unificación del plazo, cualquiera sea la acción filial de que se trate, matrimonial o extramatrimonial, siendo esta distinción uno de los fundamentos que se colocan de resalto para sostener que es inconstitucional. Sin embargo, en otros casos, la jurisprudencia también ha apelado a la declaración de inconstitucionalidad del plazo de caducidad previsto por el art. 259 CC.

De este modo, el CCyC introduce las modificaciones pertinentes para que el nuevo régimen jurídico sea compatible con la obligada perspectiva constitucional-internacional. Ellas son las siguientes:

a. se mantiene la figura de la caducidad para todos los legitimados activos —que, tras la reforma, se ve ampliada—, salvo para el hijo cuyas acciones de filiación son incaducables;
b. se unifican los plazos en un año para todas las acciones de filiación; y
c. se modifica el modo o desde cuándo comienza a correr el plazo: desde que se tomó conocimiento de que se puede no ser el progenitor biológico, siendo impertinente que el plazo comience a transitar a espaldas o sin conocimiento por parte del interesado, más allá de que para el hijo no caduque.

Estas son las principales y sustanciales modificaciones que introduce el CCyC en dos de los temas que generaron un fuerte y acalorado debate durante la vigencia del CC relativo a la legitimación activa y caducidad de las acciones de impugnación en general y, de manera especial, de la impugnación de la filiación presumida por ley.

ARTÍCULO 591.- ***Acción de negación de filiación presumida por la ley.***
El o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Si se prueba que el o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo, la negación debe ser desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos anteriores.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

1. Introducción

El CCyC mantiene la regulación de la acción de negación de la entonces "paternidad del marido de la madre", pero introduce varias modificaciones de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación que consolidó la ley 26.618. De este modo, la acción en análisis no solo se aplica para los casos de paternidad presumidas por la ley, sino también en sentido general, de presunciones filiales presumidas por ley, se trate de un hombre o una mujer, cónyuge de la persona que dio a luz. En otras palabras, esta acción también es más amplia al extenderse a todos los supuestos de presunción de filiación del cónyuge de quien da a luz un niño, en el marco de un matrimonio conformado por dos personas de diverso o igual sexo.

2. Interpretación

Si bien se trata de la regulación de una acción que tiene escasa práctica, tal observación no es óbice para que no sea mantenida, siempre aplicando el mencionado principio de igualdad y no discriminación, por lo cual la acción de negación se ve extendida a todos los casos de determinación filial matrimonial por presunción legal que regula el art. 566 CCyC.

Cabe recordar que el art. 260 CC disponía: *"El marido podrá negar judicialmente la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Si se probare que el marido tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de su casamiento o si, luego del nacimiento, reconoció como suyo expresa o tácitamente al hijo o consintió en que se le diera su apellido en la partida de nacimiento, la negación será desestimada. Quedará a salvo en todo caso, la acción de impugnación de la paternidad que autoriza el artículo 258. Para la negación de la paternidad del marido, rige el término de caducidad de un año"*.

La acción de negación de la filiación matrimonial se relaciona con la determinación legal de tal filiación. De este modo, es sabido que la presunción legal opera dentro de los 300 días de acontecidos ciertos y determinados hechos jurídicos (interposición de la demanda de divorcio o nulidad) o fácticos (separación de hecho o fallecimiento). Ahora bien, ya en el CC se establece una diferencia de carácter objetivo, según el momento en que nace el niño. De esta manera, no es lo mismo que un niño nazca al día siguiente o a la semana de que los cónyuges hayan celebrado matrimonio, a que lo haga, por ejemplo, un año después de dicha celebración. En el primer supuesto, es claro que la concepción se logró antes de la celebración de las nupcias; en cambio, en el segundo caso, lo fue bastante tiempo después del matrimonio en el que concepción y nacimiento, ambos hechos, acontecieron estando vigente el matrimonio. ¿Qué incidencia tiene en el campo de las acciones de filiación esta diferencia? Si bien en ambos supuestos, por aplicación del principio previsto en el art. 566 CCyC referido a la determinación de la filiación matrimonial presumida por ley, se tiene por progenitor del niño nacido al cónyuge de quien da a luz, el CC le otorga relevancia a dicha diferencia fáctica —o de momentos en los que se produce la concepción y el nacimiento—, a los fines de regular las acciones de impugnación. Esta consideración era observada en la legislación derogada y en la proyectada en 1998, y es mantenida en el nuevo texto civil.

Por lo tanto, aquellos niños nacidos en el marco de un matrimonio, pero cuyo nacimiento se produjo dentro de los 180 días posteriores a la celebración de las nupcias, el cónyuge presumido progenitor por ley puede incoar la acción de negación del vínculo filial determinado en virtud de lo dispuesto en el art. 566 CCyC.

¿Qué se debe probar a los fines de hacerse lugar a la acción de desplazamiento? La falta de nexo biológico. Esta posibilidad observa varias limitaciones, ya que la propia normativa —tanto la vigente como el art. 260 CC— obstan el desarrollo de esta acción si se acredita y prueba que el o la cónyuge de quien da a luz (progenitor por presunción legal) tenía conocimiento del embarazo de la mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o la existencia de posesión de estado de hijo. Si se da alguna de estas dos situaciones, la ley impide el progreso de la acción de negación, sin perjuicio de quedar abierta la posibilidad de incoar la acción de impugnación prevista en los arts. 589 y 590 CCyC, tal como deja expresado el articulado en análisis y lo hacía el art. 260 CC.

Tanto en la normativa derogada como en la actual, el plazo de caducidad es de un año. La diferencia entre ambas previsiones es que en la normativa en análisis, este plazo comienza a correr desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley presume. Esta última consideración es una de las grandes innovaciones del CCyC en materia de caducidad en todo el régimen de la acciones de filiación, no quedando fuera de este importante cambio la acción de negación de la filiación presumida por la ley.

Nuevamente cabe preguntarse qué sucedería o cuál sería la acción filial aplicable si un niño cuya madre tuvo relaciones sexuales con un hombre antes de contraer nupcias con otra mujer sin que esta última lo supiera, nace antes de los 180 días; o si procedió a realizarse una práctica "casera" consistente en inyectarse material genético de un hombre antes de casarse, y al tiempo y antes de que hayan pasado 180 días, nace un niño. Claramente, en estos supuestos los interesados deben contar con una acción para colocar en crisis la presunción legal de filiación matrimonial y ella debería ser la acción de negación, en los mismos términos que es regulada para los matrimonios entre personas de diferente sexo.

Otro cambio que introduce el CCyC se refiere —como lo hace en todas las acciones de impugnación— al modo o desde cuándo comienza a correr el plazo de caducidad anual.

Por otra parte, el CCyC mejora sustancialmente la redacción y estructura de la acción en análisis. Veamos: el art. 260 CC expresaba que eran situaciones que obstaculizaban la proponibilidad de la acción si el marido de la madre había reconocido *"como suyo expresa o tácitamente al hijo o consintió que se le diera su apellido"*. El CCyC directamente alude a la posesión de estado de hijo. Sucede que la normativa derogada pecaba de algunas inexactitudes. El reconocimiento es un acto jurídico expreso no tácito —en todo caso, se considera que ciertas circunstancias debidamente probadas en un proceso filial tienen una entidad tal que amerita ser consideradas u ostentar el mismo valor que el reconocimiento—, pero ello no implica que en el régimen jurídico exista un reconocimiento táctico. La otra cuestión, se refiere a dar "el apellido". Esta es una consecuencia jurídica ineludible que se funda en el vínculo filial, pero, de por sí, una persona no puede "darle" el apellido a otra si, de manera previa o concomitantemente no se genera un vínculo filial entre ambas (entre el que "da" el apellido y quien lo "recibe").

Una vez más, la normativa en análisis se acuerda de señalar que la acción que se regula no se aplica para el supuesto de TRHA, cuando se haya prestado el correspondiente

consentimiento en los términos previstos en los arts. 560 y 561 CCyC, siendo que es de este modo como queda determinada la filiación de las personas nacidas por TRHA. Por ende, no es posible proceder a impugnar dicha filiación por aplicación del principio de improponibilidad de la demanda que establece el art. 577 CCyC.

ARTÍCULO 592.- ***Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley.*** *Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer.*

Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

1. Introducción

Otra de las acciones de impugnación que se observan en el campo de la filiación matrimonial es la acción preventiva de la filiación presumida por la ley. Se trata de otro supuesto excepcional, y que opera en un campo temporal más o menos breve y también determinado, como la acción de negación analizada en el articulado anterior. La acción preventiva tiene por finalidad impedir que el niño que nace dentro de un matrimonio sea inscripto como hijo de quien ha celebrado nupcias con quien dio a luz. En otras palabras, por aplicación de lo previsto en el art. 566 CCyC, para los hijos nacidos dentro de un matrimonio, se presume la filiación con el cónyuge de quien dio a luz. ¿Cómo evitar esta presunción legal a favor del cónyuge? Mediante una sentencia favorable dictada en el marco de un proceso de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley.

El CCyC introduce varias modificaciones en torno a la acción preventiva de conformidad con los principales cambios que priman en el campo de la filiación por naturaleza auspiciados por el principio de igualdad y no discriminación.

2. Interpretación

En primer término, el CCyC mantiene del régimen anterior la regulación de una acción especial de tipo preventiva, impidiendo que quede determinada una filiación a favor del cónyuge de quien da a luz si se sabe que no lo une un lazo biológico con el niño.

Cabe recordar que el mencionado art. 258 CC se refiere, de manera general, a la impugnación de la paternidad del marido de la madre. Dentro de este género también se regula un supuesto especial, como es la acción preventiva que tiende a impedir que se inscriba la paternidad del marido de la madre cuando nazca el niño. Así, el art. 258 CC en su parte pertinente afirmaba: *"Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada"*.

Como se ha afirmado en reiteradas oportunidades, el CCyC unifica los plazos de caducidad de todas las acciones a un año, salvo para los hijos, a quienes no les caducan nunca tales acciones. En este sentido, al plazo anual que el CC preveía para las acciones de

impugnación si se trataba de la filiación matrimonial, es mantenido; solo que antes era solo para la filiación matrimonial y ahora lo es para todas las acciones filiales.

De la compulsa de ambos textos legales, el CC y el CCyC, es mayor la cantidad de cambios que se introducen. Veamos a continuación cuáles son y las razones o fundamentos de ello.

En primer lugar, la reiterada extensión del ámbito de aplicación de este tipo de acciones, ya que no se centra en la "paternidad del marido de la madre" quien puede accionar de manera preventiva para que cuando nazca el niño no opere la presunción legal de paternidad, sino en todo cónyuge, se trate de un matrimonio de diverso o igual sexo, tras la sanción de la ley 26.618.

Como se ha explicitado al analizar las otras acciones de impugnación (la amplia como la restrictiva o acción de negación), en el marco de un matrimonio conformado por parejas del mismo sexo —en particular, dos mujeres— es posible que pueda plantearse la acción preventiva por parte de la cónyuge de la mujer que dio a luz y cuya esposa tuvo relaciones con un tercero o procedió a una técnica "casera" para la implantación de material genético masculino y por ello quedó embarazada.

También en total consonancia con la amplitud que observa el CCyC en materia de legitimación activa, se extiende la habilitación para incoar la acción preventiva, además de al cónyuge, a la madre y a cualquier tercero con interés legítimo.

Por último, por decisión de técnica legislativa por la cual se prefiere hablar en positivo y no en negativo, la normativa vigente establece que la inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida; en cambio, el art. 258 CC decía que la inscripción no hace presumir la paternidad del marido de la madre *"sino en caso de que la acción fuese rechazada"*.

En cuanto a la cuestión especial en las TRHA, una vez más se aclara que la acción de impugnación excepcional que se regula en el articulado en análisis no opera para los casos de niños nacidos por TRHA cuando la filiación queda determinada en los términos previstos en los arts. 560 y 561 CCyC, de conformidad con la improponibilidad de la demanda que establece el art. 577 CCyC.

ARTÍCULO 593.- ***Impugnación del reconocimiento.*** *El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.*

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

1. Introducción

El CCyC también se ha preocupado por la acción de impugnación del reconocimiento desde el obligado crisol constitucional-internacional. Así, esta constituye otra de las normativas que han sufrido varios embates, llegando a ser tachada de "inconstitucional". Esta tensión supralegal ha estado auspiciada por la necesaria y obligada comparación

con la impugnación que, en el marco de la filiación matrimonial (básicamente y en aquel contexto anterior a la sanción de la ley 26.618), puede realizarse a la paternidad del marido de la madre, a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

Así, cabe recordar que el art. 263 CC establecía que "*El reconocimiento que hagan los padres de los hijos concebidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento*".

El CCyC, al igual que acontece con la acción de impugnación de la filiación presumida por ley —o sea, en el campo matrimonial— también introduce modificaciones que dan cuenta de cómo se hace eco de las principales críticas constitucionales-convencionales que se han esgrimido en la doctrina y en la jurisprudencia.

2. Interpretación

El CCyC mantiene la legitimación activa amplia que establecía el art. 263 CC, siendo esta la postura que adopta al regular todas las acciones de impugnación, con total independencia del tipo de filiación o de acción de que se trate.

Es sabido que el art. 263 CC también ha sufrido embates de tinte constitucionales en lo relativo a la legitimación (del propio reconociente para impugnar la acción), como así también del plazo de caducidad bianual que establecía, como de su modo de computarse o desde cuándo comienza a correr (el CC lo disponía desde el reconocimiento).

El CCyC no toma postura acerca del debate en torno a si el propio reconociente puede impugnar su propio reconocimiento, el que es considerado irrevocable por la ley, ya que la situación fáctica en la cual se pudo haber dado dicho acto de reconocimiento puede ser diferente: creer que efectivamente era el padre biológico, haber tenido dudas pero no hacer nada para despejarlas o, directamente, proceder a un "reconocimiento complaciente", es decir, saber perfectamente que no lo une ningún lazo biológico con la persona a quien reconoce. Ante la diversidad de supuestos, el CCyC no da una respuesta única o unívoca al respecto, adoptándose entonces una postura flexible.

En materia de caducidad, al igual o en la misma línea legislativa que se adopta al regular el art. 590 CCyC respecto de la caducidad de la acción de impugnación de la filiación presumida por ley, se entiende que la figura de la caducidad en sí no es inconstitucional, sino que la tensión constitucional se centra en el modo en que se la regulaba en el CC. Es por ello que el CCyC modifica desde cuándo empieza a correr, estableciendo que no es desde el acto de reconocimiento sino desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible que no sea el padre biológico el padre jurídico.

Como se ha expresado, la realidad biológica no es la única vertiente de la identidad que debe ser tenida en cuenta para hacerse lugar a la acción de impugnación, en este caso, de la filiación extramatrimonial. Sucede que el principio del interés superior del niño, si bien no está expresamente mencionado en el articulado en análisis, es sabido que se trata de un principio rector o columna vertebral en todo conflicto que involucra a niños y adolescentes. Por lo tanto, en atención a esta consideración que se suma al reiterado principio de igualdad y no discriminación entre la filiación matrimonial y extramatrimonial que el CCyC se ha ocupado expresamente de resguardar, se puede concluir que también en el marco de la acción de impugnación del reconocimiento se puede limitar la verdad

biológica como único elemento a ser tenido en cuenta para definir el vínculo jurídico de filiación. De este modo, aquí también cabe recordar todo lo ya expresado en torno al valor de la posesión de estado de hijo y consigo, a la faz dinámica de la identidad, la cual puede primar en algún planteo o conflicto filial que coloque en tensión la identidad estática y la dinámica. Por lo tanto, una vez más, el CCyC diferencia la legitimación activa —que es amplia como lo era en el art. 263 CC y en todo el sistema legal que implementa el CCyC— de hacer lugar o rechazar la acción de fondo si ello conculca principios básicos como lo es el del interés superior del niño, a la luz del derecho a la identidad en su faz dinámica.

Por último, cabe destacar que la figura del reconocimiento está circunscripta a la filiación por naturaleza en parejas no casadas conformadas por personas de diferente sexo, siendo que las parejas del mismo sexo deben apelar a las TRHA, y allí juegan reglas diferentes. Una de ellas y básica es la imposibilidad de impugnar el vínculo jurídico que se derive del consentimiento previo, libre e informado que prevén los arts. 560 y 561 CCyC y que se consolida con la improponibilidad de la demanda que establece el art. 577 CCyC.

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:

I. 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

(*) Comentarios a los arts. 594 a 637 elaborados por Mariela González de Vicel.

2. casos jurisprudenciales complejos del derecho familiar que tuvieron como objeto una adopción,[92] 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 merituados 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

(92) 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.

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 si, 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[93] 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.[94] 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.[95]

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.

(93) 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.

(94) 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

(95) 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".*

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[96] 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. 7°, 8° y 9° 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.[97] 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. 7° 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. 7° 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.

(96) Emana de las reglas fijadas en la CADH, arts. 1° y 2° y CDN arts. 2°.1 y 3°.2.

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

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.[98]

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.

(98) Caramelo, 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

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 —introductorio 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…*".[(99)]

¿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[(100)].

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*".[(101)]

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 espe-

(99) CSJN, "A., F. s/ protección de persona", 13/03/2007, voto del ministro Maqueda, consid. 3.

(100) 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".*

(101) 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.

cíficas 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, sicológico 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 explicite 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, trátese 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. 7°, 8° y 9° 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 fijen 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 revelarle 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 inmediación— 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:

   I 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. 9° 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 pretenso 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 pretenso 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 el 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 preminencia 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*".[102]

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

(102) Corte IDH, "Atala Riffo y niñas vs. Chile", 24/02/2012, párr. 118, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

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 "Fornerón 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*".[103]

(103) Corte IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012, párr. 98.

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 prexistentes, 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 inscripta 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 completeen 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, remplazando 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, realzando 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 pretenso 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 pretensos.

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, remplazando 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 pretensos 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 reconocen 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 peticionar —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.[104]

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

(104) 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.

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.

CAPÍTULO 2

Declaración judicial de la situación de adoptabilidad

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. 7°, 8°, 9°, 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*".(105)

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

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.

Integrando 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 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, inmediación, 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 —entendiendo 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 decrete 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 jurisdiccionis*", 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 restructura 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 cuales 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.

CAPÍTULO 3

Guarda con fines de adopción

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 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.

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 "ahijamiento" 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 pretensos 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 pretensos 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 télesis 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 solución 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.[106]

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. 9°, 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.

.....

(106) 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.

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[107] 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

(107) 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*".

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 "ahijamiento", 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 pretenso 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.

CAPÍTULO 4

Juicio de adopción

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

1. 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, trátese 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. 3°) 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 imbuye 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—[108] 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 pre-

(108) Del art 8°.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"*

tensos 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 pretenso 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" entendiendo 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.[109]

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*

(109) Palacio, Lino, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. I, Bs. As., Abeledo Perrot, 1992, p. 329.

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 controvirtiendo 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 pretenso 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 pretenso 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 pretensos 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 acarrean 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 pretensos 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.

CAPÍTULO 5
Tipos de adopción

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 acarreaba 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.

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. 7°, 8°, 9°, 20.2, 20.3, 21. a, 29.c CDN; art. 595, inc. a, CCyC; art. 3° 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)[110] 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.

(110) 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"*.

2.2. 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 pretenso 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 pretensos 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 pasado y presente.

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 pretensos adoptivos, los afectos nacidos y desarrollados serán admitidos por la ley, confiriendo vínculo jurídico más allá del que se reconocerá entre pretensos adoptante y adoptado, porque ello hace al respeto por la identidad dinámica, que se conforma a diario con el devenir vital.

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 conferirla 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: pretensos adoptantes y pretensos 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 pretensos 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 reguladas 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 pretenso 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 respeto por el derecho a la identidad del principal sujeto de consideración jurídica: el pretenso 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. 7°, 8°, 9°, 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 deja 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 pretensos 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 pretenso adoptado o los pretensos 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 puede 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 de hace junto con la definición plasmada en el art. 620, párr. 2°, 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 prexistentes 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." (111)

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

(111) Corte IDH, "Fornerón e hija vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2011.

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. 5°, 12,18 CDN; arts. 3°, 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. 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 circunscripta 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. Filiacion 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 supérstite (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 afin (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 pretenso 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 pretenso adoptante, en cuyo caso el proceso que nació voluntario se volverá contencioso. "Progenitor de origen" comprende tanto al conviviente o cónyuge del pretenso adoptante como al restante.

Podría darse el supuesto que quien pretenda vinculo 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 cotidianeidad 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.

CAPÍTULO 6

Nulidad e inscripción

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. 5°, 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 pretenso 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.[112]

(112) Corte IDH, *in re* "Fornerón", fallo cit., párr. 105.

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. 5°, 7°, 8° y 9° 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 inscripta 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 nacional— 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 conferían 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, mas 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 pretenso adoptado que cuenta con edad y grado de madurez…"* (art. 617, inc. a, CCyC). Esa calidad de parte no impide que todo pretenso adoptado deba ser oído personalmente por el juez, quien tendrá en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez (art. 617, inc. b, 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 pretenso 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 distintas 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.

TÍTULO VII(*)
Responsabilidad parental

CAPÍTULO 1
Principios generales de la responsabilidad parental

ARTÍCULO 638.- *Responsabilidad parental. Concepto.* ***La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.***

1. Introducción

En el marco del derecho constitucional de familia,(113) la regulación de las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos es sustancialmente modificada, con dos claros objetivos: adecuar la normativa interna a las obligaciones jurídicas internacionales asumidas, en sintonía con el sistema interamericano de derechos humanos; y ofrecer un sistema legal que responda a las exigencias de una sociedad de mayor complejidad, caracterizada por la diversidad y el pluralismo.

En efecto, la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de la Convención de los Derechos del Niño impactó en forma directa sobre toda la normativa infraconstitucional relacionada con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El cambio conceptual y jurídico ha sido de tal magnitud que, desde hace varios años, diversos artículos del CC resultaron absolutamente inconstitucionales, y ello ha provocado modificaciones legales parciales. Además, la incorporación de la Argentina al sistema interamericano de derechos

(*) Comentarios a los arts. 638 a 704 elaborados por María Victoria Pellegrini.

(113) Cuya esencia puede sintetizarse en: *"i) que el derecho de familia es un sistema para proteger los derechos fundamentales de los miembros del grupo familiar, porque la pertenencia a este grupo no excluye la titularidad de los derechos fundamentales de sus miembros, y ii) que el derecho de familia debe evitar que los conflictos que se puedan producir en el interior del grupo puedan llegar a lesionar estos derechos fundamentales"*. Roca Trías, Encarna, *Libertad y Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 155.

humanos implicó asumir la obligación de realizar el control de convencionalidad de su legislación interna, que debía adoptar y seguir los lineamientos interpretativos de la Corte IDH. En definitiva, el impacto ha sido doble: legal y jurisdiccional, y ello hace a la construcción de un sistema jurídico-legal diferente al emergente del clásico CC.

Uno de los ámbitos de mayor impacto ha sido el referido a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, en un contexto jurídico en el cual el reconocimiento de su condición de sujetos de derecho provoca que los niños, niñas y adolescentes abandonen el reducido espacio jurídico al que fueran tradicionalmente confinados, su superior interés se transforma en guía y norte para el efectivo goce y disfrute de sus derechos, sus opiniones adquieren peso concreto, y sus posibilidades de ejercicio de derechos se adecuan a una realidad indiscutible: las personas no se transforman de niños a adultos en un momento determinado, sino que a medida que transcurre el tiempo, se adquieren gradualmente aptitudes y condiciones madurativas en forma gradual, y con ello autonomía en forma progresiva.

El concepto de la autonomía progresiva permite que a medida que los niños adquieren mayores competencias, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de orientación y dirección de sus padres, contenido y finalidad de la responsabilidad parental. Una consecuencia directa de ello es el fenómeno denominado "democratización" de las relaciones familiares, más acentuado justamente en el ámbito de las relaciones filiales. Así, poco espacio queda para los hijos en un sistema lineal en el que la autoridad de concentraba en los adultos (y principalmente en una sociedad patriarcal en el padre) y cuyas "órdenes" debían ser acatadas sin cuestionamiento ni posibilidad de negociación o explicación alguna.

Sin dudas, toda la regulación de la responsabilidad parental debía ajustarse a tal cambio paradigmático.

Por último, una pequeña referencia a la metodología del CCyC. A los fines de favorecer la interpretación de las diversas instituciones, se optó por utilizar un lenguaje claro, sencillo, y una estructura que comenzara por precisar el concepto del instituto a regular seguido de una serie de principios generales que, sin duda, colaborarán y orientarán a los diversos operadores jurídicos respecto del sentido de las normas.

2. Interpretación

El lenguaje no es neutro y ello fue expresamente resaltado en los "Fundamentos del Anteproyecto..": *"… el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión 'patria potestad' por la de 'responsabilidad parental', denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra 'potestad', de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la 'potestas' del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo 'responsabilidad' implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente"*.[114]

(114) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 597.

Hace ya varios años, diversos doctrinarios señalaron la necesidad de modificar la denominación "patria potestad", dada su connotación o directa remisión a la idea de poder o posesión sobre los objetos, noción completamente alejada de la función de orientación, cuidado y acompañamiento de los progenitores ante el crecimiento de sus hijos.

Y la elección del vocablo "responsabilidad" no fue casual ni caprichosa, pues el art. 5 CDN alude directamente a las "responsabilidades" de los padres, como así también el art. 18 CDN, al establecer el principio de coparentalidad, cuya finalidad es la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, el art. 16.1.d, CEDAW, al imponer la obligación a los Estados firmantes de garantizar a hombres y mujeres "*los mismos derechos y responsabilidades*" respecto de sus hijos; finalmente, es una alocución recogida en diversas leyes de protección de derechos de la niñez, como el art. 7º de la ley 26.061, que se refiere a la "*responsabilidad familiar*".

De allí que el proceso evolutivo de la legislación marque un claro paso de la "patria potestad" a la responsabilidad parental, resaltando el objetivo y funcionalidad del conjunto de deberes y derechos de los progenitores respecto de sus hijos.

En efecto, la regulación de este plexo de relaciones jurídicas ha seguido un camino acorde a los contextos históricos, sociales y jurídicos, cuyo último mojón es la normativa en comentario. En el CC, el énfasis se colocaba claramente en los padres: *"La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados"* (art. 264 CC). La norma fue modificada en 1919 para agregar la noción de obligaciones junto a los derechos: *"La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos"* (art. 264 CC, conforme ley 10.903). Finalmente, en una de las grandes y últimas reformas en derecho de familia, en 1985, se invierte el orden y se especifica la funcionalidad de aquellos deberes y derechos reconocidos: *"La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado"* (art. 264 CC, conforme ley 23.264).

Sin embargo, el impacto de la constitucionalización del derecho de familia evidenció rápidamente la necesidad de adecuar la interpretación de esta norma bajo la óptica de las responsabilidades asumidas por la Argentina, y así fue señalado en forma elocuente por la CSJN en varios fallos. Citamos el siguiente a modo de ejemplo: "*Que, en línea con lo expresado, el propio texto de1 articulo 264 delCódigo Civi1 derogado contemplaba que los derechos y deberes que conforman la patria potestad, se ejercerán para la protección y formación integral de sus hijos, por lo que no resultaría irrazonable concluir que el citado interés superior del menor hace a la esencia de la actuación paterna. La interpretación de tal prerrogativa que poseen los progenitores no puede efectuarse, en la actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la ley 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante situaciones en que se vean vulnerados".*[115]

(115) CSJN, "N. N. O U., V. s. Protección y guarda de personas", 12/06/2012, consid. 21.

Por otra parte, la realidad social se ha modificado profundamente en las últimas décadas: tolerancia social a distintas formas de agrupamiento familiar, incluidas las uniones homosexuales —matrimoniales o no—, la reasignación del desempeño de roles en el seno familiar debido tanto a la decidida incorporación de las mujeres en el mercado laboral, un mayor desarrollo de la biotecnología —con un claro impacto en la prolongación de la expectativa de vida y mayor calidad de la misma—, la masificación del uso de la tecnología informática, posibilitando el contacto no presencial entre padres e hijos, entre otras cosas. Una legislación cuya última modificación data de hace tres décadas, puntualmente en relación a la responsabilidad parental, sin lugar a dudas resultó insuficiente para cubrir los planteos de la vida cotidiana de las personas.

Para concluir, resulta necesario destacar los tres elementos distintivos de esta norma: 1) la responsabilidad, como eje fundante del conjunto de deberes y derechos de ambos progenitores; 2) el reconocimiento del principio de coparentalidad en un pie de igualdad, sin preferencias de un género sobre el otro, sean del mismo o diferente sexo; y 3) con una clara finalidad: la protección, desarrollo y formación integral de los niños, niñas y adolescentes, receptando el principio de autonomía progresiva, al incorporar el desarrollo a la fórmula del art. 264 CC.

ARTÍCULO 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.*

Interpretación

Tal como se señaló más arriba, los principios generales expuestos en este artículo configuran pautas interpretativas que enfatizan y precisan el sentido y funcionalidad de la responsabilidad parental.

Los tres incisos recogen derechos y garantías provenientes de diversos instrumentos de derechos humanos, en particular de la CDN, de aplicación directa no solo en temas relacionados con la responsabilidad parental, sino en todas aquellas cuestiones que involucren a niños, niñas y adolescentes, y reconocidos en forma ya harto conocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, nacional e internacional, lo cual exime prolongar este comentario.

Sin embargo, su enumeración específica inmediatamente después de establecer el concepto de responsabilidad parental refuerza el sentido y funcionalidad de la misma, transformándose en líneas rectoras de aplicación obligatoria en la interpretación de los alcances de cada uno de los artículos referidos a este instituto jurídico.

ARTÍCULO 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.*

1. Introducción

Para cerrar este capítulo introductorio, el CCyC precisa cuáles son las figuras que ofrece en relación a la responsabilidad parental y en ellas radica una de las principales modificaciones que se incorporan en forma explícita y normativa al derecho argentino.

En efecto, la distinción entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, y el cuidado personal de hijo por los progenitores, es una importante y acertada innovación, que instala en la legislación interna la noción de coparentalidad, tal como lo impone la Convención de Derechos del Niño. ¿En qué consiste esta modificación?

2. Interpretación

La titularidad de la responsabilidad parental refiere al conjunto de deberes y derechos que la norma coloca en cabeza de los progenitores. Ambos, salvo los supuestos de extinción o privación (arts. 699 y 700 CCyCl y arts. 303 CC y concs.), convivan o no, sean matrimonio o no, son titulares.

Pero el ejercicio implica la puesta en acto del contenido de tal conjunto de deberes y derechos, en la toma de decisiones concretas orientadas a la protección, desarrollo y formación integral de los hijos. En el contexto del CC, y para los supuestos de padres no convivientes, se identificó este ejercicio con el concepto de "tenencia" (art. 264, inc. 2, CC), con dos consecuencias específicas: en sentido jurídico, aquel progenitor que ejercía la "patria potestad" concentraba el poder de decisión, restando al otro la posibilidad de manifestar su oposición, según la vía establecida. Pero, a nivel extrajudicial, carecía de facultades para impulsar cualquier iniciativa respecto al hijo/a frente a la inactividad del otro progenitor, debiendo recurrirse en todos los casos —por oposición o por acción— a la vía judicial. En sentido material, la "tenencia" otorgaba la exclusividad en la custodia real, la convivencia efectiva del niño, niña o adolescente. En virtud de la presunción que establecía el art. 206 CC, se mantuvo largamente consolidada la casi automática asignación de la "tenencia" a las madres y su contracara, el "régimen de visitas" a los padres, profundizando un modelo de un progenitor "principal" (la madre) y otro "periférico" (el padre). En definitiva, para los progenitores que no convivían, el ejercicio de la "tenencia" no solo implicaba la convivencia material con el niño sino que, además, funcionaba como criterio de asignación del ejercicio de la "patria potestad", sobredimensionando así al progenitor conviviente y, a su vez, desdibujando a aquel que no convivía con el niño. Como consecuencia de ello, se incrementaba la litigiosidad en cuestiones relacionadas a los hijos, con el dramático resultado de "vencedores y vencidos": uno era el "dueño" del hijo y el otro quedaba relegado a la obligación de pagar su manutención y a contar con un tiempo reducido para disfrutar con el niño.

La distinción que introduce este artículo —y la específica regulación que se efectúa en los siguientes— posibilita claramente diferenciar el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal. Como ya se señaló, el primero consiste en la efectivización de aquel conjunto de facultades y responsabilidades establecidas por el art. 639 CCyC, y su funcionalidad no depende de la convivencia material con el hijo. En cambio, el cuidado personal implica "*los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo*" (art. 648 CCyC) y requiere necesariamente de la convivencia.

A modo de síntesis, en el CC, para los padres no convivientes, el principio era el ejercicio unilateral de la "patria potestad", y se establecía en cabeza de quien ejerciera la "tenencia" (disponía el art. 264, inc. 2, CC que, en tales casos, el ejercicio de la patria potestad corresponde *"al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de* ***supervisar su educación****"*).[116] En cambio, el CCyC dispone que el ejercicio de la responsabilidad, tanto para los padres que conviven como para los que no, es, por regla, compartido entre ambos progenitores, más allá de con cual de ellos conviva materialmente el/la hijo/a.

La diferencia no es banal. El poder de iniciativa respecto a las decisiones de los hijos se comparte entre ambos progenitores, superando así el esquema del CC, en el cual cualquier planteo que quisiera realizar el progenitor no conviviente —y, por tanto, que no ejercía la "patria potestad"— respecto a las decisiones de quien ejercía la "tenencia" debía canalizarse por vía judicial. El CCyC, al establecer el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, coloca en pie de igualdad a ambos progenitores y ambos dispondrán del poder de iniciativa, aun en forma extrajudicial: una concreta aplicación del principio de coparentalidad. En definitiva, el eje de la regulación de la responsabilidad parental gira en torno a dos grandes ideas:

- si los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual, el sistema legal que mejor garantiza este derecho es el del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta, convivan o no los progenitores;
- producida la ruptura de la convivencia de los progenitores, se pretende que ella incida lo menos posible en la relación padres e hijos. Por ello, si cuando los progenitores convivían, ambos podían realizar los actos cotidianos de manera indistinta presumiéndose que lo realizado por uno cuenta con la anuencia del otro, este mismo sistema puede mantenerse ante la ruptura de la pareja.

La cuestión será comentada en los artículos pertinentes, pero es de resaltar que, metodológicamente, acertadamente se optó por englobar aquellas cuestiones derivadas de la ausencia de convivencia de los progenitores en el Capítulo 4, aplicables tanto a hijos matrimoniales como extramatrimoniales.

Por último, otra importante innovación que supera una notable carencia del CC: la regulación específica de las consecuencias jurídicas de la guarda otorgada por el juez a un tercero. En efecto, el art. 657 CCyC regula aquella situación fáctica que en el contexto del CC carecía de respuesta y dejaba en un oscuro silencio: las consecuencias jurídicas de las conocidas guardas. Así, especifica que la excepcional y limitada delegación judicial de la guarda en un pariente implica el otorgamiento de las funciones de cuidado personal del niño, niña o adolescente sin menoscabo a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de los progenitores.

CAPÍTULO 2

Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

ARTÍCULO 641.- ***Ejercicio de la responsabilidad parental.*** *El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:*

a. *en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro,*

(116) El resaltado nos pertenece.

con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;

b. *en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;*

c. *en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;*

d. *en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;*

e. *en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.*

1. Introducción

Utilizando el mismo esquema del viejo CC, en cinco incisos se contemplan las diferentes situaciones fácticas que generan efectos jurídicos en la relación entre padres e hijos, para establecer en cada caso el ejercicio de la responsabilidad parental.

Tanto en los supuestos en los cuales los progenitores convivan o no, el principio es que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores, estableciendo idéntica presunción legal de conformidad de uno respecto a los actos realizados por el otro, salvo aquellos actos que requieren conformidad expresa de ambos (conf. art. 645 CCyC).

Pero, dado que la ruptura de la convivencia implica una innegable modificación en el modo de desarrollarse la vida familiar, la última parte del inc. b de este artículo reconoce la autonomía de la voluntad de los progenitores en el diseño de su vida familiar posterior a la convivencia, y posibilita que acuerden tanto el ejercicio unilateral de la responsabilidad parental como que, incluso, establezcan modalidades propias a dicho ejercicio. Por ejemplo, que sin perjuicio del ejercicio conjunto, ciertas funciones sean ejercidas exclusivamente por uno de ellos —por caso, la administración de un bien del hijo/a, o que se requiera el consentimiento expreso y conjunto para actos no incluidos en el art. 645 CCyC—. Dicha excepcionalidad puede provenir también de una decisión judicial fundada en el interés superior del hijo/a, debiendo expresarse cuáles son los motivos que dicha solución favorecen tal interés, pues la mecánica mención al mismo resulta claramente insuficiente.

2. Interpretación

En los supuestos en los cuales un/a niño/a tenga doble vínculo filial, y se mantenga la convivencia, el ejercicio de la responsabilidad parental está en cabeza de ambos progenitores. En aquellos casos de cese de convivencia, como principio general, también. Y en ambos supuestos se presume la conformidad de un progenitor respecto de los actos realizados por el otro. Pero, dado que la ruptura de la convivencia no es inocua, se admite, excepcionalmente, el ejercicio unilateral o modalidades en el ejercicio conjunto, tanto

por acuerdo de los progenitores como por decisión judicial. En pocas palabras, separada una pareja —aun cuando nunca hubiese convivido—, automáticamente el ejercicio de la responsabilidad parental corresponderá a ambos progenitores, salvo que, por acuerdo de partes o decisión judicial, se establezca la unilateralidad o modalidades en el mismo.

Ello, a los fines de evitar que la ruptura de la relación de la pareja (hubiera o no convivido alguna vez) incida negativamente en el ejercicio del rol parental y posibilite no solo mantener, sino además fortalecer, el vínculo parental a pesar de la ausencia de vida en común. Se recepta así el contenido del principio de coparentalidad impuesto por los arts. 5° y 18 CDN, recogido ya por los arts. 3° y 11 de la ley 26.061.

Una mención a la presunción legal de conformidad establecida tanto para los supuestos de convivencia o no de los progenitores, sin perjuicio de la especificación de aquellos actos que requieren el consentimiento conjunto expreso, pues resulta sumamente práctica y eficaz su incorporación. Disponer una presunción legal como la que se comenta posibilita a los terceros —por ejemplo, directores de hospitales y escuelas— saber que resultará suficiente el requerimiento de un solo progenitor para acceder a aquello que les fuera requerido, salvo que reciban una comunicación fehaciente —aun extrajudicial— del otro progenitor, poniendo en conocimiento su oposición a aquello solicitado respecto del hijo común y desvirtúe así la presunción legal.

Mediante los incs. c y d se regulan las situaciones emergentes de la existencia de un solo vínculo filial, sea que esta situación derivase de la muerte o ausencia con presunción de fallecimiento, o aun en vida, sea consecuencia de la privación o suspensión en el ejercicio de la responsabilidad parental (inc. c), o de la falta de determinación del segundo vínculo filiatorio (inc. d). En todos estos supuestos el ejercicio de la responsabilidad parental corresponderá, por principio, al progenitor restante.

Pero es necesario efectuar una aclaración producto de una interpretación integral del CCyC, ya que se regula la incidencia de la familia ensamblada en los vínculos filiales, superando el absoluto silencio del CC. El art. 674 CCyC contempla la posibilidad de que un progenitor delegue el ejercicio de la responsabilidad parental sobre su hijo en su pareja —sea o no matrimonial—, con quien el niño convive y mantiene vínculo afectivo. Y el artículo siguiente (art. 675 CCyC) posibilita el ejercicio de la responsabilidad parental en forma conjunta entre el único progenitor y su pareja —en ambos casos, con ciertas condiciones y limitaciones, cuestiones que analizaremos oportunamente—. Por lo tanto, la aplicación de las previsiones establecidas en los incs. c y d del artículo en comentario deberá contemplar la existencia y alcance de las delegaciones que dichos artículos autorizan.

Por último, el art 641, inc. e, CCyC prevé un particular supuesto de doble vínculo filial, pero que alguno de ellos fuera establecido por declaración judicial. Es decir, se refiere al caso de los hijos extramatrimoniales cuya filiación es determinada por sentencia judicial. Aquí se introduce una importante modificación respecto a la regulación anterior.

En efecto, el art. 264, inc. 4, CC disponía que para el caso de hijos extramatrimoniales, el ejercicio de la responsabilidad parental correspondía a aquel progenitor que lo hubiera reconocido, excluyendo directamente al progenitor establecido por sentencia judicial. Funcionaba así como sanción para el progenitor no reconociente, pero impactaba directamente sobre el hijo, al excluir jurídicamente a uno de sus progenitores. Tal como surge del texto en comentario, la solución resulta mucho más flexible y justa,

fundamentalmente para el hijo. Así, para el caso de determinación filial por sentencia judicial, el principio general sigue siendo que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponderá al progenitor con el cual ya se tuviera vínculo filial. Pero expresamente se dispone que, en interés del hijo, por decisión de los progenitores o judicial, se establezca el ejercicio conjunto o establecer modalidades de ejercicio. De este modo, se evita una "automatización" en la respuesta legal, y se deja abierta la posibilidad de adecuar la norma a las circunstancias concretas de cada caso (por ejemplo, ignorancia de la existencia del hijo) o, incluso, a pesar de la ilícita actitud originaria de falta de reconocimiento, pudiera resultar conveniente la presencia de ambos progenitores en su vida.

Para finalizar, es necesario adelantar que los progenitores pueden presentar el denominado "plan de parentalidad" (art. 655 CCyC) mediante el cual especifiquen las modalidades, responsabilidades y demás circunstancias relativas a la forma de desarrollar el ejercicio de la responsabilidad parental.

A modo de síntesis, y teniendo en cuenta los arts. 638, 639, 641, 645 y 700 a 703 CCyC, el siguiente cuadro intenta englobar las diversas situaciones previstas respecto al ejercicio de la responsabilidad parental y evidenciar así las notorias diferencias con la anterior regulación.

Ejercicio de la responsabilidad parental		
Principio general	Regla común	Excepciones al ejercicio conjunto
Ejercicio conjunto: ambos progenitores, convivientes o no.	Presunción legal de que los actos realizados por uno de los progenitores cuentan con la conformidad del otro, excepto los supuestos que requieren consentimiento expreso (art. 645 CCyC). La expresa oposición impide aplicar la presunción.	Acuerdo de progenitores o decisión judicial que atribuye el ejercicio unilateral en razón del Interés Superior del Niño (ISN).
		Acuerdo de progenitores o decisión judicial que establece modalidades al ejercicio conjunto (ISN).
		Ante muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.
		Hijos de un solo vínculo filial (teniendo en cuenta los arts. 674 y 675 CCyC).
		Hijos con doble vínculo filial, pero uno establecido por sentencia. Excepción: por acuerdo de los progenitores o decisión judicial (ISN).

ARTÍCULO 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.

1. Introducción

Tal como ya lo disponía el art. 264 ter CC, las diferencias de los progenitores respecto de las decisiones en relación al hijo común deben resolverse en sede judicial, siendo competente aquella que corresponde al lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida (conf. art. 716 CCyC), y mediante el procedimiento más breve, al que le resultan aplicables las normas del Título VIII, denominado Procesos de familia, del Capítulo 2, CCyC.

Si bien el texto de este artículo y su equivalente en el CC son muy parecidos, es posible señalar algunas diferencias. La más importante —pues las omisiones respecto al interés superior del niño y a las facultades judiciales de requerir información necesaria u oír al niño resultan absolutamente justificadas, en el marco de la regulación integral del CCyC por estar específicamente comprendidas— es la facultad reconocida al juez/a de acudir a la multidisciplina y remitir la cuestión a mediación.

2. Interpretación

La autocomposición de los litigios es una eficiente modalidad de superar las diferencias y, fundamentalmente, brinda mayores garantías en el cumplimiento de aquello acordado. Y se cuenta con suficiente apoyo científico y empírico que permite afirmar que la multidisciplina es una herramienta útil para arribar a soluciones acordadas. Varias legislaciones provinciales imponen alguna modalidad de resolución alternativa de conflictos en forma previa a la decisión judicial; pero se torna aún más evidente en una materia tan sensible como la relacionada al ejercicio funcional de la responsabilidad parental. Y aquí adquiere importancia la posibilidad de acordar modalidades en el ejercicio de la responsabilidad parental prevista en el art. 641 CCyC, pues podrá ser una alternativa de composición sugerir el "reparto" de funciones entre los progenitores que pueda funcionar como modalidad de resolución del conflicto planteado e incluso de futuros.

Sin embargo, es preciso señalar que esta facultad otorgada al juez interviniente requiere de un cuidadoso análisis de conveniencia en su aplicación. En efecto, las previsiones respecto de los procesos de familia en general, establecidas en el Título VIII, buscan garantizar una efectiva tutela judicial, la cual requiere, en materias relacionadas a niños, niñas y adolescentes, que las soluciones se alcancen en un breve lapso de tiempo. Es por ello que se imponen ciertos principios procesales básicos, como la oralidad, la inmediatez, la oficiosidad, la especialización judicial y la posibilidad del juez/a de acudir al apoyo interdisciplinario (art. 706 CCyC). Claramente, se impone que la actuación judicial sea activa, dinámica, y alejada de la aplicación automática de fórmulas o preconceptos apriorísticos ajenos a la realidad específica del caso concreto.[117]

(117) La CSJN ha dicho "*Que ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, la obligación del Tribunal es dar una solución que permita satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad. Esta decisión corresponde hacerla en función de las particulares circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concep-*

Por lo tanto, la decisión de derivar el caso a mediación o solicitar la intervención de equipos interdisciplinarios, no debería implicar una dilación innecesaria en la resolución del conflicto. De allí que se deberá analizar con cautela en cada caso la conveniencia de tal remisión, que no implique una innecesaria dilación en el proceso que pudiera afectar a los niños, niñas o adolescentes, y, obviamente, fundar debidamente la misma.

Respecto de la legitimación, el artículo es claro al establecer que cualquiera de los progenitores puede acudir al juez competente, resultando así que ambos se encuentran legitimados para requerir la intervención judicial para poner fin al desacuerdo planteado.

Ahora bien ¿son los únicos legitimados? Al tratarse de decisiones que afectan directamente al hijo/a, dada su condición de sujeto de derecho y teniendo en cuenta su autonomía progresiva, se ha sostenido que se encontraría legitimado para promover incidentes en el marco de este artículo en comentario. Ello, en función de lo dispuesto por los arts. 26 y 31, inc. e, CCyC.

Sin embargo, el art. 642 CCyC se refiere expresamente a los desacuerdos respecto al ejercicio de la responsabilidad parental, y la acción solo correspondería —de mínima— a quienes la titularizan, pues se trata justamente de diferencias de criterio respecto a su ejercicio. De allí que el artículo se refiere solo a los progenitores. Pero ello no obsta ni impide que el niño, niña o adolescente pueda presentarse en aquel proceso judicial en el cual se esté ventilando un conflicto respecto de alguna decisión que le compete, en ejercicio de su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. Incluso podría presentarse con su propio patrocinio letrado, dependiendo de qué tipo de decisión se encuentre en debate. Por ejemplo, si el desacuerdo reside en cuestiones relacionadas a la salud del hijo, sin dudas deberá articularse con el art. 26 CCyC; o al ejercicio de derechos de tipo personal del hijo —como profesar una u otra religión—. Pero reconocer derechamente legitimación activa al hijo en el conflicto ya suscitado entre sus progenitores podría implicar su sobrexposición e incentivar un dañino conflicto de lealtades. El artículo está dirigido a ofrecer una solución a un desacuerdo planteado entre progenitores. Obviamente, ello no impide que en aquellos supuestos en los cuales el/la hijo/a entienda, de acuerdo a su madurez, que sus progenitores no ejercen correctamente su representación (por ejemplo, ante la obstinada obstrucción a un adecuado contacto filial con el/la progenitor no conviviente) o que sus derechos se encuentren vulnerados debido a su inacción, podrá recurrir en forma directa, con su propio patrocinio o a través de representantes —tutor especial o incluso el Ministerio Público—, a los fines de obtener una efectiva tutela judicial. Pero no se trataría de casos de desacuerdos entre los progenitores —objeto específico de esta norma—, sino de deficiente cumplimiento de la responsabilidad parental.

El alcance del artículo en comentario es amplio: comprende a todos los actos relativos al desenvolvimiento de la vida del hijo, excluyendo aquellos que requieren el consentimiento expreso de ambos progenitores (art. 645 CCyC). Respecto de aquellos actos que los adolescentes pueden ejecutar por sí mismos sin necesidad de la conformidad de sus progenitores —por ejemplo, referidos al cuidado de su propio cuerpo, art. 26 CCyC—, dependerá de si efectivamente el adolescente ejerce o no su derecho, pues el reconocimiento legal a

---

ciones sustantivas de la vida. Esto último, por más que parezca de acuerdo a derecho, no lo será", CSJN, "S., C. s/ adopción", 02/08/2005, votos de los Dres. Fayt y Zaffaroni y de la Dra. Argibay.

una mayor autonomía y poder de decisión no implica obligación. Es decir, podrá presentarse el caso en el cual, a pesar de encontrarse habilitado, el adolescente no ejerza por sí su derecho, y los progenitores estén en desacuerdo respecto de la modalidad de su ejercicio, quedando entonces comprendido en esta norma.

Siguiendo el mismo criterio del CC, el art. 642 CCyC establece las consecuencias de la reiteración de desacuerdos entre los progenitores o del entorpecimiento grave al ejercicio de la responsabilidad parental: la atribución total o parcial de la responsabilidad parental, o la distribución de funciones, manteniendo el mismo plazo máximo legal de dos años. "Máximo", es decir que no necesariamente debe fijarse en tal plazo, sino que será necesario precisar y justificar en cada caso en particular cuál deberá ser la duración de esta decisión judicial. Claramente, la modificación de las circunstancias fácticas podrá ser argumento válido para solicitar un cambio de aquello decidido o acordado.

ARTÍCULO 643.- ***Delegación del ejercicio.*** *En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un periodo 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.

1. Introducción

Otra de las novedades del CCyC es, justamente, la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad, bajo ciertas y específicas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643 CCyC) o de la judicial (art. 657 CCyC). Se cubre así un vacío legal que tantas complicaciones provocó a los operadores jurídicos, pues en aquellas situaciones en las cuales, fácticamente, los hijos/as convivían con otras personas que no fueran sus progenitores, se debían utilizar otras figuras jurídicas —como la guarda de personas o la tutela—, o creaciones pretorianas —las conocidas "guardas asistenciales" a los fines, por ejemplo, de obtener cobertura del servicio de obra social del abuelo respecto de su nieto a cargo—.

2. Interpretación

La previsión que realiza este artículo es claramente de tipo excepcional, pues exige la concurrencia de varios elementos. En primer lugar —y no podía ser de otra manera—, esta delegación del ejercicio de la responsabilidad parental debe ser en interés del principal protagonista: el hijo. Luego, las razones deben ser justificadas, es decir expuestas y sometidas a valoración judicial. Pueden ser de diferente tenor: un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de

los progenitores: todas circunstancias puntuales y concretas, cuya principal característica sea la provisoriedad. No se trata de una renuncia a la responsabilidad parental, sino una temporal delegación de su ejercicio.

La redacción final de este artículo ha impuesto la condición de pariente a quien le sea delegada la responsabilidad parental, excluyendo así a otras personas que pudieran tener un vínculo afectivo comprobable con los progenitores y cuya relevancia surge de la ley 26.061 y su decreto reglamentario (referentes afectivos). Esta exclusión se basa en un criterio precautorio que dificulte o impida que esta sea una modalidad para configurar o formalizar una posterior "guarda de hecho", expresamente prohibida como antecedente para una pretendida adopción, conforme lo dispone el art. 611 CCyC (en cuya redacción final también se eliminó la referencia al vínculo afectivo entre los pretensos guardadores y los progenitores, limitando como única excepción a la separación del niño/a de sus guardadores de hecho la comprobación judicial de vínculo de parentesco entre los guardadores fácticos y los progenitores).

En algunos supuestos, este artículo podrá funcionar como un "puente" entre el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes y las instituciones propias del derecho de familia, como la responsabilidad parental, conexión completamente ausente en los términos del CC. Podrá ser así una variable a considerar en aquellos casos en los cuales los progenitores evidencien dificultades para desenvolver un funcional ejercicio de la responsabilidad parental y, a través de la intervención de los servicios administrativos de protección de derechos, se pueda arribar a un acuerdo de delegación, con la imprescindible intervención judicial que exige esta norma.

Pero, junto a los parientes, el artículo en comentario deja a salvo lo establecido por el art. 674 CCyC ¿De qué se trata? El Capítulo 7 de este Título VIII, en los arts. 672 a 676, regula las relaciones jurídicas que se generan en el ámbito de la familia ensamblada, dando así visibilidad jurídica a una realidad social instalada desde hace tantos años en el país, pero mantenida en las sombras. Surge así la figura del "progenitor afín", cuya característica esencial es la convivencia (matrimonial o no) con el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal de un hijo/a (art. 672 CCyC). En este contexto, el art. 674 CCyC prevé la posibilidad de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín, con determinadas características que se analizarán oportunamente, pero que sin ser necesariamente pariente asume la condición de posible sujeto de delegación.

Así, la forma prevista es la de un convenio con homologación judicial, a cuyos fines resulta ineludible la escucha de la opinión del hijo, sin diferenciar cuál sea la edad del mismo. Y se impone un preciso límite temporal a esta delegación, evidenciando la connotación de provisoriedad de la misma. No se trata de una renuncia o abandono en el ejercicio de la responsabilidad parental, sino de una delegación, condicionada y acotada en el tiempo, que dispone un plazo máximo legal de un año, pero que no necesariamente en todos los casos deba ser de un año, pues funciona como límite máximo, debiendo mensurarse en cada caso durante cuánto tiempo las razones esgrimidas justifican la decisión. Ahora bien, se admite también excepcionalmente, su renovación, con las mismas exigencias: intervención judicial, explicación y valoración de los motivos que justifican la prórroga y la participación de todas las partes involucradas —ello incluye, sin dudas, al hijo/a—.

Ahora bien, tratándose de una delegación del ejercicio, la norma explícitamente dispone que la titularidad de la responsabilidad parental se mantiene en cabeza de los progenitores, una clara evidencia de que no se trata de una renuncia o abandono, y que dicha titularidad, a pesar de estar desmembrada del ejercicio, faculta a mantener el derecho de

supervisión de la crianza y educación del hijo, disposición que refuerza la presencia de los progenitores en la vida de sus hijos sin perjuicio de la delegación efectuada.

Por último, el artículo dispone su aplicación también a aquellos hijos con un solo vínculo filial, evitando así que una interpretación gramatical de la primera parte ("los progenitores") pudiera impedir a aquel progenitor único delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, en las mismas condiciones ya expuestas.

ARTÍCULO 644.- ***Progenitores adolescentes.*** *Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.*

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.

La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

1. Introducción

También en este artículo innova el CCyC. En efecto, como principio general, aquellos adolescentes que son progenitores ejercen por sí mismos la responsabilidad parental sobre sus hijos/as. El art. 264 bis CC disponía que los hijos extramatrimoniales de personas menores de edad no emancipadas quedaban sometidos a quien ejerciera, a su vez, la "patria potestad", sobre sus padres. Es decir, alguno (o ambos) de sus abuelos ejercía la "patria potestad", tanto respecto de sus hijos/as como de sus nietos/as, favoreciendo una clara confusión de roles y desconfiando desde el inicio en la madurez o habilidad de los progenitores adolescentes para ser plenamente responsables de sus hijos.

Pero las críticas a aquel artículo señalaban, además, la distinción entre progenitores adolescentes emancipados o no, ya que carecía de justificación el trato desigual a progenitores adolescentes casados o no, en tanto el matrimonio funcionaba como criterio de emancipación y de asignación de capacidad. En otras palabras, si los progenitores menores de edad contraían matrimonio, gozaban del pleno ejercicio de la "patria potestad", pero si, por ejemplo, convivían sin estar casados, la ley se los impedía. La circunstancia determinante era el matrimonio, y no el grado de madurez.

2. Interpretación

En completa sintonía con el reconocimiento del carácter de sujetos de derecho, y haciendo operativa la incidencia del principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos por sus titulares, el art. 644 CCyC reconoce el rol de progenitores a aquellos adolescentes que lo son.

En primer lugar, el art. 25 CCyC introduce la categoría "*adolescente*" y para ello utiliza un criterio etario: a partir de los trece años, y hasta los dieciocho, las personas menores de edad se denominan adolescentes. Esta distinción no es banal ni caprichosa, ya que tanto desde el campo de la psicología evolutiva como de la sociología, se efectúa esta diferenciación, que facilita la conceptualización de un niño o niña respecto de aquellas personas que, sin haber aún adquirido la plenitud de sus habilidades, se encuentran en un estadio de desarrollo que no puede asimilarse ni a la niñez ni a la juventud, ni menos aún a la adultez. Y en términos jurídicos, justamente, el principio constitucional de autonomía progresiva funciona como pauta de diferenciación respecto del ejercicio de los derechos. En palabras de la Corte IDH: "*Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años*".(118)

Entonces, aquellos adolescentes (art. 25 CCyC) que sean progenitores, independientemente de su estado civil o con quién convivan, ejercen la responsabilidad parental sobre sus hijos, pudiendo realizar por sí mismos las tareas de cuidado, educación y salud.

Pero así como no es lo mismo ser niño que adolescente, tampoco lo es ser adolescente que adulto. Y es por ello que la norma en análisis diseña un sistema en el cual, sin dejar de lado a los adolescentes en el ejercicio de la responsabilidad parental sobre sus hijos, tampoco los deja solos. Y es así que quienes ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente (abuelo/a de este hijo, por ejemplo) tienen tres posibilidades de actuación respecto de las decisiones en relación a su nieto/a:

a. pueden oponerse a la realización de aquellos actos decididos por los progenitores adolescentes respecto a su hijo/a que resulten perjudiciales para el mismo/a;
b. pueden intervenir en forma directa ante la omisión del progenitor adolescente de realizar o decidir cuestiones necesarias al desarrollo del hijo/a;
c. su asentimiento es exigido para integrar el consentimiento del progenitor adolescente respecto a actos trascendentes para la vida del niño o que puedan provocar daños graves a sus derechos.

Así, en las cuestiones cotidianas o de menor impacto en la vida del niño o niña, quienes ejercen la responsabilidad parental sobre sus progenitores adolescentes, tienen la posibilidad de oposición u acción directa. Pero en aquellas materias que pudieran provocar una grave modificación en la situación del niño o niña —la decisión de su entrega en adopción, por ejemplo— o que afecten seriamente su vida o sus derechos —una intervención quirúrgica—, las decisiones de los progenitores adolescentes deben ser complementadas e integradas con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores. Dado que es suficiente al menos el asentimiento de uno de ellos, las diferencias o desacuerdos deberán ser resueltos en instancia judicial.

Se trata, entonces, de un sistema que brinda una doble protección, destinada tanto al progenitor adolescente como a su hijo, en el que los adultos acompañan y apoyan al hijo/a adolescente en las decisiones relacionadas con su propio hijo, sin desplazarlo/a ni sustituirlo/a. En definitiva, es un sistema que se aleja de posiciones extremas: ni un paternalismo o tutelarismo tal que anule al progenitor adolescente, ni tampoco un trato

(118) Corte IDH, OC 17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28/08/2002.

indiscriminado que posicione al adolescente en el mismo lugar que al adulto, pues en su condición de persona en desarrollo requiere de medidas de especial protección.

Por último, se destaca que la adquisición de la mayoría de edad de uno de los progenitores, cesando así su condición de progenitor adolescente, no altera este régimen si el otro/a aún no arribó a la mayoría de edad.

ARTÍCULO 645.- ***Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores.*** *Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos:*

a. *autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio;*
b. *autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;*
c. *autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;*
d. *autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;*
e. *administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.*

En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.

Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

1. Introducción

Como cierre de este Capítulo, el art. 645 CCyC establece aquellos actos que requieren del consentimiento expreso de ambos progenitores en los casos en que, obviamente, se cuente con doble vínculo filial, resultando insuficiente la presunción legal establecida en el art. 641 CCyC de consentimiento tácito. Si bien la norma sigue la misma línea del art. 264 quater CC, introduce modificaciones tanto formales —de mejor técnica legislativa— como sustanciales, que responden a la adecuación de la cuestión al sistema normativo propuesto.

2. Interpretación

En primer lugar, y tal como oportunamente se explicó, el ejercicio de la responsabilidad parental se reconoce, en principio, a ambos progenitores (art. 641 CCyC). De allí entonces que tanto para los progenitores unidos en matrimonio o no, que convivan o no, o incluso, su determinación filiatoria derive de una sentencia judicial y en forma excepcional se reconoce el ejercicio de la responsabilidad parental, es exigido el consentimiento de ambos para los actos indicados en este artículo.

¿Cuáles son estos actos? Aquellos de mayor trascendencia en la vida de los hijos, tales como contraer matrimonio (en concordancia con los límites etarios establecidos en los arts. 403 y 404 CCyC) o ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, o salir del país. Como novedad, se impone también la exigencia de doble consentimiento, también para el cambio de residencia permanente fuera del país, a los fines de

evitar que, una vez obtenido el consentimiento para salir del país, se imponga por vía de los hechos un cambio de residencia de tipo permanente en forma intempestiva, debiendo recurrir al procedimiento de restitución internacional. Así, todo cambio de residencia en el exterior requerirá del consentimiento expreso de ambos progenitores, transformando automáticamente en ilegítima la modificación intempestiva y unilateral.

También se exige el consentimiento expreso de ambos progenitores para autorizarlo a estar en juicio, pero dicha exigencia no abarca aquellos supuestos en los que el Código o la legislación particular lo habilite a estar por sí; como en los casos en que se concede legitimación activa autónoma (art. 661, inc. b, CCyC) o el derecho de intervención con asistencia letrada propia (art. 26 CCyC).

El último inciso se relaciona con los aspectos patrimoniales del ejercicio de la responsabilidad parental, que se analizarán más abajo, pero resulta pertinente destacar que por cuestiones de concordancia, se eliminó el inc. 6° del art. 264 quater CC, que exigía el consentimiento de ambos progenitores —y además autorización judicial— para disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercían.

Asimismo, se mantiene la exigencia de consentimiento expreso para los actos de administración, salvo que se hubiese delegado la misma.

Por último, una vez más se torna explícito el principio de autonomía progresiva, al imponer que en los supuestos en que cualquiera de estos actos se relacione con un adolescente, se requiere necesariamente de su consentimiento, resultando insuficiente la conformidad de ambos progenitores. Por supuesto que esta exigencia implica que en aquellos supuestos en los cuales no se hubiera dado cumplimiento, el adolescente se encuentra facultado para cuestionar en sede judicial la decisión conjunta de sus progenitores.

CAPÍTULO 3
Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales

ARTÍCULO 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.*

ARTÍCULO 647.- ***Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado.*** *Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes.*

Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

1. Introducción

En los Capítulos 3, 4 y 5 se detallan los deberes y derechos emergentes de la responsabilidad parental. El primero de ellos establece las reglas generales que, seguidamente, se comentan; luego, el Capítulo 4 se detiene en la organización de la vida cotidiana del hijo y sus progenitores, introduciendo el concepto de cuidado personal; y, por último, el Capítulo 5 se destina a regular la obligación alimentaria cuya fuente es, justamente, la responsabilidad parental.

Este Capítulo 3, en dos artículos, condensa el sentido y los principios básicos del ejercicio de la responsabilidad parental: el eje está centrado en el interés del hijo, en la funcionalidad de la función paterna de protección pero a los fines de beneficiar el desarrollo y formación integral de los hijos. Es por ello que todos los deberes de los progenitores tienen una consideración especial a las necesidades de los hijos, conforme las propias características y estado evolutivo de los hijos. Así, el principio de autonomía progresiva atraviesa los diferentes deberes consignados en el art. 646 CCyC, ya que la función de los progenitores radica en cuidar y colaborar en el pleno desarrollo de la personalidad de sus hijos, y ello surge evidente del texto de los incs. a, b, c, y d. La justificación última de toda la regulación radica en la función, en la finalidad de la responsabilidad parental.

2. Interpretación

En línea con el derecho comparado, la norma incorpora en forma expresa un importante deber de los progenitores, como es el favorecer y garantizar el contacto de los niños, niñas y adolescentes con su familia extensa (art. 646, inc. e, CCyC). Es importante esta imposición expresa, en términos de deber jurídico, pues no solo se relaciona con el mundo afectivo del niño o niña principalmente —pues los adolescentes cuentan con mayores posibilidades de acción independiente—, quienes por interferencia de sus progenitores pueden ver "recortado" este universo, sino que conforma parte del derecho a la identidad de los propios hijos. En efecto, conforma la propia identidad el conocimiento y construcción de vínculos afectivos con aquellas personas que forman parte del origen de la existencia, con individuos que comparten no solo carga genética sino también historia común, lo que otorga cierta pertenencia a determinado grupo. El contacto directo y fluido con otros miembros de la familia, sea en términos jurídicos o afectivos, hace a la propia identidad y enriquece la existencia individual ("ser con los otros"). Y los abuelos juegan un rol preponderante en la transmisión de ideas, conocimientos e, incluso, historias del grupo familiar. Mucho se ha escrito respecto del rol fundamental que ocupan los abuelos en la dinámica familiar; en tal sentido, es una importante y auspiciosa novedad su incorporación en el texto normativo; máxime en la imposición de garantía de contacto a cargo de los progenitores.

Luego, y en concordancia con lo dispuesto por los arts. 24, inc. b, y 101, inc. b, CCyC, se consigna el deber de representación de los hijos, el cual debe ser interpretado con las limitaciones establecidas en los artículos específicos consignados. Lo mismo respecto de la administración del patrimonio del hijo, cuestión que se amplía más abajo al comentar los artículos relacionados a los aspectos patrimoniales de la responsabilidad parental.

Por último, es de destacar la específica y tajante prohibición de malos tratos, en una clara toma de posición respecto de no tolerar ni justificar ningún tipo o clase de maltrato infantil. Dada la dimensión e intensidad de relaciones familiares marcadas por la violencia familiar, es sumamente auspicioso que, al regular las relaciones entre padres e hijos, se desterrara en forma definitiva la idea o noción del "*castigo correctivo*", o

"*corrección moderada*", que el art. 278 CC toleraba en el ejercicio de la función parental. El CCyC no solo elimina el recurso de la violencia en la relación paterno-filial, sino que, además, lo prohíbe.

El famoso "mejor un golpe a tiempo" —que, se reitera, el CC contemplaba— no es más que la justificación, legal y moral, del uso de la violencia como forma de resolver los conflictos. La violencia intrafamiliar es una verdadera epidemia social, que genera estragos en la vida, integridad física y psíquica de mujeres, niños, niñas y adolescentes. Y es obligación del Estado proveer de herramientas eficaces para su erradicación. Consignar en forma explícita esta prohibición es una de ellas, como así también la expresa indicación de utilizar recursos estatales a los fines de obtener pautas de ayuda u orientación para un ejercicio funcional de la responsabilidad parental, en una sociedad de gran complejidad, atravesada por serios factores que dificultan tal ejercicio, como el uso de estupefacientes, o la grave y gran ausencia del Estado durante tantos años, que generó exclusión y deterioro en el tejido social, e impactó fundamentalmente en los sectores sociales más desfavorecidos. Esta obligación estatal es impuesta en forma expresa por la Convención de los Derechos del Niño: *"A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados partes prestarán 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 y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños"* (art. 18.2), obligación que la última parte del artículo en comentario incorpora en forma expresa al ordenamiento interno.

CAPÍTULO 4

Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos

ARTÍCULO 648.- ***Cuidado personal.*** *Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.*

ARTÍCULO 649.- ***Clases.*** *Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.*

ARTÍCULO 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.*

ARTÍCULO 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.*

1. Introducción

Uno de los problemas más habituales que se generan ante la ruptura de la convivencia se relaciona con la forma en que se desarrollará la vida familiar posterior a la unión. En pocas palabras, cómo, dónde y con quién seguirán viviendo los hijos comunes ante la separación física y emocional de sus progenitores. Es por ello que, en términos metodológicos,

el CCyC destina este Capítulo 4 para diseñar pautas de organización familiar con posterioridad a la ruptura de la convivencia, destacándose la preferencia y preponderancia que la normativa otorga a las decisiones que los propios protagonistas logren alcanzar por medio de acuerdos.

Como ya se señaló, el CCyC presta atención al uso del lenguaje. Abandona el uso del término "*tenencia*", en sentido material, para referirse a las funciones de atención que requiere un funcional ejercicio de la responsabilidad parental. Denomina así "*cuidado personal*" a aquellas funciones relacionadas en forma directa con la vida cotidiana del hijo, que se relacionan directamente con su convivencia —cuestión que marca la diferencia entre cuidado personal y ejercicio de la responsabilidad parental—, pero no se restringen a ella, pues también comprenden la garantía de un adecuado contacto —que no se reduce a las "visitas" de un cuasi extraño—, en los casos en los que uno de los progenitores no conviva con el hijo/a. Así, se abandona definitivamente la terminología que contradice la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

Ante la ruptura de la convivencia de los progenitores, el esquema clásico seguido por el CC generó dos figuras parentales: un progenitor a cargo del cuidado del hijo —"tenencia" material, pero que implicaba la asignación del ejercicio de la "patria potestad" como ya se señaló más arriba—, y un régimen de comunicación, o "visitas", a favor del otro/a. Aquel que ejerciera la tenencia se consolidaba como cuidador continuo y principal, y el otro/a progenitor/a, de tipo secundario, se veía relegado en su función a ciertos y cortos periodos de tiempo.

A lo largo de los últimos años, muchos han sido los pronunciamientos judiciales que admitieron otras modalidades. Con cierta dificultad al comienzo y solo limitado a los acuerdos entre los progenitores, fue avanzando, incluso, a la imposición judicial. De allí que, por vía jurisprudencial, se perfiló un sistema tendiente a la "tenencia compartida" —esto es, a favorecer tanto el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, inclusive en casos en que la convivencia material del hijo/a quedaba a cargo de un/a progenitor/a, como al efectivo reparto del tiempo de convivencia del hijo con ambos progenitores—. En algunos pocos casos se utilizó un sistema en el cual los hijos continuaban habitando el que fuera el hogar familiar y sus progenitores "rotaban" el uso de tal vivienda; y en una amplia mayoría, fueron los hijos/as quienes compartían su vida en los dos nuevos hogares que la separación de sus progenitores generaba.

Ante este estado de situación, y a los fines de garantizar el principio de coparentalidad impuesto por el art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño y la eliminación de todo privilegio de género para la asignación del cuidado de los hijos,[119] el CCyC establece con precisión a qué se refiere por cuidado personal de los hijos (art. 648 CCyC) como así también sus clases (art. 649 CCyC) y modalidades (art. 650 CCyC), constituyendo una importante modificación en la regulación de la responsabilidad parental, pues implica el paso de un modelo a otro.

(119) Conforme lo dispone el art. 16 CEDAW, "*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: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial*".

2. Interpretación

El cuidado personal de los hijos es una derivación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 640 CCyC), acotada a la vida cotidiana del hijo. Ambos progenitores, por principio general, continuarán ejerciendo la responsabilidad parental en forma compartida, aunque el hijo/a permanezca bajo el cuidado personal, conviva efectivamente en forma principal, con uno de ellos/as.

Ahora bien, este cuidado personal puede ser de dos clases: compartido por ambos progenitores o unilateral, en tanto se ofrece la mayor cantidad de respuestas a los múltiples modelos familiares, sin perjuicio del mayor valor axiológico de compartir el cuidado personal del hijo/a. A su vez, el cuidado personal compartido admite dos modalidades:

a. **alternado**: la permanencia física del hijo/a se distribuye por determinados periodos de tiempo, de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada grupo familiar;
b. **indistinto**: el hijo/a reside en forma principal junto a uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y tareas relacionadas a su cuidado, dado que se trata de un cuidado compartido.

Se escinde así el tradicional criterio de asociar "tenencia" al desempeño de la función parental, colocando en un pie de igualdad a ambos progenitores con la finalidad de favorecer la presencia de ambos/as en la vida de los hijos/as.

Respecto del cuidado personal compartido alternado, se asemeja claramente a la tradicional "tenencia compartida" en cuanto se distribuye entre los progenitores el tiempo de permanencia del hijo/a sin requerir la norma de cuánto tiempo se trate, ni que sea de la misma cantidad de días, pero se distingue del indistinto en que no reside de manera "principal" en uno de los hogares. A diferencia de la "tenencia compartida", en el marco del CCyC, y como ya se explicó, el cuidado compartido no afecta el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.

Y la nota característica del cuidado personal compartido indistinto radica en la permanencia más prolongada del hijo/a en uno de los dos hogares, es decir, de intensidad temporal en la convivencia, confiriendo un cuidado personal continuo al progenitor conviviente pero, conforme la última parte del artículo, ello no altera que las funciones de cuidado sigan siendo compartidas, sin perjuicio de dónde o con quién resida el hijo/a.

A pesar de la reiteración, el cambio del modelo es de tal magnitud que es conveniente resaltar que cualquier modalidad que se elija o establezca respecto al cuidado de los hijos no altera ni modifica el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental que, en principio, se reconoce en pie de igualdad a ambos progenitores, conforme se desarrolló más arriba. Además, es necesario tener presente el reconocimiento que el nuevo CCyC efectúa a la trascendencia jurídica de los progenitores afines, en tanto que quien convive, matrimonialmente o no, con una persona con hijos, asume también tareas de cuidado complementarias respecto de los mismos, tal como se desarrollará al comentar los diversos artículos que integran el Capítulo 7 de este Título VII.

Ahora bien, explicado el diseño normativo, la pregunta que se impone es: ¿cuál es la preferencia legal respecto de la asignación del cuidado personal de los hijos?

Lo resuelve el art. 651 CCyC: la primera alternativa es el cuidado compartido con la modalidad indistinta, criterio reforzado en el art. 656 CCyC. Claramente, el artículo respeta la voluntad de los progenitores en la decisión respecto a cómo organizar sus vidas, pero a falta de acuerdo o en interés del hijo/a, establece un principio orientador para el juez, en concordancia con la tendencia prevaleciente en el derecho de familia comparado.

Finalmente, es necesario resaltar que se elimina cualquier criterio basado en el género para resolver el lugar de residencia de los hijos, superando la notoria inconstitucionalidad, por violación del principio de no discriminación, del prejuicioso art. 206 CC, que disponía la preferencia legal materna en el ejercicio de la responsabilidad parental de los hijos menores de cinco años, que ya había evidenciado su inoperatividad en el marco del matrimonio entre personas del mismo sexo. La "naturalización" de las tareas de cuidado en el ámbito de un género predeterminado (femenino) constituye una clara postura discriminatoria, carente de justificación racional y ello surge en forma explícita de la última parte del art. 656 CCyC, que más adelante se comenta.

Por último, en aquellos supuestos en que excepcionalmente el cuidado personal deba ser unipersonal, el art. 653 CCyC establece las pautas que deberán valorarse judicialmente para resolver la cuestión, tema que se desarrolla más abajo, al comentar el mencionado artículo. A modo de síntesis, los siguientes cuadros:

Cuidado personal de los hijos		
Regla general	Incidencia del ejercicio de la responsabilidad parental	Excepciones a la regla general
Cuidado compartido en modalidad indistinta	Ninguna	Cuidado personal unilateral por acuerdo o decisión judicial (ISN)
		Cuidado personal compartido en modalidad alternada por acuerdo (ISN)

Relación entre ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal		
Ejercicio de la responsabilidad parental	Cuidado personal	Viable/posible
Compartida	Compartida (modalidad indistinta)	Sí Preferencia del CCyC. Régimen legal supletorio
Compartida	Compartida (modalidad alternada)	Sí
Compartida	Unilateral	Sí
Unilateral	Compartida (modalidad indistinta o alternada)	No
Unilateral	Unilateral	Sí

ARTÍCULO 652.- ***Derecho y deber de comunicación.*** *En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.*

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 654.- ***Deber de informar.*** *Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.*

1. Introducción

Conforme se desarrolló más arriba, si bien la preferencia legal otorga preponderancia al cuidado compartido (en su modalidad indistinta), el diseño normativo admite que, en forma excepcional, se acuerde o disponga el cuidado unilateral, es decir, en cabeza de uno/a de los/as progenitores.

En tal supuesto, expresamente se dispone el derecho y deber de mantener una fluida comunicación entre el progenitor no conviviente y el hijo. Nuevamente, se abandona la referencia a "régimen de visitas" para referirse a la vinculación entre progenitores e hijos/as no convivientes. La noción de "visitas" implica acentuar cierta condición de "extraño" o "ajeno" de aquel progenitor que no convive con su hijo, cuestión que impacta de lleno en el derecho de los niños, niñas y adolescentes a gozar del contacto con ambos progenitores.

2. Interpretación

La obligación de mantener el contacto entre progenitor no conviviente e hijos es doble, tanto para aquel que efectivamente no convive con el hijo, como a quien se le hubiera asignado —excepcionalmente— el cuidado unilateral. Esta bilateralidad surge en forma explícita del juego de los arts. 652 y 653, inc a, CCyC, y no se limita solo al contacto, es decir a compartir periodos de tiempo en forma autónoma y libre entre ellos.

En efecto, el art. 654 CCyC impone una mayor intensidad en esta comunicación. Ambos progenitores deben mantener informado al otro/a respecto a las cuestiones relacionadas con la vida de sus hijos/as. Sin dudas, un ejercicio funcional de la responsabilidad parental incluye esta obligación recíproca de compartir la información relacionada a los hijos, pues difícilmente sea posible tomar decisiones respecto de ellos/as si se carece de información. Sin embargo, es importante la explicitación de este deber mutuo pues implica obligar a los progenitores a procurar mantener la necesaria unión parental aun con posterioridad a la pareja afectiva entre ellos. Esta finalidad es reforzada por la última parte del art. 653 CCyC, al disponer que, aun en los supuestos de cuidado personal unipersonal, el otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaborar con el progenitor conviviente en el cuidado del hijo.

Sin perjuicio de comentar en forma conjunta este art. 654 CCyC a los anteriores referidos al cuidado personal unilateral, es evidente que este deber de información mutuo es aplicable a todos los supuestos de cuidado personal de los hijos, incluso el compartido, en sus dos modalidades, pues es una derivación concreta del ejercicio de la responsabilidad parental.

Como se explicó, sea por acuerdo de partes o disposición judicial, es admitida en forma excepcional la custodia personal unipersonal. Si deriva de un acuerdo de las partes y requerirá homologación judicial; por tanto las pautas establecidas en el art. 653 CCyC son válidas tanto para decidir y justificar su otorgamiento como para decidir su homologación

(art. 656 CCyC), y son aplicables también para decidir la cuestión, aun en forma provisional (art. 721, inc. d, CCyC).

En cuatro incisos se establecen los estándares que ya fueran señalados por la doctrina y jurisprudencia y se utilizaron para flexibilizar el vetusto marco legal del viejo Código Civil. En efecto, la actitud facilitadora de un progenitor respecto al contacto de su hijo/a con el otro fue fundamento, en varios precedentes jurisprudenciales, para disponer un cambio de "tenencia", pues las actitudes injustificadamente obstruccionistas y resistentes a un adecuado desarrollo del vínculo parental con el progenitor no conviviente implican no solo un incumplimiento del ejercicio de la responsabilidad parental, sino infringir un daño psicológico a los hijo/as, atentatorio a su superior interés en juego. De allí la importancia de consignar en forma expresa, y en primer lugar, esta pauta, pues con ello se desarticula la preponderancia de un/a progenitor/a sobre otro.

Luego, y en clara respuesta al principio de autonomía progresiva, la edad y opinión del hijo/a adquiere protagonismo y preponderancia en una materia en la cual está en juego el desarrollo de su vida cotidiana. Por supuesto que la relevancia de la opinión de los hijos se relaciona con su edad y desarrollo madurativo, pero resulta imprescindible escuchar y dar el espacio necesario para que los hijos/as se expresen. La valoración respecto de tales opiniones queda a criterio judicial, tarea para la cual podrá contar con apoyo multidisciplinario (art. 706, inc. b, CCyC). Asimismo, es de resaltar que la decisión corresponde a los adultos, y resulta insuficiente justificar la misma por mera referencia a la opinión del hijo, en tanto es imprescindible evitar los conflictos de intereses que se pudieran generar en los hijos (manifestar su preferencia por uno u otro progenitor).

Por último, el mantenimiento de la situación existente y con ello, el centro de vida del hijo/a, también ya configuraba un criterio relevante para decidir la convivencia con uno u otro progenitor, fundamentalmente cuando el planteo judicial se realizaba luego de una separación de hecho. Ello a los fines de procurar que los efectos de la separación de los progenitores afecten o incidan negativamente en el desarrollo de la vida de los hijos. Que los progenitores interrumpan su convivencia es una contingencia posible, que puede ser dañina o no, no por sí misma, sino de acuerdo a cuáles sean las actitudes que los progenitores asuman con posterioridad tal separación. Mantener el estado de situación consolidado por un periodo de tiempo,durante el cual los progenitores se mantuvieron separados sin recurrir al ámbito judicial, colabora a evitar drásticas modificaciones en la vida de los hijos.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 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.*

1. Introducción

Con el convencimiento de que en materias tan sensibles como las referidas a las relaciones entre progenitores e hijos la autocomposición de los conflictos es la vía más conveniente y efectiva de solucionarlos, el art. 655 CCyC dispone que los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad, es decir, de coparentalidad, que diseñe el modelo familiar que llevarán adelante ante la falta de convivencia.

2. Interpretación

En primer lugar, es necesario resaltar que se trata de una facultad de los progenitores, pero no de una obligación. Si bien para el caso específico de progenitores matrimoniales que soliciten el divorcio, el art. 438 CCyC impone como requisito de procedencia de la petición la presentación de una propuesta que contenga las cuestiones referidas a los hijos (art. 439 CCyC) lo cierto es que se trata de una propuesta que no significa convenio. Claro que se podrá alcanzar el convenio, y a tales fines (y sólo a ellos) se dispone la realización de una audiencia judicial. Pero la obligación legal se limita a la presentación de una propuesta. Claro está que en todos los casos, la presentación de un plan de parentalidad es una facultad de los progenitores.

Sin embargo, la explícita disposición del art. 655 CCyC implica un claro avance en favor de las soluciones autocompuestas, en tanto expresión de la voluntad de los integrantes del núcleo familiar, resultar menos nociva que los procesos judiciales, y con mayor garantía de cumplimiento.

En dicho esquema de funcionamiento parental, los protagonistas podrán acordar diversos aspectos que forman parte del desenvolvimiento familiar, a saber:

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.

No será necesario que contengan todos estos aspectos, pues podrán admitirse acuerdos parciales e incluso provisorios —que, si bien no es lo ideal, es factible—. Los acuerdos parciales posibilitan "descomprimir" de algún modo las diferencias parentales, y podrán servir de base para arribar a acuerdos más generales o permanentes. Para ello resulta imprescindible una intervención judicial activa y dinámica, que cuente con apoyo multidisciplinario en caso de requerirlo. Son procedentes tanto en los supuestos en que se acuerde el cuidado personal compartido, en sus dos modalidades, como el unilateral,

ya que refleja la distribución de tiempo y funciones de ambos progenitores, cuestión que atañe a todas las clases y modalidades de cuidado personal de los hijos/as.

Tratándose de acuerdos respecto al desarrollo de la vida de los hijo/as, evidentemente admiten su modificación, pues las diversas etapas e instancias por las que transita el núcleo familiar requieren ajustes o diferentes previsiones ante nuevas situaciones. Así lo establece, en forma explícita, el segundo párrafo del art. 655 CCyC.

Por último, nuevamente los hijos adquieren protagonismo. La última parte de la norma impone a los progenitores la obligación de procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y sus modificaciones. ¿Por qué "procurar" y no exigir que participen? Porque se trata de un derecho de los niños, niñas y adolescentes, y solo ellos deciden su ejercicio o no. En otras palabras, se es protagonista cuando se quiere serlo. Pero aquello que ordena la norma es que los progenitores faciliten y favorezcan la participación de los hijos.

Ahora bien, ¿y si no es posible el acuerdo? Tanto cuando no exista un convenio que establezca un plan de parentalidad como cuando el presentado no sea homologado por contradecir los intereses de los hijos, la solución la brinda el art. 656 CCyC, que coloca en cabeza del juez la decisión. Para ello, como se desarrolló en comentario al art. 651 CCyC, la norma establece un criterio de preferencia: disponer el régimen de cuidado de los hijos priorizando la modalidad compartida indistinta. Tal es la regla que este artículo refuerza. Prioridad que no significa obligatoriedad: en la elección del tipo de cuidado personal a decidir inciden las circunstancias que rodean a cada caso en particular y es por ello que este artículo establece una prioridad, ciertamente "potenciada" por la regla establecida en el art. 651 CCyC.

Para el caso en que se decida la conveniencia de ordenar el cuidado personal unilateral, el art. 653 CCyC establece las pautas de valoración judicial. Pero, además, e incluso para todos los supuestos, la última parte del art. 656 CCyC impone una clara directiva: "*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 admisible discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición*".

Esta pauta legal, sin dudas, procura evitar los prejuicios, estereotipos o preconceptos ideológicos en las decisiones judiciales, y es una aplicación directa de la interpretación efectuada por la Corte IDH, cuyas sentencias forman parte integrante del ordenamiento jurídico argentino. En efecto, "*… la Corte constata 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 y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las* ***especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia…*** *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*".[120] Este criterio fue reiterado por la misma Corte IDH en otra sentencia, justamente

(120) Corte IDH, "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile" (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/02/2012. El destacado nos pertenece.

en un caso contra Argentina: *"El estado civil de soltero del señor F., equiparado por uno de los jueces a 'la ausencia de familia biológica', como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre"*.(121)

En definitiva, en caso de resultar necesaria una decisión judicial respecto al cuidado personal, a dónde vivirá, qué funciones ejercerá cada progenitor o la distribución del tiempo con el hijo/a, la misma deberá estar debidamente fundada en circunstancias específicas del caso concreto, completamente alejada a preconceptos o preferencias individuales del juzgador, máxime tratándose de categorías sospechosas como lo son el sexo, la orientación sexual, la religión o las preferencias políticas o ideológicas, cuya invocación resulta insuficiente para justificar una decisión.

ARTÍCULO 657.- ***Otorgamiento de la guarda a un pariente.*** *En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro periodo igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.*

El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

1. Introducción

Como ya se explicó al comentar los arts. 640 y 643 CCyC, otra de las importantes innovaciones en materia de responsabilidad parental radica en la regulación de figuras intermedias, cuya inexistencia generaba más de un problema a los operadores jurídicos. Y ello radica en aquellas situaciones en las cuales sea por decisión de los progenitores (art. 643 CCyC) o por disposición judicial, en caso de especial gravedad, se disponga que el hijo/a conviva con un pariente.

A diferencia de lo normado respecto de la decisión de los progenitores de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, cuando se trata de una decisión judicial, el artículo en comentario exige la concurrencia de circunstancias de "especial gravedad", evidenciando el carácter estrictamente excepcional de esta figura. Sin lugar a dudas, brinda una herramienta fuertemente reclamada por la doctrina, especialmente ante aquellas situaciones en que debe intervenir el sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, que en la lógica del CC carecía de respuesta.

2. Interpretación

En virtud del derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en un ámbito familiar —de preferencia, el de origen—, consagrado por la Convención de los Derechos del Niño, la prioridad es que los hijos convivan con sus progenitores. Sin embargo, dicha preferencia no es absoluta, ya que ante razones específicas, podrá resultar conveniente, en forma

(121) Corte IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012.

excepcional y para asegurar su superior interés, su separación. Así lo ha interpretado la Corte IDH: *"Asimismo, este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar,* ***salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia****. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal"*.[122]

Este es el ámbito de actuación específico del sistema de tipo mixto, dada la actuación administrativo/judicial diseñada por la ley 26.061, su decreto reglamentario y las diferentes leyes provinciales en la materia. Sin efectuar un análisis exhaustivo de la cuestión —lo cual implicaría una mayor extensión al impuesto a este trabajo—, lo cierto es que, en la aplicación concreta de las previsiones legales propias de dicho sistema, los operadores se encontraban con serios vacíos legislativos, fundamentalmente ante el vencimiento de los plazos temporales de tipo perentorios impuestos en la normativa específica. Así, se debía recurrir o forzar otras figuras legales a los fines de brindar algún tipo de cobertura jurídica a situaciones fácticas que quedaban fuera de las pocas alternativas legales que brindaba el CC.

Esta norma viene a cubrir tal vacío y es así que, ante situaciones de especial gravedad, otorga la posibilidad al juez de establecer el cuidado del hijo en cabeza de un pariente, tal como quedó en definitiva la redacción sancionada, en un claro recorte a las alternativas que brinda el sistema de protección, que incluye a los referentes afectivos.

La excepcionalidad de esta medida radica tanto en las circunstancias que justifiquen su procedencia —especial gravedad— como en su límite temporal. El plazo máximo es de un año (máximo, es decir no necesariamente requerido en todos los casos) renovable por otro plazo igual, solo por razones fundadas y no por el mero transcurso del tiempo. La imposición de un límite temporal se fundamenta en la exigencia de evitar una situación de inestabilidad jurídica, ya que provoca un desmembramiento de la responsabilidad parental en tanto esta se mantiene bajo la titularidad y en cabeza de los progenitores. Así lo dispone la última parte del artículo, asignando al pariente cuidador las funciones de cuidado relativas a la vida cotidiana del niño, niña o adolescentes, mientras que los progenitores conservan la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.

Ante la imposición de un plazo legal, el lapso de tiempo que dure esta excepcional decisión deberá servir para trabajar con los progenitores a los fines de lograr el pleno y funcional ejercicio de la responsabilidad parental, ya que agotado el mismo, el art. 647 CCyC impone al juez la obligación de resolver la situación jurídica del niño, niña y adolescente. Aquí se evidencia el encaje con otras normas. Por ejemplo, con aquellas relacionadas a la tutela, cuando se dispone: "*Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña o adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial*" (art. 104, párr. 3, CCyC).

.....

(122) Corte IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012. El destacado nos pertenece.

También con aquellas que regulan la declaración de la situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente (que establece cuáles son los supuestos que la justifican, pero que impide su dictado "*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*" (art. 607 CCyC). La referencia en esta norma al "*referente afectivo*" requerirá un mayor esfuerzo interpretativo a la limitación que este art. 657 CCyC impone respecto de quién puede revestir esta excepcional condición de cuidador, pues indirectamente los referentes afectivos se encontrarían legitimados a serlo por aplicación de este segundo párrafo del art. 607 CCyC.

En definitiva, la importancia de esta norma radica en la imperiosa necesidad que la aplicación del sistema de protección de derechos, en el marco del derogado CC, evidenciaba. Un silencio legal que era suplantado por las más diversas creaciones jurisprudenciales, al punto de rozar, una vez más, una intervención de tipo tutelar, en la cual los niños, niñas y adolescentes permanecen a disposición de algún funcionario judicial o administrativo, aunque se utilizaran otros nomencladores jurídicos.

CAPÍTULO 5

Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos

ARTÍCULO 658.- ***Regla general.*** *Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.*

La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

ARTÍCULO 659.- ***Contenido.*** *La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.*

ARTÍCULO 660.- ***Tareas de cuidado personal.*** *Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.*

1. Introducción. La protección a derechos humanos básicos y la obligación alimentaria

Sin lugar a dudas, la cuestión alimentaria es un tema de derechos humanos básicos. Los niños, niñas y adolescentes son titulares de aquellos derechos generales, como el derecho a llevar una vida digna o al pleno desarrollo de su personalidad, pero además, debido a su especial situación de vulnerabilidad, se les reconoce el derecho a un plus de protección. De allí que la Convención de los Derechos del Niño establezca pautas claras relacionadas con la especialidad en la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tales como: la prioridad de la consideración primordial de su superior interés o el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social,

cuyo cumplimiento recae, primordialmente, en la familia, dentro de sus posibilidades y medios económicos, pero también sobre los Estados partes, al imponerles la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de los alimentos de los padres u otras personas responsables, especialmente cuando vivan en Estados distintos (arts. 3°, 4° y 27 CDN). Se configura así una obligación universal en la cual la cadena de responsabilidades no se limita a los progenitores o familiares.

Es decir, difícilmente se pueda lograr llevar adelante una vida digna y alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad, si se carece de los recursos básicos y necesarios para ello. La cuestión se relaciona, sin lugar a dudas, con el pleno disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, pues cuestiones estructurales exigen que el cumplimiento de determinados aspectos, como educación, salud o vivienda, sean responsabilidad directa del Estado. Asimismo, las políticas públicas implementadas en los últimos años, como la Asignación Universal por Hijo, funcionan como hábiles herramientas para garantizar —al menos parcialmente— tales derechos.

Siendo esencialmente una cuestión de derechos humanos, la interpretación de las normas referidas a esta obligación primaria —pero no únicamente— de los progenitores, requiere en forma indispensable tener en cuenta tanto las pautas interpretativas impuestas por el art. 2° CCyC como del sistema de fuentes establecido en el art. 1° CCyC, ya que ambos artículos remiten en forma expresa a los tratados de derechos humanos en los que Argentina es parte. Además, las cuestiones alimentarias que se sometan a decisión judicial requieren de una resolución razonablemente fundada (art. 3° CCyC), oportuna y eficaz (art. 670 CCyC).

Desde la óptica de la cuestión alimentaria, y específicamente en los casos cuya fuente es la responsabilidad parental —pues también el matrimonio, el parentesco y, en forma sumamente limitada, las uniones convivenciales generan obligación alimentaria—, el nuevo CCyC regula esta obligación incorporando importantes novedades, sea por tratarse de instituciones inéditas —como la obligación alimentaria subsidiaria de los progenitores afines o las medidas que aseguren y garanticen su cumplimiento—, sea de instituciones provenientes de elaboración jurisprudencial desarrollada en torno a la materia, como el reconocimiento de derecho alimentario a jóvenes mayores de edad en determinadas circunstancias; sea también la obligación alimentaria de los abuelos, que requerían su incorporación normativa.

2. Interpretación

Dada la íntima conexión de sus disposiciones, se agrupan los primeros tres artículos del Capítulo referido a la obligación alimentaria a cargo de los progenitores, pues resulta necesario un comentario conjunto.

El art. 658 CCyC dispone las reglas generales respecto a quiénes son los obligados y quiénes los beneficiaros de la contribución alimentaria.

En primer lugar, se establece la paridad de ambos progenitores respecto a la manutención de los hijos, condicionada a estrictos elementos objetivos —tales como la condición y fortuna de cada uno de ellos—. Es decir, si bien ambos progenitores se encuentran en el mismo lugar respecto a su condición de sujetos pasivos de esta obligación, las condiciones específicas de cada uno de ellos será la variable a considerar, junto con otras, para definir la extensión o intensidad de cumplimiento de tal obligación. Por lo pronto, aquello

a lo que se refiere la norma es que el nivel de vida de los progenitores incide en forma directa en el de sus hijos, pues si bien las necesidades económicas pueden ser ilimitadas, los recursos suelen serlo.

La importante novedad que introduce la primera parte de este artículo es separar el cuidado personal de la obligación alimentaria, pues ello funciona como una saludable alternativa que evita los reclamos de cuidado personal unilateral con la única intención de obtener o evitar las consecuencias de contenido económico. Sin embargo, y como no podía ser de otra manera, el desarrollo de las tareas de cuidado personal tiene un contenido económico y ello es valorado en el CCyC, tal como se comentará más adelante.

Por otra parte, se establece que los sujetos activos de esta obligación, es decir, sus beneficiarios, son aquellos hijos de hasta veintiún años de edad. Ello, como regla general, debe ser interpretada en forma conjunta con las disposiciones específicas de los arts. 662 y 663 CCyC.

Así entonces, y en virtud del principio de no regresividad en el reconocimiento de derechos, se mantiene el criterio que ya regía en el CC, que a través de la reforma de la ley 26.579 disminuyó la edad en la cual se adquiere la plena capacidad, fijándola en los 18 años —mismo criterio que el art. 25 CCyC— pero mantuvo la obligación alimentaria, hasta los 21 años. Tanto el reclamo como la modalidad de cumplimiento de la obligación alimentaria a esta especial franja etaria, de mayores de edad pero beneficiarios de la obligación alimentaria, generó importantes debates doctrinarios y jurisprudenciales. El art. 662 CCyC finalmente los resuelve, tal como se detallará más adelante. Luego, la última parte del art. 658 CCyC mantiene la misma excepción al reconocimiento de la condición de beneficiario: que el hijo mayor de edad cuente con recursos suficientes para procurarse los alimentos por sí mismo. Resulta necesario destacar que este artículo sienta la regla general, y ello es evidente respecto a los sujetos activos de la obligación alimentaria, ya que regula diversas excepciones, tales como el hijo mayor de edad que se capacita y limitada a los veinticinco años (art. 663 CCyC), el hijo no reconocido (art. 664 CCyC) e incluso la mujer embarazada (art. 665 CCyC), temas que se desarrollan más abajo.

Respecto al contenido de la obligación alimentaria, el art. 659 CCyC sigue el criterio que ya establecía el CC, pero destaca la incorporación de aquellos gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, con la clara finalidad de favorecer el desarrollo autónomo de los hijos. La última parte de este artículo establece, como modalidad de cumplimiento, las prestaciones monetarias o en especie, cuestión que necesariamente deberá relacionarse con las garantías de cumplimiento (por ejemplo, cuando se establezca en el convenio regulador del divorcio, conforme lo establece el art. 440 CCyC) o las medidas a tomar ante el incumplimiento, conforme la remisión expresa que realiza el art. 670 CCyC a los arts. 550 a 553 CCyC. Y, finalmente, se reitera la proporcionalidad como criterio de determinación de la extensión alimentaria, no solo respecto a los obligados entre sí, sino también en relación a las necesidades del alimentado. Es decir, en la determinación de la cuantía, la proporcionalidad funciona en un doble sentido: entre los obligados, sujetos pasivos de la obligación (conf. art. 658 y 666 CCyC), y frente al hijo, en tanto evaluación de posibilidades económicas en relación a las necesidades del alimentado (art. 659 CCyC).

El art. 660 CCyC también incorpora una novedad sumamente importante: la visibilización legal del contenido económico de las tareas de cuidado personal. Efectivamente, dar cabal cumplimiento a las funciones de atención, supervisión, desarrollo y dirección de la vida cotidiana en los hijos implica un esfuerzo físico y mental imprescindible, y tal vez deseado. Pero

objetivamente insume una cantidad de tiempo real que se traduce en valor económico, ya que el tiempo, en una sociedad compleja como la contemporánea, es una de las variables de mayor, sino exclusivo, contenido económico. En correspondencia, y si bien está previsto para la convivencia matrimonial, al establecerse las disposiciones comunes a los dos regímenes patrimoniales previstos para el matrimonio, específicamente se impone en cabeza de ambos cónyuges el deber de contribución a su propio sostenimiento, al del hogar y al de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, y expresamente se establece que debe considerarse al trabajo en el hogar como forma de contribución a tal carga (art. 455 CCyC). Finalmente, las tareas de cuidado adquieren valor económico por disposición legal, pues el art. 271 CC imponía la obligación alimentaria a ambos padres, incluso con posterioridad al divorcio, y no obstante que uno de ellos ejerciera la tenencia, no consideraba en forma expresa que tal ejercicio implicara una modalidad de cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, aquel progenitor que asuma en mayor intensidad tales tareas de cuidado de los hijos, luego de producida la separación, matrimonial o no, o inclusive si nunca convivieron ambos progenitores, aporta a su manutención, circunstancia que deberá ser valorada en el caso de resultar necesario establecer judicialmente la cuantía de la obligación alimentaria.

ARTÍCULO 661.- ***Legitimación.*** *El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por:*

a. *el otro progenitor en representación del hijo;*
b. *el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada;*
c. *subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.*

ARTÍCULO 662.- ***Hijo mayor de edad.*** *El progenitor que convive con el hijo mayor de edad tiene legitimación para obtener la contribución del otro hasta que el hijo cumpla veintiún años. Puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor. Tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas.*

Las partes de común acuerdo, o el juez, a pedido de alguno de los progenitores o del hijo, pueden fijar una suma que el hijo debe percibir directamente del progenitor no conviviente. Tal suma, administrada por el hijo, está destinada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes.

1. Introducción

Si bien más arriba se hizo referencia a que los conflictos relacionados con el desarrollo de la relación parental son de los más habituales en los tribunales, el otro gran grupo de reclamos judiciales se relaciona con el establecimiento y formas de cumplimiento de la obligación alimentaria respecto a los hijos. A través de estos dos artículos se resuelven importantes problemas que la anterior legislación no lograba resolver.

2. Interpretación

En primer lugar, se mantiene la legitimación activa para reclamar la prestación de los alimentos a uno de los progenitores, en ejercicio de la representación del hijo, conferida por los arts. 26; 101, inc. d; 646, inc. f y 677 CCyC, el cual necesariamente demandará al otro. ¿A

qué progenitor se refiere? En principio, y en forma indudable, a aquel que tenga a su cargo el cuidado unipersonal del hijo, ya que asume en forma principal tales tareas de cuidado. Pero también podrá plantearse en el caso del cuidado personal compartido, en el supuesto que los recursos de los progenitores no sean equivalentes y quien pretenda la fijación de una cuota alimentaria a cargo del otro posea menores ingresos (art. 666 CCyC). En definitiva, se tratará de una situación fáctica a valorarse en cada caso particular, sin perder de vista que toda cuestión alimentaria requiere de un mayor dinamismo y activismo judicial, teniendo en cuenta la urgencia y necesidad que implica un reclamo de tipo asistencial.

Pero la novedad e importancia del art. 661 CCyC radica en la amplia legitimación activa que otorga. En efecto, el art 661, inc. b, CCyC le otorga al hijo con grado de madurez suficiente la posibilidad de reclamar, en forma directa, el cumplimiento de esta obligación, con la correspondiente asistencia letrada. Es uno de los casos específicos en los que, en consonancia con el principio de autonomía progresiva, se otorga protagonismo procesal al hijo, en defensa de sus propios intereses. El criterio utilizado por la norma es el de "*madurez suficiente*", de manera que no está atado a un sistema etario, en consonancia con el art. 26, párr. 2, CCyC, que también otorga a las personas menores de edad con edad y grado de madurez suficiente el ejercicio por sí de los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Este es uno de ellos. Respecto a los hijos adolescentes, rige la presunción legal del art. 677 CCyC, es decir que se presume —requiriendo por tanto que quien lo pretenda pruebe lo contrario— que los hijos de 13 a 18 años (art. 25 CCyC) cuentan con suficiente autonomía para intervenir en un proceso de manera autónoma, con asistencia letrada.

Ahora bien, ¿quién deberá valorar si el hijo menor de 13 años posee madurez suficiente? Indudablemente, el juez que intervenga, pero una vez más se reitera que la actuación judicial, en materia de familia, debe estar signada por la agilidad, de allí que la cuestión deberá despejarse con la celeridad que una cuestión alimentaria requiere. Es el costo a pagar ante la elección de un sistema legal que opta por la flexibilidad de un criterio particularizado frente a las restricciones que uno, anclado en límites etarios fijos, impone.

Finalmente, el art. 661, inc. c, CCyC reconoce una amplia legitimación activa, incluyendo tanto a los parientes, como al Ministerio Público, pero con carácter subsidiario. Ello significa que la actuación de parientes o del Ministerio Público es secundaria, sea porque ni el progenitor, ni el hijo con madurez suficiente han accionado o, incluso, que el hijo no ha alcanzado la madurez suficiente. La ampliación de la legitimación respecto a los parientes encuentra su justificación tanto en la condición de derecho humano básico y esencial de la prestación alimentaria en favor de niños, niñas y adolescentes, como en la específica obligación alimentaria impuesta a los ascendientes del art. 668 CCyC, y aquellas genéricas provenientes del Libro II, Título IV, Parentesco. La correspondiente al Ministerio Público encuentra su justificación legal en la representación complementaria o principal establecida en el art. 103 CCyC.

Pero la cuestión de la legitimación activa no se agota en estos supuestos. En efecto, el particular caso del hijo mayor de edad pero beneficiario de la obligación alimentaria (art. 658 CCyC) requiere de una norma específica como, el art. 662 CCyC, que seguidamente se comenta.

Ya se señaló que la modificación que la ley 26.579 introdujo en el CC respecto a la edad de adquisición de la mayoría de edad —reduciéndola a 18 años— preveía el mantenimiento de la obligación alimentaria hasta los 21 años, salvo que el progenitor demandado acreditara

que contaba con recursos suficientes para su subsistencia. Esta obligación alimentaria no se fundaba estrictamente en la responsabilidad parental, pero tampoco provenía de la relación de parentesco entre ascendientes y descendientes, sino que constituía un supuesto alimentario especial, derivado —sin dudas— del vínculo parental, sin perjuicio de la extinción de la "patria potestad". La ley 26.579 reconoció tal derecho alimentario pero nada estableció respecto a quién se encontraba legitimado para efectuar el reclamo alimentario. La cuestión generó un gran debate doctrinario ante el tan habitual supuesto fáctico de jóvenes ya mayores de edad que continuaban viviendo con un progenitor, tanto respecto a los juicios en trámite como respecto a aquellos a iniciar. Por aplicación de las normas de capacidad, el hijo mayor de edad contaba con la plenitud de su capacidad y, en virtud de ello, en condiciones de accionar por sí. Sin embargo, la situación generó serias dificultades a los operadores jurídicos, ya que en no pocos casos los hijos carecían de interés en reclamar judicialmente a sus progenitores no convivientes, en el marco de un esquema ya señalado que priorizaba la "tenencia" unipersonal, dejando al progenitor conviviente sin posibilidad alguna y debiendo soportar en forma íntegra la manutención, incluso cuando el hijo cumpliera los 18 años durante la tramitación de un proceso judicial en curso.

Pero otro problema mayor que generó la mencionada ley —típica consecuencia de una reforma parcial— fue a propósito de quién debía percibir los alimentos, ¿el hijo mayor de edad o su progenitor conviviente? ¿Abonando a quién el progenitor no conviviente cancelaba su obligación alimentaria? Aquí las voces doctrinarias y jurisprudenciales giraron en torno, básicamente, a dos posturas: 1) facultar al progenitor conviviente a seguir cobrando la cuota alimentaria fundado en diversos argumentos —mandato tácito, principio de solidaridad familiar, etc.—; y 2) el joven era el único legitimado a cobrar dicha obligación.

El art. 662 CCyC resuelve ambas cuestiones. En primer lugar, otorga legitimación activa directa al progenitor/a que convive con el hijo mayor para reclamar la contribución alimentaria al otro progenitor/a, sea tanto para iniciar el proceso o continuar el existente, ya que conforme se expresa en los "Fundamentos..." que acompañaron al Anteproyecto de Reforma "*los alimentos deben cubrir algunos gastos del hogar, el anteproyecto concede legitimación al progenitor conviviente para obtener la contribución del otro al sostenimiento de dichos gastos pues de lo contrario ellos recaerían exclusivamente sobre el progenitor conviviente*".[123] Pero además, lo/a faculta para percibir y administrar las cuotas alimentarias ya devengadas, pues resultaría incoherente e inútil reconocer legitimación activa para el reclamo y negar su administración. Razones de equidad y sentido de la realidad justifican acabadamente esta solución.

Así, la Reforma, de manera novedosa y equilibrada, no sigue ninguna de las posturas doctrinarias extremas brevemente señaladas, estableciendo un criterio sumamente realista: si un joven convive con un progenitor genera gastos que este debe seguir solventando y que están también a cargo del otro progenitor/a.

Aún más: la última parte del art. 662 CCyC introduce una importante distinción, posibilitando que como forma de cumplimiento de la obligación alimentaria en este particular caso, se establezca (por acuerdo o resolución judicial) una suma de dinero a percibir por el hijo en forma directa del progenitor/a no conviviente, y asuma su administración. A su vez, precisa que tal suma está destinada a los gastos diarios y cotidianos del hijo, tales como los enunciados en la norma.

(123) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

ARTÍCULO 663.- ***Hijo mayor que se capacita.*** *La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente.*

Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido.

ARTÍCULO 664.- ***Hijo no reconocido.*** *El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida.*

ARTÍCULO 665.- ***Mujer embarazada.*** *La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada.*

1. Introducción

Los tres artículos agrupados establecen supuestos especiales de obligación alimentaria que configuran verdaderas novedades en el texto legal, pero que recogen posturas jurisprudenciales. Una vez más, el CCyC presta atención a la construcción jurídica que, a lo largo de los años, se desarrolló en el país, y también a las necesidades reales de las personas, pues si no existieran reclamos específicos, no se podrían generar sentencias ni mucho menos líneas jurisprudenciales.

2. Interpretación

Con total criterio de realidad, el art. 663 CCyC contempla el supuesto de aquellos hijos jóvenes que han superado el límite de los 21 años, excluidos por tanto del art. 662 CCyC, pero que se encuentra en pleno proceso de capacitación o preparación profesional, artística o laboral y la prosecución de sus estudios le impiden procurarse su propio sustento.

Las exigencias de procedencia de esta especial obligación alimentaria —diferente a aquella derivada en forma estricta de la responsabilidad parental que se encuentra extinguida y de la de las normas del parentesco— son varias: 1) ser hijo de entre 21 y 25 años, 2) ya encontrarse realizando estudios o en preparación profesional, artística o de cualquier oficio, y 3) que la prosecución de tales estudios o preparación le impida obtener los recursos necesarios para mantenerse en forma independiente.

Como se adelantó, en nuestro país la jurisprudencia ya había receptado esta solución, con el sólido argumento de los datos de la realidad, derivados tanto de las dificultades de los jóvenes para lograr la independencia económica y de la conveniencia de contar con preparación profesional, artística o de algún oficio a los fines de obtener tal independencia. Fueron sentencias que tuvieron gran repercusión pública, al punto que no pocas personas entendían que se trataba de un derecho ya otorgado para todos los casos.

Así las cosas, el art. 663 CCyC ofrece una solución legal en línea con el derecho comparado, dentro del cual es posible observar dos opciones: legislaciones que establecen un límite etario y otras que, sin fijar una edad límite del beneficio, lo extienden hasta que

concluyan los estudios o la formación profesional de que se trate. Tratándose de un supuesto que se incorpora ahora al texto legal, se optó por la solución más prudente, fijando el límite de edad en los 25 años. A partir de allí, los eventuales reclamos alimentarios deberán canalizarse a través de las normas específicas del parentesco.

El otro supuesto especial se refiere a la situación particular del hijo extramatrimonial no reconocido que regula el art. 664 CCyC. También en este caso la solución sigue la tendencia de la jurisprudencia nacional, pero lo define con una mayor precisión. Así, como se trata de un hijo cuya determinación filiatoria aún no se ha establecido, y, por tanto, la falta de emplazamiento en el estado de hijo impide que las obligaciones de la responsabilidad parental resulten aplicables en toda su intensidad, se limita el derecho al reclamo de alimentos provisorios, tanto el carácter asistencial de la obligación alimentaria, que requiere urgencia en su satisfacción, en concordancia con el carácter de derecho humano básico y esencial que revisten las necesidades alimentarias. Además, la norma impone como requisito que se acredite en forma sumaria el vínculo invocado, es decir, que se ofrezca y produzca mínima prueba respecto al vínculo filiatorio con relación al demandado, exigencia que limita considerablemente los reclamos alimentarios inconducentes y engañosos, desalentando así las "aventuras judiciales".

Podrá interponerse esta demanda de fijación de alimentos en forma conjunta a aquella acción de filiación tendiente a obtener el emplazamiento filiatorio, o incluso antes, atento su especial naturaleza. Pero en este caso, la última parte del art. 664 CCyC impone al juez la obligación de establecer un plazo para el inicio de la acción filiatoria, bajo apercibimiento de hacer cesar la cuota fijada en caso de no hacerlo. Es una medida de estricta justicia tendiente a evitar que cuotas alimentarias provisorias, cuyo fundamento es la urgente necesidad de cubrir gastos de manutención, se transformen en los hechos en cuotas definitivas, carentes de fuente, pues la falta de vínculo filial implica inexistencia de responsabilidad parental.

Si bien la norma en estudio no especifica a quién otorga legitimación activa para el reclamo, le son aplicables las normas generales consagradas en el art. 661 CCyC, las normas conexas ya señaladas, y en el supuesto de los hijos adolescentes, lo establecido por el art. 677 CCyC.

Por último, el art. 665 CCyC amplía este derecho alimentario a las mujeres embarazadas, imponiendo la obligación de probar en forma sumaria la filiación alegada respecto al presunto progenitor a quien se demande. También este supuesto había sido recogido por la jurisprudencia, en línea con el derecho comparado. Si bien no se establece en forma explícita la obligación de fijar un plazo para el inicio de la acción filiatoria, el propio curso del embarazo finalizará con el nacimiento del hijo y, en tales circunstancias, resultará procedente el inicio del juicio de filiación pertinente.

ARTÍCULO 666.- ***Cuidado personal compartido.*** *En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658.*

1. Introducción

Conforme se explicó, el sistema que introduce el nuevo CCyC privilegia el principio de coparentalidad, regulando con precisión las diversas alternativas posibles respecto al cuidado del hijo. Aún con el riesgo de resultar insistente, se reitera que una de ellas debe ser prioritaria (arts. 651 y 656 CCyC) y es, justamente, el cuidado personal compartido, con la modalidad indistinta (arts. 651 y 656 CCyC). Pero al regular la obligación, este artículo se refiere al cuidado personal compartido, que comprende tanto la modalidad alternada como indistinta.

En los casos que se acuerde o disponga el cuidado compartido, en cualquiera de sus modalidades, y con la finalidad de garantizar o al menos favorecer que el hijo mantenga el mismo nivel de vida con ambos progenitores, el artículo en comentario brinda una justa y equitativa solución, que dependerá directamente de la situación fáctica. Así, ante equivalencia de recursos de ambos progenitores, cada progenitor deberá hacerse cargo de la manutención del hijo durante los periodos de tiempo que permanece bajo su cuidado. Pero si no lo son, aquel progenitor/a que cuente con mayores ingresos deberá abonar cuota alimentaria.

2. Interpretación

El criterio que define la procedencia y extensión de la cuota alimentaria en los casos de cuidado compartido es estrictamente objetivo, y está relacionado con el nivel patrimonial de cada uno de los progenitores. De este modo, y como verdadera novedad, se desliga de la obligación alimentaria la circunstancia de con quién convive del hijo, solución que favorece la posibilidad de alcanzar acuerdos de cuidado personal compartido, ya que uno de los grandes inconvenientes advertidos desde la práctica profesional al momento de plantear un acuerdo de custodia compartida —conocidos como "tenencia compartida" en el marco del CC— fue el temor a no poder contar con el pago de cuota alimentaria para satisfacer las necesidades del hijo, debido a la disparidad de recursos de los progenitores.

Sin perjuicio de lo manifestado, el desenvolvimiento de la vida del hijo genera una serie de gastos comunes, como por ejemplo los derivados de la educación —matrículas y cuotas de colegios privados, cuotas provenientes del estudio de idiomas, música, pintura o de clubes deportivos, etc.—, o de las necesidades de salud —cobertura de obra social, gastos de ortodoncia, lentes, etc— que, conforme la última parte del artículo en comentario, deberán ser soportadas por ambos progenitores.

ARTÍCULO 667.- ***Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores.*** *El hijo que no convive con sus progenitores, que se encuentra en un país extranjero o en un lugar alejado dentro de la República, y tenga necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. Si es adolescente no necesita autorización alguna; sólo el asentimiento del adulto responsable, de conformidad con la legislación aplicable.*

1. Introducción

Si bien se trata también de un supuesto particular, no es estrictamente una novedad, y de allí, su comentario por separado. En efecto, el art. 269 CC establecía que para aquellos casos en que el hijo menor de edad se encontrara en urgente necesidad, que impidiera ser atendido por sus padres, *"los suministros indispensables que se efectuaren se juzgarán hechos con autorización de ellos"*.

2. Interpretación

Con una evidente mejora en la redacción, el art. 667 CCyC dispone que en aquellos supuestos en que el hijo no conviva con sus progenitores, sea por residir o estar circunstancialmente en un país extranjero o en un lugar alejado del país, y tenga necesidades alimentarias o urgentes, puede obtener autorización judicial o diplomática para contraer deudas tendientes a la satisfacción de tales necesidades, autorización que no es requerida para el caso de tratarse de un adolescente, pues —en este caso— resulta suficiente el asentimiento del adulto responsable.

Este tema se relaciona en forma directa con la capacidad negocial de las personas menores de edad. Un ejemplo puede resultar que torne más sencilla su explicación: es posible que hijos menores de edad deban desarrollar estudios en una ciudad o un país diferente al de la residencia de sus progenitores, por ejemplo un talentoso niño o adolescente pianista que no logra avanzar en sus conocimientos si permanece en la misma ciudad que sus progenitores. Supongamos que por alguna circunstancia particular, se encuentra en una situación que requiere de asistencia alimentaria o satisfacer alguna necesidad urgente. Dada su condición de persona menor de edad carece, en principio, de capacidad para contraer deudas que posibiliten la satisfacción de tales necesidades urgentes. Bastará la autorización judicial o diplomática o, en caso de ser mayor de 13 años, el asentimiento del adulto responsable, para encontrarse específicamente habilitado por la ley y en forma limitada para contraer dichas deudas.

ARTÍCULO 668.- ***Reclamo a ascendientes.*** *Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.*

1. Introducción

He aquí otra importante novedad: la regulación de la obligación alimentaria de los ascendientes. En el contexto del CC, la cuestión fue arduamente debatida en doctrina y jurisprudencia, específicamente respecto a la obligación alimentaria de los abuelos con relación a sus nietos. La discusión radicaba esencialmente en la determinación de la naturaleza jurídica de esta obligación, pues las consecuencias del carácter de la misma tenían una importante incidencia práctica.

2. Interpretación

Para un sector de carácter clásico, se trataba de una obligación derivada del vínculo de parentesco existente entre ambos, conforme lo establecía el art. 367, inc. 1, CC, y dado que dicho artículo preveía un determinado orden de prelación, determinado por la proximidad en grado de parentesco, los padres se encontraban obligados en primer lugar. De allí, la obligación de los abuelos revestía un carácter subsidiario que, además, debía cumplimentar las exigencias de la norma —acreditar la imposibilidad del principal obligado— e incidía en la extensión de la obligación, que se limitaba a las necesidades básicas e indispensables, dado su origen en la relación de parentesco.

Otro grupo de autores, en cambio, sostuvo que el reclamo a los abuelos podía ser directo, dada la incidencia de la Convención de Derechos del Niño en el ordenamiento interno.

En concreto, en virtud del principio del interés superior del niño (art. 3° CDN), que impone una reinterpretación de las normas en favor del niño y consagra el derecho de todo niño a *"un nivel de vida adecuado para su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social* [obligación que corresponde satisfacer en primer lugar] (…*) a los padres u otras personas encargadas del niño"*, entre ellos, los abuelos (art. 27 CDN); el derecho de los niños a una tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno. En definitiva, para estos autores, la Convención de Derechos del Niño desplazaba la subsidiariedad impuesta por el CC, y algunos, incluso, sostuvieron la derogación tácita del art. 367 CC respecto a los abuelos y nietos que fueran niños, niñas o adolescentes. Al ser una obligación directa, de reclamo directo, simultáneo o no, y extensiva de aquella de los padres, su extensión era la misma.

Ante estas dos posturas extremas, surgió una tercera, que podría denominarse intermedia o de subsidiaridad relativa. En principio, consideró a la obligación alimentaria de los abuelos de tipo subsidiaria, pero cuando los nietos sean niños, niñas o adolescentes. Tal subsidiaridad debe estar desprovista de las formalidades propias de este tipo de obligaciones, en virtud de la prioridad debida a la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes conforme la Convención de Derechos del Niño. Así, a los fines de no desvirtuar la finalidad de esta obligación alimentaria, se excluye el rigorismo formal a las exigencias procesales y probatorias.

La jurisprudencia siguió uno y otro criterio, pero la CSJN adscribió a esta última postura intermedia, reconociendo el deber alimentario de los abuelos, revocando el fallo que había rechazado la demanda directa incoada por la madre de niños contra los abuelos paternos, a pesar de haber acreditado las dificultades para percibir la cuota alimentaria del progenitor de los niños. Así, efectuando una interpretación del art. 367 CC en concordancia con el interés superior de los niños comprometido, sostuvo que resultaba "*inadecuado que la alzada exija el cumplimiento de otros pasos a fin de considerar expedita la vía para reclamar el pago de alimentos al abuelo paterno*", y entendía que resultaba suficiente acreditar verosímilmente la imposibilidad de lograr el cumplimiento alimentario del principal obligado, el progenitor.[124]

Esta es la posición seguida por este art. 668 CCyC, que regula en forma específica esta obligación alimentaria y aún en el mismo proceso dirigido contra los progenitores, se habilita la extensión de la solicitud a los ascendientes. De este modo, se toma una postura a favor del alimentado ya que no es necesario que se inicie un nuevo proceso contra estos últimos sino que en el mismo proceso contra el progenitor, principal obligado, se pueda reclamar, fijar y ordenar la pertinente obligación alimentaria. ¿Por qué se debe demostrar, verosímilmente la imposibilidad de cumplimiento por parte del progenitor, principal obligado? Porque no es lo mismo ser padre que ser abuelo. Porque la obligación de los abuelos opera ante el incumplimiento o imposibilidad del progenitor. Frente a la tensión existente entre los derechos de niños, niñas o adolescentes y los de los abuelos —que podría tratarse de otro sector vulnerable como, el de los adultos mayores—, se opta por una postura equilibrada, que evita el exceso de requisitos formales que provoquen la insatisfacción de las necesidades vitales de los niños, acorde a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño.

Respecto a la extensión de la obligación, el artículo en comentario efectúa una remisión directa al Título del parentesco, entre ellas, el art. 541 CCyC. Esta norma establece el contenido de la obligación alimentaria entre parientes y específicamente dispone: "*La*

(124) CSJN, "F., L. c/ L., V.", 15/11/2005.

prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación". De este modo, la obligación alimentaria de los abuelos respecto a sus nietos que revistan la condición de menores de edad, sin perjuicio de la subsidiaridad relativa impuesta por el art. 668 CCyC, es amplia, comprende también las necesidades derivadas de la educación.

ARTÍCULO 669.- ***Alimentos impagos.*** ***Los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación.***

Por el periodo anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente.

1. Introducción

Al igual que el criterio imperante en la materia, se establece la retroactividad de los alimentos desde el día de su demanda judicial. La novedad es que se amplía este efecto retroactivo al día de interpelación fehaciente, que incluye la extrajudicial. Ello comprende todo medio que, de forma irrefutable, acredite la toma de conocimiento del mismo por parte del reclamado, incluyendo, por supuesto la notificación de toda instancia previa, sea prejudicial o mediación privada, conforme a las diversas regulaciones procesales aplicables. Ahora bien, con la finalidad de evitar posiciones abusivas y en garantía del derecho de defensa del alimentante, el artículo impone la condición de interponer la demanda judicial dentro de los seis meses de la interpelación extrajudicial.

2. Interpretación

El CCyC supera la falencia del régimen anterior, ya que en virtud de la aplicación de las normas de los diversos códigos procesales, los periodos devengados con anterioridad a los reclamos judiciales, pero sometidos a instancias de mediación obligada, quedaban fuera del cómputo, aunque se acreditaran judicialmente intimaciones previas cursadas o intentos de conciliación.

El segundo párrafo de este artículo incorpora una novedad. En efecto, precisa la norma que respecto a aquellos gastos que se hubieran realizado con anterioridad al reclamo (judicial o por vía fehaciente, en las condiciones establecidas en el primer párrafo) son reembolsables. Es decir, que el/la progenitor/a que hubiera soportado tales gastos puede reclamar, por derecho propio, el reembolso de las sumas aportadas en dicho concepto a quien debía suministrarlos.

¿Eso significa alterar la retroactivdad dispuesta en el párrafo primero? La respuesta es negativa. Se trata de dos conceptos diferentes: el primer párrafo se refiere a la cuota alimentaria, manteniendo el criterio de retroactividad ya conocido pero con la incorporación de la notificación extrajudicial fehaciente. El segundo párrafo se refiere a gastos efectuados en periodos anteriores a tal fecha.

Pero ¿desde qué fecha son reembolsables los gastos efectuados en el sostenimiento de los hijos? ¿Desde que nació? La cuestión se resuelve por aplicación del art. 2564 CCyC

que estable el plazo de prescripción de un año, entre otros, a *"los reclamos a los otros obligados por repetición de lo pagado en concepto de alimentos"*. Entonces, claramente no corresponde el reclamo del reembolso de los gastos realizados con anterioridad, solo aquellos que queden comprendidos en el plazo corto de un año desde que fueron efectivizados. Ello, a los fines de evitar situaciones abusivas ante la falta de reclamo oportuno.

Se deberán acreditar los gastos efectivamente realizados, pues se trata de un reembolso tal como lo especifica la norma, y se encuentra legitimado para efectuar el reclamo aquel progenitor/a que hubiera asumido el cuidado del hijo/a y lo hubiese soportado íntegramente.

Si bien este artículo regula dos conceptos diferenciados (alimentos y gastos efectuados), se encuentran relacionados y no corresponde el reclamo por reembolso de aquellos gastos de manutención que queden comprendidos en la retroactividad: el segundo párrafo del artículo es claro: "*por los periodos anteriores*". Entonces, si A reclama por demanda judicial o notificación fehaciente el pago de cuota alimentaria, la fecha de dicho reclamo hace activar la retroactividad. Y si A realizó gastos de manutención con anterioridad a dicha fecha, podrá reclamar su reembolso, debiendo acreditar su pago con el límite establecido para la prescripción del reclamo, de un año. Pero no se superponen.

Finalmente, la última parte del artículo establece la medida del reembolso: en la proporción que le hubiera correspondido. Y tal proporcionalidad surgirá de la prueba de los recursos de ambos progenitores —y demás circunstancias— que se hubiera producido en el juicio de alimentos correspondiente.

ARTÍCULO 670.- *Medidas ante el incumplimiento.* ***Las disposiciones de este Código relativas al incumplimiento de los alimentos entre parientes son aplicables a los alimentos entre padres e hijos.***

1. Introducción

Una de las grandes preocupaciones de todo sistema jurídico es de qué modo asegurar el cumplimiento de las sentencias. Ello, en tanto la garantía de la debida tutela judicial no se limita al acceso a la justicia, sino a que sus decisiones sean efectivas, que no se conviertan en un "simple papel". De allí el principio de la tutela judicial efectiva. En materia alimentaria la cuestión asume contornos de cierto dramatismo, máxime cuando los beneficiarios son niños, niñas y adolescentes, porque involucra su superior interés. El CCyC se hace eco de esta importante función, y se ocupa de otorgar a los jueces la facultad de hacer cumplir sus decisiones de las formas más variadas, no solo de aquellas previstas en los códigos procesales.

2. Interpretación

Este artículo refiere a las normas relacionadas a la obligación alimentaria entre parientes, las que prevén:

a. el dictado de medidas cautelares (art. 550 CCyC);
b. la imposición de la responsabilidad solidaria por el pago de la deuda alimentaria ante el incumplimiento de retención y depósitos de fondos correspondientes a cuota alimentaria (art. 551 CCyC, un modo indirecto de retención);

c. la aplicación de intereses a las sumas no satisfechas en fecha, fijando la tasa más alta que los bancos cobras a sus clientes, es decir, que la no disponibilidad de dinero en las fechas correspondientes tienen costo económico también en los alimentos (art. 552 CCyC); y

d. otras medidas tendientes a asegurar el cumplimiento (art. 553 CCyC), norma abierta que posibilita una actitud diligente, responsable y creadora de los jueces, quienes deberían ser los primeros interesados en asegurar que sus decisiones sean acatadas.

Así, en algún fallo se dispuso la prohibición de salida del país a un deudor alimentario, viajante asiduo por razones laborales y de placer, impedimento que le causaría un perjuicio de tal intensidad que justificaba cumplir con la cuota alimentaria adeudada. Otras señaladas por la doctrina: el retiro de licencia de conducir, la comunicación a entidades profesionales o gremiales de la resistencia al pago de la obligación alimentaria, inscripción en registro de deudores alimentarios existentes a tal fin que a su vez imponían sanciones, como la no contratación estatal como proveedores, etc. Lo importante es establecer la medida adecuada al caso concreto, que implique un perjuicio tal que resulte más conveniente pagar que mantenerse en una actitud reticente. Por supuesto que la medida a implementar no debe afectar el interés de los niños, niñas o adolescentes, como podría ser la suspensión del contacto con el progenitor deudor alimentario, debate ya superado en doctrina y jurisprudencia dada la independencia de ambos deberes/derechos.

CAPÍTULO 6
Deberes de los hijos

ARTÍCULO 671.- ***Enumeración.*** *Son deberes de los hijos:*

a. *respetar a sus progenitores;*

b. *cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior;*

c. *prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.*

1. Introducción

Si bien el CC imponía deberes a los hijos respecto de sus padres, el texto del art. 266 CC se compadecía al contexto regulatorio de la "patria potestad" en el cual los hijos se acercaban más a la condición de objetos que de sujetos de derecho. De allí la imposición de un deber de obediencia e, incluso, facultar a los padres a ejercer la violencia a los fines de su corrección pero, eso sí, "moderadamente", como si la dosis brindara justificación moral a la violencia.

2. Interpretación

En este Capítulo, integrado por un solo artículo, se establecen los siguientes deberes: respetar a sus progenitores, cumplir sus decisiones en la medida en que no afecten su propio interés, y a colaborar con ellos, en función a la edad y desarrollo, con especial mención a cuidarlos cuando lo necesite. Esta última parte, si bien integra el Título correspondiente a

la responsabilidad parental, se torna fuertemente relevante cuando el paso del tiempo invierta la necesidad de protección y los progenitores sean los vulnerables de la relación, es decir, en su vejez. Y ciertamente, es diferente cumplir en la medida que no sean perjudiciales, que imponer un deber de obediencia genérico y a ciegas del contenido de la obligación a cumplir. El respeto al principio del interés superior del niño, el reconocimiento a su autonomía progresiva y, en definitiva, su condición de sujeto de derecho, reclamaban esta modificación conceptual.

CAPÍTULO 7

Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines

ARTÍCULO 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.*

1. Introducción. La familia ensamblada

En el marco de un derecho constitucional de familia en el cual se ubica en forma explícita el CCyC, la regulación legal comprende las relaciones jurídicas provenientes de diversos modelos familiares, cuestión ya repetida hasta el cansancio. Entre ellas, las familias ensambladas.

Las personas a lo largo de su vida se vinculan entre sí y generan vínculos familiares, configurándose verdaderas trayectorias familiares que en el camino se entrecruzan. Una de las expresiones de estos cruces se da en aquellos supuestos en los cuales se ensamblan diversas realidades familiares ante la unión, matrimonial o no, de dos personas de diferente o igual sexo que, a su vez, contaban ya con hijos de relaciones o uniones o meras circunstancias anteriores. Justamente, el término "ensambladas" alude al intercambio del nuevo grupo familiar con anteriores relaciones familiares, como lo enseña una gran jurista y experta en la materia. Tal vez generen hijos en común, y se conviertan así en progenitores comunes, resultando plenamente aplicables las normas que regulan la responsabilidad parental, pero los vínculos entre la/el conviviente o cónyuge de una persona con hijos y estos hijos, fundamentalmente ante la ruptura de la pareja, carecían en el CC de normas que los regulen.

Desde hace algunos años, tanto a nivel nacional como en otros países —por ejemplo y con gran fuerza, Brasil— se desarrolla una línea de pensamiento en torno al concepto de la socioafectividad como criterio de asignación de consecuencias jurídicas. En realidad, si bien el afecto parecería estar alejado de "lo jurídico", es agente generador de efectos jurídicos aún en las instituciones jurídicas más tradicionales. En el marco del CC, varias sentencias reconocieron legitimación activa a los convivientes ante el fallecimiento de sus compañeros/as, a pesar del entonces texto legal que expresamente los excluía; o la extensión por aplicación analógica de ciertas normas exclusivas al matrimonio, a tales uniones, fundamentalmente por la comunidad de vida que implica la convivencia. Por lo tanto lo novedoso no es el reconocimiento, en el mundo jurídico, al afecto, sino la elaboración de la construcción de un modelo teórico, gracias a la incesante labor de serio/as y destacado/as juristas.

El derecho tiene un fuerte contenido de realidad: la ley debe ser útil para resolver los problemas concretos de las personas y no conformarse con meras abstracciones. Y esta es una preocupación evidente en el CCyC: ofrecer una legislación al servicio y en protección de las personas.

De allí que, a lo largo de este Capítulo 7, se estructura el marco normativo que regula las relaciones jurídicas derivadas de las familias ensambladas, cuyas particularidades y cierto grado de complejidad requerían de un sistema propio, pues, por ejemplo, resulta necesario destacar que en varios supuestos es necesario coordinar la extensión de los deberes y derechos de los progenitores afines con el ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor no conviviente en el caso de que no haya fallecido.

2. Interpretación

Para evitar confusiones, este artículo precisa a quienes les resulta aplicable la regulación que establece en los siguientes. La denominación de "*progenitor afín*" sigue el criterio que ya se había instalado a través de la tarea de calificada doctrina nacional, que trabajó y trabaja en el tema. A su vez, se recurre a un vocablo ya conocido, pues el CC regulaba el parentesco por afinidad, estableciendo vínculos de parentesco derivados del matrimonio y con los parientes consanguíneos del cónyuge, criterio que se mantiene (arts. 529 y 536 CCyC).

Además de la neutralidad de género, imprescindible en el marco de un ordenamiento jurídico de carácter igualitario respecto al sexo u orientación sexual de cónyuges o unidos convivencialmente, con la elección de esta denominación se pretende alejar la idea propia de historias infantiles de otros siglos, en los cuales las "madrastras" y "padrastros" se caracterizaban por su maldad y egoísmo, más propio del contexto sociocultural de aquellas épocas que de una sociedad contemporánea.

Por último, la norma requiere que el progenitor tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, sin distinguir las modalidades posibles, por lo que involucra a todas. Lo relevante es que la convivencia, aún temporal y no permanente, entre la pareja o cónyuge de una persona con hijos y estos generalmente implica realizar tareas de atención y cuidado que la vida cotidiana impone, y la ruptura de la pareja no es un argumento suficiente ni necesario para interrumpir este tipo de vínculos.

ARTÍCULO 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.

1. Introducción

Tal como establece este artículo y se despliega con más precisión en los siguientes, la presencia en la vida de un niño, niña o adolescente de un nuevo integrante en su familia por elección de su progenitor/a implica la posibilidad de contar con una persona más que se encargue de su cuidado. Sumar en lugar de restar, pero esta suma requiere algo más: coordinación. Es así que a los progenitores afines se les imponen deberes de colaboración en la crianza, atribuciones suficientes que hacen a la vida cotidiana, al desarrollo del día a día, como por ejemplo colaborar en las tareas de cuidado, traslados, concurrir y compartir reuniones escolares, ocuparse de cuestiones relacionadas a la salud del hijo de su pareja o cónyuge, incluso estar habilitado para ingresar a salas hospita-

larias como las de cuidados intensivos, de acceso restringido y limitado habitualmente solo a parientes. La imposición de este tipo de deberes jurídicos implica la posibilidad de exigir frente a terceros la posibilidad de su ejercicio. Asimismo, este artículo impone a los progenitores afines el deber de adoptar las decisiones ante situaciones de urgencia, cuestión sumamente útil en todos aquellos supuestos relacionados con la salud. Como se dijo más arriba, aunque parezcan cuestiones menores, domésticas, el derecho debe ocuparse de los problemas de la gente, y la falta de regulación específica de esta función era uno de ellos. Resulta necesario destacar el carácter amplio, de tipo enunciativo, de los deberes especificados en el artículo, pues *"colaborar en la crianza"* y *"realizar actos cotidianos"* implica una serie de actos que, obviamente, no están detallados en la norma.

2. Interpretación

Dado que estos hijos, beneficiarios del cumplimiento de los deberes impuestos al progenitor afín, tienen a su vez progenitores consanguíneos, es necesario coordinar estas funciones con los deberes y derechos propios de la responsabilidad parental, que estos titularizan y ejercen, pues no se trata de una sustitución sino de complementarse en las tareas de cuidado. Colaborar o cooperar no significa sustituir ni reemplazar.

Así, el artículo en estudio resuelve tanto las diferencias de criterio que pudieran presentarse entre las decisiones del/a progenitor/a y el/a progenitor afines convivientes, privilegiando las decisiones del/a primero/a; como el rol del progenitor no conviviente, pues el deber de colaboración y cooperación no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental, es decir, tanto la del progenitor/a conviviente con el progenitor/a afín como la del otro/a.

ARTÍCULO 674.- ***Delegación en el progenitor afín.*** *El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.*

Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

ARTÍCULO 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.

1. Introducción

Conforme se señaló, la regulación de esta particular relación tiene algunas complejidades que el CCyC no ignoró, sino que, por el contrario, enfrentó.

Una de ellas, ciertamente, es la organización de estas funciones en sentido de complementariedad las tareas entre los, al menos, tres protagonistas adultos: los progenitores del niño, niña

y adolescente y el/la progenitor/a afín, pues los dos primeros son, en principio, titulares de la responsabilidad parental y, también en principio, ejercen las facultades derivadas de la misma.

En los arts. 674 y 675 CCyC se regulan dos supuestos diferentes: el primero admite la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor en cabeza de su cónyuge o conviviente, mientras que el segundo regula aquellos supuestos en los que una situación de imposibilidad de un progenitor, faculta al otro a asumir tal ejercicio en forma conjunta con su cónyuge o conviviente.

2. Interpretación

Si bien, en una primera lectura, ambos artículos pueden parecer trabalenguas, un ejemplo puede colaborar en la comprensión. A y B son progenitores de Z que es un niño. A y B ya no conviven, pero ambos titularizan y ejercen la responsabilidad parental respecto de Z, y acuerdan que su cuidado personal será compartido con la modalidad conjunta. A contrae matrimonio (o convive simplemente) con C, quien no tiene hijos, pero que se convierte en progenitor afín de Z, y así ejerce su función. A su vez, B contrae matrimonio (o convive simplemente) con D, quien se convierte en progenitor/a afín de Z. El art. 674 CCyC está dirigido a regular un supuesto particular, el de la delegación del ejercicio de la responsabilidad por parte de A respecto a C, con determinadas condiciones, requisitos y efectos que seguidamente se analizarán. Mientras que el art. 675 CCyC regula el supuesto que, ante ciertas circunstancias, B puede asumir el ejercicio de la responsabilidad parental en forma conjunta a D, también en determinadas condiciones, y con ciertos requisitos y efectos.

Aclarado ya el objeto de regulación y ámbito de aplicación de cada uno, el art. 674 CCyC establece los siguientes requisitos para que sea posible esta delegación de responsabilidad parental:

a. que el/a progenitor/a (en nuestro ejemplo, A) no esté en condiciones de cumplir la función parental en forma plena;
b. que ello se deba a razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, es decir, cierto grado de excepcionalidad;
c. que el otro/a progenitor (en nuestro ejemplo, B) esté imposibilitado para su desempeño o no fuera conveniente que asumiera su ejercicio en forma exclusiva.

Se aclara que la enumeración respecto a los motivos que justifican la delegación es meramente ejemplificativa, de carácter enunciativo.

Además, como requisito formal, la obligación de homologación judicial a este convenio se reduce a aquellos casos en los cuales el otro progenitor (en el ejemplo, B), esté en desacuerdo, pues se exceptúa en los supuestos en los cuales exprese su conformidad de modo fehaciente. Es que, como consecuencia de la delegación que A efectúa en C, este último ejercerá en forma conjunta con B la responsabilidad parental respecto de Z, por lo tanto, si todos están de acuerdo, es innecesaria la intervención judicial en función del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el diseño de sus vidas familiares, y por efecto de la noción de "desjudicialización" en la cual se enrola el CCyC.

Se trata de un supuesto en el cual la delegación es voluntaria, aunque fundada en específicas razones, de carácter ciertamente transitorio y puntual, destinada a cubrir una circunstancial imposibilidad en el ejercicio.

Por su parte, el art. 675 CCyC requiere:

a. que un progenitor se encuentre incapacitado, ausente o fallecido (en nuestro ejemplo, A);
b. que el otro (siempre siguiendo el ejemplo, B) acuerde con su cónyuge D el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental respecto de Z;
c. que este acuerdo sea homologado judicialmente.

También la norma prevé la solución ante los conflictos en este particular ejercicio, privilegiando la opinión del progenitor. Y, por último, dispone los supuestos de extinción, ya que, al no tratarse de circunstancias voluntarias como las del art. 674 CCyC, resultó conveniente establecer cuando se extinguen los efectos de este acuerdo: la ruptura del matrimonio o unión convivencial y la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental.

ARTÍCULO 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.*

1. Introducción

Esta es otra de las grandes novedades que trae el CCyC. Si bien en anteriores intentos de reforma integral, o a través de proyectos de leyes específicos, se había intentado incorporar esta obligación alimentaria en cabeza de los progenitores afines, lo cierto es que en el marco de la legislación derogada, la misma no ofrecía respuesta a este gran problema que, en varias oportunidades, se planteó ante los tribunales. La jurisprudencia, haciéndose eco de importantes aportes doctrinarios, fue delineando un criterio fundado en principios básicos, como la solidaridad familiar, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a un nivel de vida digno, y reconoció esta obligación alimentaria a pesar de no existir vínculo jurídico ni fuente legal que expresamente lo impusiera. En otras palabras, los jueces reconocieron que el vínculo generado por la crianza fáctica, es decir, el afecto, generaba efectos jurídicos de naturaleza alimentaria.

Ante este estado de situación y en concordancia con los postulados del derecho constitucional de familia en los que se enrola, el CCyC incorpora al texto legal la obligación alimentaria de los progenitores afines y en beneficio de los hijos.

2. Interpretación

Del texto legal es posible establecer las características específicas de esta obligación, sin perjuicio de aquellas que le corresponden dado su carácter alimentario (intransigible, irrenunciable, intransferible, inembargable, etc):

a. es subsidiaria;
b. es transitoria o limitada en principio al matrimonio o convivencia entre el progenitor y progenitor afín;

c. ante supuestos específicos, adquiere carácter más restrictivo, de tipo asistencial.

Comienza el artículo precisando qué es una obligación subsidiaria. Y ello es así en virtud de que los obligados principales siguen siendo los progenitores del hijo, conforme lo dispone la regulación respecto a la responsabilidad parental: es obligación primaria de los progenitores proveer el sustento de sus hijos. Por lo tanto, no corresponderá hacer lugar a la oposición que pudiera formular un progenitor demandado por alimentos con fundamento en la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente del/a progenitor/a demandante.

Mientras se mantenga la convivencia —matrimonial o no— entre el/a progenitor/a y el/a progenitor/a afín, normalmente la contribución económica a los gastos del hogar es espontánea y difícilmente se plantee judicialmente el cumplimiento de esta obligación. Por ello, la subsidiaridad se encuentra más dirigida al otro progenitor, eventual demandado, que a aquel que convive con el progenitor afín. En principio, el quiebre de la convivencia —matrimonial o no— implica el cese de la obligación alimentaria, pues ya no se presentarán las características que justifican su imposición, como es compartir el día a día con el hijo.

Pero ello puede perjudicar al hijo. Con un fuerte criterio de realidad, el artículo en comentario incorpora una novedosa solución: si la interrupción de contribución económica del progenitor afín implica la posibilidad de ocasionar un grave daño al niño o adolescente, puede fijarse una cuota de carácter asistencial y limitada en el tiempo, es decir, transitoria, según el criterio judicial. Para ello, se deberán evaluar las condiciones de fortuna del progenitor afín, las necesidades del hijo y el tiempo de la convivencia.

Así, se combinan varios factores. Por un lado, el mantenimiento del estado de situación: si el/a progenitor/a afín ya estaba aportando durante la convivencia —que es su deber, conforme la primera parte—, y la interrupción de este aporte genera un daño grave, no un simple desmejoramiento en el nivel de vida del hijo sino una situación de cierta relevancia, la obligación alimentaria trasciende la interrupción de la convivencia. Por otra parte, una limitación temporal concreta a esta vigencia extendida de la obligación alimentaria, que justamente es transitoria a los fines de evitar situaciones abusivas. Luego, dejar en el ámbito de la discrecionalidad judicial el establecimiento del plazo de duración de esta obligación, ante el contenido eminentemente casuístico de la cuestión. Por último, se brindan pautas valorativas al juez, resaltando que una de ellas es el tiempo de duración de la convivencia, pues ciertamente es diferente convivir unos pocos años que varios.

Por último, resulta necesario interpretar en forma coordinada este deber alimentario con el deber de contribución específicamente regulado como disposición común a todos los regímenes patrimoniales del matrimonio, y por tanto a todo matrimonio (art. 455 CCyC), que incluye el sostenimiento de los hijos comunes y también de los hijos de las anteriores uniones de los cónyuges. También configura una obligación derivada de las uniones convivenciales, ante la remisión expresa que el art. 520 CCyC, aplicable como régimen primario a toda unión, hubieran celebrado o no pacto, hace al mencionado art. 455 CCyC Entonces, en virtud del matrimonio o unión convivencial de dos personas, estos asumen la obligación de sostener a los hijos comunes e individuales, guardando coherencia con la norma que se comenta que precisa en qué consiste tal obligación.

CAPÍTULO 8
Representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad

Consideraciones previas. La responsabilidad parental y cuestiones de contenido patrimonial

En los Capítulos 3, 4 y 5 de este Título ya comentados, el CCyC establece el contenido de tipo personal de la responsabilidad parental, sin perjuicio de la generalidad de las reglas del Capítulo 3, y el sentido y finalidad de toda la regulación en la materia. El Capítulo 8 está destinado a regular cuestiones de tipo patrimonial en el ejercicio de la responsabilidad parental, que comprende las relaciones entre ambos progenitores, y de ambos frente al hijo/a, y frente a terceros.

Como nota característica y general, se destaca el reconocimiento a la trascendencia del principio de la autonomía progresiva de los hijos/as, tanto respecto al modo en que sus progenitores ejercen por ellos/as sus derechos —representación— como así también en aquellas decisiones que involucran su patrimonio. Ello implica que las modificaciones son muchas e importantes y, una vez más, muestra la evidente adecuación del ordenamiento interno, en esta materia como en otras, a los postulados constitucionales y convencionales propios del derecho constitucional de familia.

Así, se señala en los "Fundamentos del Anteproyecto..." que, en la medida en que se consideren, los cambios introducidos a ese texto en el proceso legislativo de sanción del CCyC constituyen un importante material interpretativo. Específicamente, es posible señalar:

a. la presunción de que los/as hijos/as adolescentes cuentan con madurez suficiente para estar en juicio conjuntamente con sus progenitores y aun de manera autónoma;
b. la posibilidad de que un/a hijo/a adolescente pueda iniciar acción civil a pesar de la oposición de sus progenitores;
c. la facultad de los hijos menores de edad de reclamar contra sus progenitores por sus propios intereses, sin previa autorización judicial si cuentan con madurez suficiente;
d. la celebración de contratos por parte de los progenitores en nombre de los/as hijos/as, pero con su debida participación e información; y
e. la presunción de que los hijos mayores de 16 que ejercen oficio, profesión o industria están autorizados por sus progenitores para realizar válidamente actos relativos a esta labor.

ARTÍCULO 677.- ***Representación.*** *Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados.*

Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.

ARTÍCULO 678.- ***Oposición al juicio.*** *Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.*

1. Introducción

En estos dos artículos (sin perjuicio de variantes particulares en los siguientes), se regula el funcionamiento de la representación judicial por parte de los progenitores para la defensa de los derechos de sus hijos.

En efecto, una de las funciones que integran la responsabilidad parental es la representación en el ejercicio de los derechos de los hijos, en todos los ámbitos, modalidad que suple las dificultades propias de la etapa de desarrollo en la que se encuentran los niños y niñas implicarían para que tal ejercicio resulte adecuado a sus intereses. Así se dispone en los arts. 26; 101, inc b; y 646, inc f, CCyC. Justamente en consideración del principio de autonomía, la regulación general efectúa una primera gran distinción entre niño/as y adolescentes (25 CC); y el art. 26 CCyC impone otra diferenciación, según qué tipo de acto se trata. Es decir, un doble criterio de distinción (edad y tipo de derecho a ejercer) hace funcionar un sistema diferenciado.

A su vez, el Código Civil y Comercial, siguiendo en esto el mismo criterio del Código Civil, regula por separado: a) la representación general respecto a las personas menores de edad (tal como ya se señaló) y b) la representación en los procesos judiciales en que sea parte el hijo menor de edad. Este último aspecto es al que se refiere el artículo en análisis.

2. Interpretación

El CCyC establece un principio general: los progenitores pueden representar en juicio a sus hijos, sea como legitimados activos o pasivos. Claramente, se refiere a aquellos hijos menores de 18 años, porque es un aspecto específico de la responsabilidad parental. Pero el segundo párrafo del art. 677 CCyC establece una excepción, con la modalidad de la presunción legal: que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso en forma conjunta a sus progenitores, o autónoma, y con su propia asistencia letrada. Ello no es más que una aplicación directa de uno de los principios generales establecidos en el art. 639, inc. b, CCyC: "... *A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos*". Por lo tanto, ser niño, niña o adolescente tiene relevancia, también, en la representación procesal. Este tema requiere de algunas precisiones.

Dado el principio general de la primera parte del artículo y la única excepción dispuesta en la segunda parte, la pregunta es: ¿puede estar en juicio por sí, como actor o demandado, el hijo menor de 13 años? La respuesta es negativa, salvo un supuesto específico, aquel contemplado en el art. 679 CCyC.

Es necesario destacar que, si bien esta norma impide a los niños y niñas estar en juicio por sí como actores o demandados, no significa que no tengan participación alguna en el proceso, pues en varios y diferentes artículos el CCyC les reconoce a todos los niños el derecho a ser escuchados en el proceso, y que su opinión sea tenida en cuenta, y en supuestos especiales les autoriza a contar con su propio patrocinio letrado. Aun más: el art. 679 CCyC autoriza a los hijos menores de edad a reclamar a sus progenitores por sus propios intereses, sin necesidad de autorización judicial pero siempre y cuando cuenten con la edad, el grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Por lo tanto, los niños y niñas menores de 13 años, aunque no puedan estar en juicio como actores o demandados, no son invisibles o espectadores en los procesos judiciales en los cuales se debatan determinadas cuestiones que los atañen.

Pero, como el desarrollo evolutivo de las personas implica la adquisición de madurez y habilidades —principio de autonomía progresiva—, la representación que ejercen los progenitores de los hijos adolescentes —de 13 y hasta los 18 años y no emancipados, art. 27 CCyC— es de tipo eventual, ya que la segunda parte del art. 677 CCyC los autoriza a intervenir en forma directa, sea conjunta o autónoma, sin necesidad de análisis respecto a la suficiencia de su autonomía, ya que la misma reviste el carácter de presunción legal: para ser desvirtuada, requiere que quien pretenda hacerlo pruebe la insuficiente autonomía o madurez.

Respecto a los adolescentes, el cambio con el régimen anterior es evidente, pues el art. 286 CC preveía que los hijos menores de edad y mayores de 14 años —aquellos que integraban la casi contradictoria categoría de "menores adultos"— puedan estar en juicio sin autorización parental solo cuando fueran demandados criminalmente, o para reconocer hijos (se excluye la referencia a "*testar*" de aquella norma por no ser materia de la representación procesal que se está analizando).

Ninguna duda cabe que los adolescentes se encuentran autorizados para intervenir por sí en los procesos judiciales y con asistencia letrada propia. Es decir su propio abogado.

La aparición del abogado de niños, niñas y adolescentes en el escenario jurídico argentino, en forma contundente a partir de la ley 26.061, ha generado un interesante y fructífero debate en la doctrina y jurisprudencia, cuestión sobre la cual el nuevo CCyC asume una clara posición: en varios artículos se hace referencia al derecho a contar con asistencia técnica jurídica, distinguiéndolo del derecho de los niños, niñas y adolescentes a manifestar en forma directa sus opiniones y que las mismas sean tenidas en cuenta. En algunos artículos, expresamente, se reconoce este último derecho a todos los niños, niñas y adolescentes, y en otros se establece la obligatoriedad del patrocinio letrado fundamentalmente —pero no únicamente— cuando se trata de adolescentes en el ejercicio de sus derechos.

Las funciones del abogado que ejerza el patrocinio letrado del niño, niña o adolescente se relacionan con la asistencia técnica y jurídica que permita un adecuado ejercicio de defensa de los derechos de su cliente, con el mismo alcance —de mínima— que respecto a sus clientes adultos, tal como lo disponen las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad.

En este caso puntual, la persona adolescente que ejerza su derecho de intervención en los procesos judiciales, pues se trata de una facultad y no de una obligación, debe hacerlo, de forma obligatoria, con asistencia letrada, pudiendo elegir en forma directa a su abogado o solicitar la designación de un patrocinio letrado provisto por el Estado. Es decir, libremente decide si quiere intervenir o no, pero si opta por intervenir obligadamente debe hacerlo con patrocinio letrado, privado o público.

Pero, como ya se ha dicho, así como no es igual ser niño que adolescente, tampoco lo es ser adolescente que adulto: sobre los adolescentes continúa funcionando la responsabilidad parental. Por ello, el art. 678 CCyC otorga a los progenitores de un adolescente la facultad de oponerse a la decisión de este último de demandar civilmente a un tercero. Sin embargo, esta prerrogativa no implica, por sí, reconocer un mayor poder de decisión de los progenitores que del adolescente, pues la cuestión debe ser dirimida judicialmente y el juez puede rechazar la misma, autorizando así en forma expresa al adolescente.

La coordinación entre los dos artículos en comentario es sencilla: el art. 677 CCyC presume en abstracto que aquel adolescente que decida intervenir en un proceso cuenta

con autonomía suficiente para ello, con asistencia letrada. Y el art. 678 CCyC reconoce el derecho de los progenitores a manifestar su oposición a ello, en cierto modo desvirtuando la presunción legal del artículo anterior, pero esta oposición no es suficiente: el juez deberá decidir si es fundada o no, es decir, si efectivamente el adolescente en cuestión, y en concreto respecto al proceso que pretende iniciar, cuenta con suficiente autonomía y autorizarlo, o, por el contrario, hacer lugar a la oposición. En términos prácticos, los progenitores que se opongan a la decisión del hijo adolescente de entablar una demanda civil solo tendrán la posibilidad de presentarse judicialmente —incluso ante el juez que entienda en la ya iniciada por el adolescente— para ejercer su derecho a oposición.

Se invierte así el sistema del CC, en el cual era el hijo quien debía solicitar la venia judicial para suplir la necesaria autorización parental para entablar una acción civil contra terceros; mientras que en el nuevo sistema son los progenitores del hijo adolescente quienes deberán recurrir al ámbito judicial para que no se aplique la presunción legal del art. 677 CCyC.

Procesalmente, se impone la celebración de una audiencia, con intervención obligada de los oponentes, del Ministerio Público y, lógicamente, del adolescente, por aplicación de los principios generales tanto de la responsabilidad parental como de los procesos de familia —específicamente, art. 707 CCyC—. La decisión deberá fundarse en la valoración y justificación de los motivos de la oposición, el tipo de demanda civil que se trate, y el compromiso o satisfacción del interés superior del adolescente.

ARTÍCULO 679.- ***Juicio contra los progenitores.*** *El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.*

1. Introducción

Sin dudas se trata de un supuesto difícil: hijos menores de edad reclamando judicialmente a sus progenitores. Este artículo los autoriza, pero con algunas condiciones.

2. Interpretación

En primer lugar, se refiere a todos los hijos menores de edad, sin distinción, incluyendo así a aquellos hijos que no sean adolescentes, es decir, niños y niñas. Tal como se explicó al comentar el art. 677 CCyC, en principio, los niños y niñas no pueden ser actores o demandados por sí. Pero en este caso específico la norma los autoriza, ya que se trata de reclamos de sus propios intereses. Es decir, la imposibilidad de actuación como actores o demandados por sí mismos se limita a los procesos contra terceros, pero no cuando se trata de sus progenitores y se dan las siguientes condiciones: a) se trata del reclamo de sus propios intereses; b) cuentan con el grado de madurez suficiente y c) cuentan con asistencia letrada.

De este modo, se amplía la posibilidad de actuación judicial de los hijos ante la necesidad de reclamar por sus intereses a sus progenitores, aun cuando se trate justamente de ellos. No se trata necesariamente de un conflicto de intereses entre progenitores en su carácter de representantes y el hijo, en su condición de representado, cuestión que se resuelve con la designación de un tutor especial, conforme art. 109, inc. a, CCyC, sino de un reclamo del hijo frente a los progenitores, en protección de sus propios intereses.

Del texto del artículo en comentario surge claramente que no se exige autorización judicial previa, es decir, para iniciar el reclamo, pues están autorizados por la ley, pero sí es necesaria la evaluación de su situación, pues debe contar con *"edad y grado de madurez suficiente"*. Ello concuerda con el principio del art. 26 CCyC, que luego de fijar la regla del ejercicio de los derechos de la persona menor de edad por sus representantes, establece, no obstante, que el que cuenta "*con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí, todos los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada"*.

Este es uno de los supuestos en el cual se optó por un modelo legislativo de mayor flexibilidad, evitando la determinación de estamentos etarios fijos y basados solo en una circunstancia cronológica. Por el contrario, es función del juez determinar si en el caso concreto ese niño o niña cuenta con la edad y grado de madurez suficiente para decidir su actuación. Es importante señalar que aquello a valorar es el grado de madurez y no el éxito o fracaso de la acción a intentar. Indudablemente, deberá tomar contacto personal con el niño, en forma directa, sin intermediarios pero podrá contar con apoyo multidisciplinario (art. 706 CCyC).

Una vez más, es evidente el giro de la nueva regulación respecto del CC: durante su vigencia se requería de autorización judicial previa en aquellos supuestos en que los hijos demandaran a sus padres (art. 285 CC) y ello es consecuencia directa de la adecuación de la normativa civil a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño.

Como se adelantó, otro requisito es contar con patrocinio letrado, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público (art. 103 CCyC). Se trata del abogado del niño, niña o adolescente, que ya se analizó someramente al comentar el art. 677 CCyC —que trataba del abogado del adolescente—. El abogado podrá ser elegido libremente por el niño, niña o adolescente, sea del ámbito privado o público, ante la obligación del Estado de asegurar la posibilidad de ejercer este derecho, que en este caso es también una obligación, pues la carencia de patrocinio letrado impide ejercer el reclamo. Su función, se reitera, es brindar asesoramiento y asistencia técnica y legal a favor de los intereses de su cliente, diferenciándose así de la representación genérica del Ministerio Público e incluso del tutor especial, que para este caso no es indispensable (arts. 27 y 679 CCyC).

Sin intentar agotar un tema tan vasto como el de la figura del abogado del niño, en el marco del CC se instaló la discusión de si la capacidad negocial de los niños impedía la elección y designación de su propio abogado, pues carecen de capacidad suficiente para contratar los servicios profesionales de un abogado. Por otro lado, quienes interpretaban que el patrocinio letrado propio de los niños, niñas y adolescentes configuraba una garantía procesal, entendían que en todos los supuestos, y todos los niños, niñas o adolescentes, independientemente de su edad y grado de madurez, debían contar con su propio abogado.

En una posición más equilibrada y realista, el CCyC mantiene, en principio, la calificación de acto involuntario, es decir, sin discernimiento, para aquellos realizados por niños y niñas (art. 261, inc. c, CCyC), ve restringida su capacidad de contratación, y, simultáneamente, reconoce en forma expresa el derecho de los niños/as a nombrar un letrado propio —incluso, en algunos supuestos, lo exige—, siempre de acuerdo a su edad y grado de madurez. De allí entonces que, a través de la designación judicial o de la elección y nombramiento del propio interesado (siempre de acuerdo a su edad y grado de madurez), se puede dar cumplimiento a tal derecho y/o exigencia. Se trata

de un tema muy complejo que excede al comentario de este artículo, pues no solo se pone en debate el tipo de relación entre abogado y cliente, en términos contractuales, sino el grado de independencia del abogado —y por tanto de lealtad con su cliente niño— si sus honorarios son abonados por alguno de los progenitores, en un reclamo, por ejemplo, contra el otro.

A modo de ejemplo, se detallan algunos motivos de reclamos: alimentarios (legitimación expresamente concedida por el art. 661, inc. b, CCyC); por cuestiones relacionadas al contacto con alguno de los progenitores o parientes; para hacer cesar los malos tratos (prohibidos en forma expresa por el art. 647 CCyC) y/o para reclamar por las consecuencias que aquellos le podrían haber ocasionado; para solicitar las autorizaciones para la realización de actos que requieren el consentimiento expreso de ambos progenitores (645 CCyC), como así también aquellos reclamos relacionados a derechos de tipo extrapatrimonial de los que sean titulares.

ARTÍCULO 680.- ***Hijo adolescente en juicio.*** *El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos.*

1. Introducción

Si bien ya se expuso al analizar el art. 677 CCyC que se presume que el adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso, también se explicó que el art. 678 CCyC otorga a sus progenitores la facultad de oponerse a que el hijo demande civilmente a un tercero. Además, para todos los hijos que dirijan su reclamo contra sus progenitores, el art. 679 CCyC impone el control judicial de su grado de madurez.

Este artículo completa las posibles alternativas de actuación judicial del hijo adolescente, y especifica en qué tipos de procesos el adolescente puede ejercer plenamente por sí sus derechos, sin posibilidad de oposición parental ni ningún tipo de control judicial: cuando sea acusado criminalmente y para reconocer hijos.

2. Interpretación

Se sigue el mismo criterio del art. 286 CC en tanto preveía que los hijos menores de edad y mayores de 14 años —aquellos que integraban la casi contradictoria categoría de "menores adultos"— podían estar en juicio sin autorización parental solo cuando fueran demandados criminalmente o para reconocer hijos (se excluye la referencia a "*testar*" de aquella norma por no ser materia de la representación procesal que se está analizando).

La diferencia radica en la ampliación de supuestos que emana del juego interpretativo de los arts. 677, 678, 679 y 680 CCyC, los supuestos consignados en este último no son los únicos que no requieren autorización judicial previa, dada la presunción legal del art. 677 CCyC. En concreto, si los progenitores no ejercen su oposición o la misma es rechazada (art. 678 CCyC), o si el hijo, al reclamar a sus progenitores, cuenta con el grado de madurez suficiente (art. 679 CCyC), en todos esos casos no será necesaria la autorización judicial previa. En definitiva, los actos que pueden realizar los mayores de 13 años sin ninguna limitación ni autorización previa por parte de sus padres, y no son pasibles de oposición parental, ni necesitan autorización judicial ni están sometidos a control del juez son: comparecer en juicio penal y reconocer hijos.

Respecto a la actuación en procesos penales, se encuentra en juego el derecho de defensa en su máxima expresión y configura una esencial garantía judicial, tal como lo ha interpretado reiteradamente la Corte IDH, tanto en las sentencias como el emitir opiniones consultivas.(125) Ello impone la necesidad de participación personal y directa, que facilite un ejercicio real y concreto de tal defensa, sin requerir autorización de ningún tipo.

Respecto al reconocimiento de hijos, tratándose de un emplazamiento filiatorio voluntario y, como tal, generador de vínculos parentales, implica el ejercicio de un derecho personal del adolescente que no tolera limitaciones, máxime en el contexto del CCyC, que se ocupa de regular y otorgar un lugar específico a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad en forma directa por los progenitores adolescentes.

ARTÍCULO 681.- ***Contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años.*** *El hijo menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales.*

ARTÍCULO 682.- ***Contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años.*** *Los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento y de conformidad con los requisitos previstos en leyes especiales.*

ARTÍCULO 683.- ***Presunción de autorización para hijo mayor de dieciséis años.*** *Se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso debe cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil.*

Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo.

ARTÍCULO 684.- ***Contratos de escasa cuantía.*** *Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores.*

1. Introducción

Los arts. 681 a 684 CCyC regulan diversos aspectos de las alternativas contractuales para las personas menores de edad, con especial énfasis en el desarrollo de tareas de tipo laboral, pues ya no se trata sólo de un aspecto de la relación progenitores e hijos, sino que impacta también en las relaciones con terceros. Es decir, el desarrollo de la vida social de los hijos —aun cuando son personas menores de edad— que produce un entramado de relaciones y efectos jurídicos, y constituyen el objeto de regulación de estos artículos en comentario. De allí su agrupación.

(125) Corte IDH, "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala" (Fondo) 19/11/1999; "Caso Bulacio vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 18/09/2003; "Caso 'Instituto de Reeducación del Menor' vs. Paraguay" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 02/09/2004; Opinión Consultiva 17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28/08/2002.

2. Interpretación

En primer lugar, el art. 681 CCyC establece como principio general un límite preciso para el ejercicio del derecho a trabajar de las personas menores de edad, decidido por sí solos por las personas menores de edad, fijándolo en la edad de 16 años.

Se sigue así el mismo criterio que establecía el art. 275, segunda parte, CC respecto a la inconveniencia de que los niños, niñas o adolescentes trabajen, aunque en dicha norma se estipulaba que debían cumplir 18 años, es decir, alcanzar la mayoría de edad. Simultáneamente, la legislación laboral, específicamente la ley 26.390, impuso la prohibición absoluta de desempeño laboral, como medida de protección a la explotación infantil, a las personas menores de 16 años, y estableció condiciones especiales de admisión al empleo a partir de los 16 años. Es decir, para la franja de personas de entre 16 a 18 años, el desempeño laboral requiere cumplimentar requisitos particulares, entre ellos, la autorización parental.

La redacción del artículo en comentario, en virtud del principio de autonomía progresiva, refiere a la edad de 16 años, lo que funciona como un escalón más en la graduación del reconocimiento de ejercicio de los propios derechos (pues se mantiene el criterio en varios artículos del CCyC como, por ejemplo, el estructural art. 26 CCyC), y remite a otras disposiciones del Código o leyes especiales. Pero el tema no se agota aquí, siendo necesario contemplar las diversas alternativas previstas en los arts. 681, 682 y 683 CCyC.

En el esquema legal del CC, las posibilidades laborales de las personas menores de edad se estructuraban del siguiente modo: tal como se adelantó, por aplicación de la ley 26.390 —modificatoria de la ley 20.744—, las personas de 16 años pueden celebrar contratos de trabajo, pero con autorización de sus progenitores, autorización que se presume *"cuando el adolescente viva independientemente de ellos"* (art. 32 de la ley 20.744, t.o., modificado por ley 26.390). A su vez, se establece el mismo límite etario para reconocer facultades para estar en juicio laboral. Es decir, a partir de los 16 años se pueden celebrar contratos de trabajo válidos, con las especificaciones y recaudos impuestos por la ley laboral especial, entre ellas la autorización parental. Por su parte, el CC disponía que los hijos menores de edad (de 18 años) no podían ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres (art. 275 CC), salvo que hubiese obtenido título habilitante para ejercer una profesión (art. 128 CC) en cuyo caso, y tratándose de "menores adultos", se presumía la autorización parental para la celebración de todos los actos y contratos relacionados a su profesión (art. 283 CC) y se disponía la administración y libre disposición de los bienes que adquiriera con el producto de su trabajo (art. 128 CC), llamado en doctrina "peculio profesional", porción del patrimonio de los hijos excluido expresamente del usufructo parental (art. 287, inc. 1, CC), figura expresamente derogada por el CCyC tal como más adelante se comentará. Por último, se exigía el asentimiento de los hijos ("adultos") para la celebración que realicen sus padres de contratos de locación de sus servicios de sus hijos o para que aprendan algún oficio (art. 280 CC).

Si bien con modificaciones, el CCyC mantiene el esquema. El ejercicio de oficio, profesión o industria u otras obligaciones de las personas menores de 16 años requieren autorización de los progenitores, pero debe ser acorde a otras normas del nuevo texto civil y comercial y leyes complementarias o especiales. ¿Cuáles? El art. 30 CCyC, en tanto exime de tal autorización a aquellas personas menores de edad que hubiesen obtenido título habilitante para ejercer una profesión, autorización que se presume a partir de los 16 años (art. 683 CCyC), disponiendo, a su vez, la administración y libre disposición de los bienes que adquiera con el producto de su trabajo, porción del patrimonio de los hijos que expresamente se excluye de la administración otorgada a los progenitores (art. 686, inc. 1, CCyC).

El art. 30 CCyC mencionado expresamente dispone: *"La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella"*. Es decir, no establece límite etario alguno, cuestión que cuando aún era proyecto de ley, motivó la discusión respecto a su alcance. En efecto, en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2011, Comisión 1) se discutió si correspondía su interpretación amplia, aplicable a todas las personas menores de edad, o solo a aquellas que hubieren alcanzado los 16 años; primando la primera interpretación,[126] y es la que propone en este comentario.

El conflicto interpretativo es el siguiente: el art. 681 CCyC exige autorización para que los hijos menores de 16 años lleven adelante alguna actividad laboral, y efectúa remisión a otras normas. Entre ellas, el art. 30 CCyC, que autoriza a realizar tales actividades sin indicación de edad mínima y sin autorización parental en el caso que se cuente con profesión o título habilitante. Como se señaló, la interpretación integradora de estas dos normas generó dos posiciones:

a. las personas de menos de 16 años, que cuenten con título habilitante o profesión, pueden ejercer libremente y sin autorización de sus padres, la profesión a la que ese título los habilita, ya que la circunstancia de haber adquirido título habilitante evidencia un grado de madurez suficiente para decidir libremente, en aplicación del principio de autonomía progresiva;

b. las personas de menos de 16 años que deseen ejercer profesión, oficio o industria, en todos los casos, requieren de la autorización parental, aun cuando cuenten con título habilitante o profesión, priorizando la norma específica de regulación de la responsabilidad parental del especial del art. 681 CCyC.

La remisión expresa que efectúa la última parte del art. 681 CCyC, junto a los principios generales establecidos en el art. 639 CCyC, en especial el principio de autonomía progresiva del inc. b, justifican la primera interpretación sin que ello implique convalidar cualquier circunstancia que implique explotación laboral infantil (cuya protección impone el art. 32 CDN).

Respecto a qué debe entenderse por "título habilitante", no es intención de efectuar un análisis minucioso, pero es posible señalar que su interpretación genera ciertas complejidades. En efecto, no hay dificultad cuando se cuenta con un instrumento formal que acredite la adquisición de habilitación para ejercer una profesión (por ejemplo, médico, situación que sería realmente asombrosa para una persona menor de 16 años, pero no imposible) u oficio (por ejemplo, peluquero/a o enseñante de idiomas, o carpintero/a). Pero en ciertas actividades pareciera que las personas más jóvenes poseen mejores capacidades que las mayores, como por ejemplo el ámbito de la informática. Varios son los casos en que personas de incluso corta edad posean habilidades asombrosas, pasibles de generar importantes ingresos económicos, como el desarrollo de un *software* de gran utilidad diseñado por una persona de 14 años, o la creación de plataformas de redes sociales, sin necesidad de contar con título alguno. O aquellas personas que poseen talentos especiales, verdaderos fenómenos para el deporte o la actividad artística, transformándose

(126) Lavalle Cobo, Jorge, "La capacidad de los menores" en *La Ley*, suplemento actualidad, 24/11/2011.

en una importante profesión, aún sin título. Por último, el art. 681 CCyC también impone la exigencia de autorización parental para obligarse de cualquier otra manera, aunque no se trate específicamente de una actividad laboral, en protección de los efectos patrimoniales que pudieran generar.

El art. 682 CCyC, por su parte, sigue el criterio del derogado art. 280 CC e impide a los progenitores celebrar contratos de prestación de servicios de sus hijos adolescentes nin tampoco para que estos aprendan un oficio, sin contar con su conformidad. Es decir, los progenitores, en ejercicio de la representación de sus hijos, no pueden obligarlos frente terceros a realizar servicios o aprender oficios, si los hijos no lo quieren. El fundamento de esta limitación radica en el respeto a la dignidad y libertad del hijo/a, que impone tener en cuenta su propia voluntad —y no la de sus progenitores— de contraer compromisos con terceros que inciden directamente en su propia vida, su intimidad y su desarrollo personal.

Asimismo, debe coordinarse esta norma con aquellos requisitos exigidos por la normativa especial, fundamentalmente las normas laborales y, simultáneamente, toda ley especial debe contemplar esta prohibición expresa.

Con relación al art. 683 CCyC ya se explicó su incidencia en el tema. Establece la presunción de autorización parental en aquellos supuestos que el hijo mayor de 16 años ya ejerce algún empleo o profesión y para todos los actos y contratos de ello derivados. Pero es conveniente destacar que la determinación del tipo de presunción que establece ha generado posicionamientos doctrinarios entre aquellos que consideran que la misma es de carácter relativo y podrá por tanto ser cuestionada y quienes sostienen que se trata de una presunción legal, de tipo absoluto, que no admite cuestionamiento alguno. En vigencia del CC se interpretó mayoritariamente que es una presunción absoluta, siendo obviamente reforzada tal interpretación en el contexto del CCyC tantas veces señalado respecto al principio de autonomía progresiva y el derecho constitucional de familia.

Con relación a qué tipo de actos puede realizar, se trata de todos aquellos relacionados con la actividad laboral, profesional, comercial e industrial, como —por ejemplo— asociarse gremialmente, incorporarse a colegios profesionales o agrupaciones comerciales, ejercer todos los derechos que ello implique, o celebrar contratos de locación a los efectos de desarrollar su actividad. Y los efectos de tales actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración corresponde a los hijos.

De este modo, se garantiza a los progenitores que no deberán responder por las consecuencias del ejercicio de la actividad comercial o laboral de sus hijos, imponiéndose un límite a la garantía de los terceros que contraten con las personas menores de edad, pues solo podrán agredir el patrimonio de ellos.

Por último, es necesario destacar que toda cuestión relacionada al trabajo de las personas menores de edad debe cumplimentar con la normativa especial, fundamentalmente la laboral, por ejemplo la prohibición del trabajo nocturno o la fijación de una duración especial a la jornada laboral.

Para finalizar este comentario agrupado, el art. 684 CCyC introduce en la legislación argentina una presunción legal que ya la doctrina había elaborado: que aquellos "pequeños contratos", de escasa trascendencia económica realizados por los niños, niñas o adolescentes, cuentan con la conformidad de sus progenitores. Se suple así un vacío legal que responde al principio de realidad y al escaso impacto patrimonial que tales contratos produce.

ARTÍCULO 685.- *Administración de los bienes.* *La administración de los bienes del hijo es ejercida en común por los progenitores cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los progenitores.*

Esta disposición se aplica con independencia de que el cuidado sea unipersonal o compartido.

ARTÍCULO 686.- *Excepciones a la administración.* *Se exceptúan los siguientes bienes de la administración:*

a. *los adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por éste, aunque conviva con sus progenitores;*
b. *los heredados por el hijo por indignidad de sus progenitores; los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores.*

1. Introducción

A través de una serie de artículos —más específicamente, desde el art. 685 al art. 698—, el CCyC regula diversos aspectos relacionados a las funciones de administración ya asignada a los progenitores por el art. 646, inc. f, CCyC, que establece cuales son sus deberes. Sin dudas, esta es una función de claro contenido patrimonial, que requiere de pautas concretas para determinar quién, cómo, sobre qué, y qué consecuencias genera —entre las que se destaca la saludable derogación del usufructo paterno/materno del CC—, etc., ya que se trata de la gestión de un patrimonio ajeno: el de los hijos menores de edad.

2. Interpretación

El art. 685 CCyC sienta los principios generales respecto a quien ejerce esta función de administración de un patrimonio ajeno, y el art. 686 CCyC precisa las excepciones a tal principio. De allí que se analizan en forma conjunta.

Así, el primero de los artículos establece dos importantes principios: que la administración se encuentra a cargo de ambos progenitores; y que esta administración debe ser desarrollada en forma común, con el particular agregado "*cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental*".

Ello se corresponde tanto con el art. 646, inc. f, como con el art. 645, inc. e, CCyC estudiado, que exige como principio el consentimiento expreso de ambos progenitores para los actos de administración de los bienes de los hijos. Es decir, forma parte del contenido de la responsabilidad parental y deriva directamente de su titularidad.

Pero es necesario analizar la referencia de esta norma al ejercicio de la responsabilidad parental. Conforme lo analizado, el principio general impone el ejercicio conjunto (art. 641, incs. a, b, y e, CCyC —si hace al interés del hijo—, y art. 641 CCyC); y excepcionalmente unilateral (art. 641, inc. c, si uno de los progenitores está privado o suspendido del mismo, e inc. e —si ante la falta de reconocimiento espontáneo no es conveniente para el hijo el ejercicio conjunto—, CCyC). En las funciones de administración, nada incide cómo se hubiera decidido (por acuerdo o disposición judicial) respecto al cuidado personal del hijo.

Entonces, si bien limitados y excepcionales, es posible que se presenten casos en los cuales, si bien existen dos progenitores y se reconozca la titularidad de la responsabilidad parental a ambos, a uno de ellos no le corresponde su ejercicio (específicamente art. 641, inc. c —ante la suspensión del ejercicio—, y el inc. e, cuando resulta inconveniente el

conjunto). ¿Deriva la administración de la responsabilidad parental? ¿O proviene de su ejercicio, como pareciera indicar el art. 685?

Para resolver la cuestión es necesario hacer una interpretación integral del sistema, conforme expresamente lo ordena la última parte del art. 2° CCyC: *"La ley debe ser interpretada (…) de modo coherente con todo el ordenamiento"*, cuestión que, por supuesto, incluye la coherencia interna de las propias normas del CCyC.

Entonces, dado que, se reitera, el art. 646, inc. f, CCyC establece, entre los deberes de los progenitores, el de administrar el patrimonio de los hijos, y a su vez, el art. 645, inc. e, CCyC exige el consentimiento expreso de ambos progenitores para los actos de administración de los bienes de los hijos —salvo que se hubiera delegado la administración—, tales funciones de administración integran el contenido de la responsabilidad parental y derivan directamente de su titularidad, no de su ejercicio.

Pero resta una consideración indispensable. Los progenitores son los encargados y responsables de llevar adelante la gestión de los bienes de sus hijos menores de edad, en las condiciones y con las limitaciones que más adelante se detallan, y siempre teniendo en cuenta el mejor interés de los hijos. Es decir, aun considerando que la administración deriva de la titularidad de la responsabilidad parental y no de su ejercicio, el cual ya se señaló que solo en forma excepcional es unilateral, para que efectivamente sea posible ejercer las funciones de administración será necesario controlar si ello es conveniente al interés superior del hijo. En otras palabras, si en un hipotético caso un/a progenitor/a suspendido/a en el ejercicio de la responsabilidad parental, pretendiera efectivizar un acto de administración y ello contradice el interés superior del niño, no podrá realizarlo, aun cuando mantenga la titularidad de la responsabilidad parental.

Asimismo, el art. 685 CCyC establece que deben desarrollar esta función en forma conjunta, tanto respecto a los actos de administración común, como los conservatorios, pero para estos últimos se faculta su otorgamiento indistinto por cualquiera de ellos, bastando por tanto la voluntad de uno solo. La distinción de trato radica en las consecuencias de estos tipos de actos: mientras que los actos de administración, en principio, no alteran el patrimonio, tienen por finalidad no solo su conservación sino también su movilización; los conservatorios están destinados estrictamente a su preservación, fundamentalmente ante situaciones en las cuales de no realizar el acto, se correría el riesgo de una disminución patrimonial. Es por ello que este tipo de actos están exceptuados de la regla de actuación conjunta, pues es admitida su realización unilateral, por cualquiera de ellos.

Respecto a los actos de disposición, no solo deberán ser realizados en forma conjunta, sino que además requieren de la correspondiente autorización judicial, tal como se explicará más abajo (art. 692 CCyC) dado el impacto patrimonial que dichos actos pudieran provocar.

Como principio general, y siguiendo el mismo criterio del CC, el objeto de las funciones de administración asignadas a los progenitores lo constituye el universo de bienes que integran el patrimonio de los hijos menores de edad. Pero el art. 686 CCyC establece ciertas excepciones a dicho principio, precisando qué bienes están exceptuados de la administración parental.

La primera excepción (inc. a) corresponde a aquellos bienes adquiridos por el hijo en función de su trabajo, empleo, profesión o industria; reservados a su propia administración. No se establecen límites etarios y se relaciona con todo lo explicado respecto a las posibilidades de desempeñar tareas de tipo laboral y la edad. Pero es una consecuencia lógica que si el hijo, en función de su propia actividad laboral, genera bienes, le sea reservada su administración, sin injerencia de sus progenitores.

La segunda excepción (inc. b) se refiere a los bienes que ingresaron al patrimonio del hijo por herencia, en virtud de la indignidad de sus progenitores. Es decir, heredan en representación de sus padres (art. 2427 CCyC), a raíz de haber sido declarados indignos de suceder al causante. El CC también preveía la posibilidad de haber sido desheredados, figura eliminada en el CCyC, y por tanto también excluida en este inciso.

Ambas excepciones (incs. a y b) se fundamentan en el origen de adquisición de los bienes: en el esfuerzo del propio hijo o en la declaración de indignidad de los progenitores, que tornó aplicable la representación, ya que si la conducta de los progenitores provocó no ser dignos de recibir los bienes, tampoco lo son de ejercer su administración.

La tercera y última excepción (inc. c) radica en aquellos bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador excluyó expresamente la administración de los bienes. Se trata de aquellos bienes adquiridos a título gratuito por el hijo por decisión de terceros, y en forma condicionada: justamente que no sean sus administradores los progenitores. Como es una condición impuesta por un tercero —sea contractual, en el caso de la donación, o testamentaria, para los supuestos de herencia o legado—, forma parte del principio de autonomía de la voluntad de quien titularizaba los bienes, quien en definitiva impone esta exclusión de la administración parental.

Una pequeña aclaración. El texto legal reconoce esta excepción respecto a aquellos bienes que ingresan por herencia, legado o donación, en los tres casos condicionada por el donante o testador. Pero si la adquisición se produce por su derecho a la porción legítima, es decir, no se produce por voluntad del causante ni requiere de su voluntad, no es aplicable, pues la adquisición patrimonial se realiza independientemente de lo que hubiese querido el causante. Es decir, en puridad, el fundamento de la excepción radica en que la adquisición se produce en las condiciones impuestas por un tercero: el donante o testador.

ARTÍCULO 687.- ***Designación voluntaria de administrador.*** *Los progenitores pueden acordar que uno de ellos administre los bienes del hijo; en ese caso, el progenitor administrador necesita el consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también autorización judicial.*

ARTÍCULO 688.- ***Desacuerdos.*** *En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los progenitores puede recurrir al juez para que designe a uno de ellos o, en su defecto, a un tercero idóneo para ejercer la función.*

1. Introducción

Sentado ya que ambos progenitores ejercen en pie de igualdad las funciones de administración, en los arts. 687 y 688 CCyC se establecen las posibilidades que se les reconoce a los progenitores respecto al ejercicio de la función. En principio, ambos, en forma conjunta, pueden delegar su actuación en uno de ellos, y transformarla así en unilateral.

2. Interpretación

Se trata de un supuesto de excepción al ejercicio conjunto, derivado de la decisión de ambos progenitores, que ya el art. 294 CC preveía, que en el CCyC es expreso, y también reforzado por el art. 641, inc. b, CCyC, pues puede tratarse, justamente, de una de las modalidades posibles del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental. De esta forma, se

posibilita que uno solo de los progenitores pueda realizar por sí aquellos actos de administración que de otro modo requerirían la anuencia de ambos, otorgando mayor dinamismo a la gestión. No implica sanción alguna para el progenitor no administrador, pues deriva del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de ambos. Pero tal autonomía tiene un límite.

En efecto, la segunda parte del artículo impone la necesidad de consentimiento expreso de ambos para todos aquellos actos que, además, requieran autorización judicial. Y la justificación de esta restricción a la autonomía de la voluntad de los progenitores radica en la trascendencia que tales actos pudieran tener en el patrimonio de los hijos.

Un ejercicio funcional de la responsabilidad parental requiere de consenso y acuerdo entre los progenitores. Y también es necesario para la administración de los bienes de los hijos menores de edad.

Es por ello que el art. 688 CCyC dispone que ante los graves o persistentes desacuerdos entre los progenitores respecto a la administración, cualquiera de ellos puede recurrir al juez para obtener la designación unilateral o la de un tercero idóneo, para ejercer las funciones de administración.

En este supuesto, entonces, que uno de los progenitores no continué ejerciendo la administración no deriva de la autonomía de la voluntad, sino que funciona como sanción ante los graves o persistentes desacuerdos. Es otro caso de posible administración unilateral.

Si bien siempre es preferible la administración conjunta, un constante o grave desacuerdo impide una gestión eficiente y, por tanto, perjudica el patrimonio del hijo/a. Tal es el fundamento a esta excepción al principio de administración conjunta.. Pero el tipo de desacuerdo, según la norma, debe ser "*grave o persistente*". "*Grave*" en tanto no se trata de simples diferencias de criterio, las cuales en los supuestos en que los progenitores no compartan una vida en común son más que probables, sino que pongan en riesgo el correcto desenvolvimiento de la gestión. Y "*persistente*" se relaciona con la reiteración de la falta de consenso, que tal vez no sea de gravedad, pero sí de tal frecuencia que también ponga en riesgo patrimonial al hijo

¿Cuáles son las consecuencias si efectivamente se plantea el supuesto? Ante el planteo que realice cualquiera de los progenitores, el juez podrá designar a uno de ellos o a un tercero idóneo para que ejerza las funciones de administración. En esta última parte, el CCyC innova frente al anterior régimen, ya que el art. 294 CC, para el mismo supuesto, solo preveía la designación de uno de los progenitores. Pero teniendo en cuenta que se trata de uno de los deberes/derechos que integran la responsabilidad parental, la primera opción para el juez radica en los progenitores, y luego, en un tercero idóneo.

¿A cuál de los progenitores deberá designar el juez? Obviamente, a aquel que garantice un mejor desenvolvimiento de la función. Y si a criterio del juzgador ninguno de ellos evidencia condiciones para ello, entonces designará a un tercero idóneo. Claro está, siempre con la debida fundamentación argumental y no mediante simples preferencias o "pareceres".

Sin perjuicio de la ausencia de referencia en el texto del art. 688 CCyC, se ha sostenido que resultan procedentes otras opciones, además del tercero idóneo: podrá diferenciar los bienes designando administrado de algunos de ellos a uno de los progenitores y de otros al otro; o algunos a ambos progenitores y otros a un tercero idóneo; en suma ordenar una organización de gestión de los bienes que resulte adecuada al caso concreto y superadora de los inconvenientes y desacuerdos. La creatividad judicial —siempre debidamente fundada y justificada— es una importante herramienta para resolver conflictos

presentes y evitar futuros. Pero requiere de jueces activos, dinámicos y alejados de una actuación automática y burocrática. Así como el CCyC pretende colaborar en los problemas reales de las personas concretas, corresponde a los jueces —junto a los planteos de los abogados de las partes— completar el objetivo a través de su implementación.

ARTÍCULO 689.- ***Contratos prohibidos.*** *Los progenitores no pueden hacer contrato alguno con el hijo que está bajo su responsabilidad, excepto lo dispuesto para las donaciones sin cargo previstas en el artículo 1549.*

No pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros.

ARTÍCULO 690.- ***Contratos con terceros.*** *Los progenitores pueden celebrar contratos con terceros en nombre de su hijo en los límites de su administración. Deben informar al hijo que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente.*

ARTÍCULO 691.- ***Contratos de locación.*** *La locación de bienes del hijo realizada por los progenitores lleva implícita la condición de extinguirse cuando la responsabilidad parental concluya.*

ARTÍCULO 692.- ***Actos que necesitan autorización judicial.*** *Se necesita autorización judicial para disponer los bienes del hijo. Los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo.*

Fuentes y antecedentes: arts. 279 y 297 CC.

1. Introducción

Determinado ya quiénes administran y qué administran, corresponde analizar ahora cómo administran, cuando se trata del patrimonio de los hijos menores de edad. A lo largo de los cuatro artículos agrupados para su comentario, se establecen ciertas prohibiciones y autorizaciones, con mayores o menores exigencias, para el desenvolvimiento de la función de la administración del patrimonio de los hijos por parte de sus progenitores, que regulan tanto cuestiones que interesan a las relaciones entre progenitores e hijos, como así también frente a terceros.

2. Interpretación

2.1. En la contratación entre progenitores y sus hijos menores de edad

El art. 689 CCyC regula el primer ámbito de relaciones, es decir, entre progenitores y sus hijos menores, y establece una prohibición genérica de contratación entre ellos. En su redacción se combinan disposiciones que el CC ya contenía: la primera parte remite al art. 279 CC, y la segunda, al art. 297 CC.

Así, el primer párrafo establece, como principio general, la prohibición de contratación de los progenitores con los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental.

La finalidad de la norma es evitar conflictos de intereses que se pudieran generar en la contratación entre progenitores e hijos, dadas las funciones de representación y administración. Justamente, tal es el motivo que se establece la limitación de hijos que estén bajo su responsabilidad parental, pues una vez mayores de edad, aún por emancipación, ya no lo estarán y se torna inaplicable esta norma, cuestión que resuelve las discusiones doctrinarias que se generaron en el anterior régimen y respecto a los hijos emancipados.

¿A qué tipos de contrato se refiere esta prohibición genérica? En principio, a todos.

Pero el artículo en comentario incorpora una expresa excepción, referida a las donaciones sin cargo del art. 1549 CCyC. Este último establece que: "*Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si la donación del tercero o del representante es con cargo, se requiere autorización judicial*".

Entonces, si bien la donación es un contrato, que entraría en la categoría "*contrato alguno*" de la prohibición general, la excepción funciona para aquellos supuestos en que los progenitores (o terceros) donan a su hijo algún bien, y tal donación podrá ser en alguna de estas modalidades: a) sin cargo alguno, en cuyo caso su perfeccionamiento a través de la aceptación puede ser realizado por el propio progenitor, revistiendo la doble condición de donante–representante del hijo y administrador de sus bienes, y b) con cargo a sus hijos, para cuyo perfeccionamiento a través de la aceptación se requiere autorización judicial.

Resumiendo esta primera parte del art. 689 CCyC: el principio general es la prohibición genérica de contratación entre progenitores e hijos menores de edad. La excepción a este principio se limita al contrato de donación, que sí podrá ser celebrado entre progenitores e hijos menores de edad, en las condiciones impuestas. Tales condiciones dependen de la modalidad de la donación: a) sin cargo, en forma directa; y b) con cargo, autorización judicial. Por lo tanto, el contrato de donación entre padres e hijos menores de edad, es un contrato permitido entre progenitores e hijos menores de edad y se exige la autorización judicial solo si se trata de una donación con cargo.

Si bien la finalidad de la prohibición genérica es claramente la de proteger los intereses del hijo menor de edad, pueden presentarse supuestos que admitan la contratación entre los progenitores y los hijos menores de edad, pudiendo resultar beneficiosa para el patrimonio de estos. La donación es uno de ellos, conforme la excepción analizada (art. 689 por remisión al art. 1549 CCyC). Sin embargo, algunos autores plantean algunos supuestos que, por no estar expresamente prohibidos en la segunda parte de este artículo, y con autorización judicial, podrían considerarse también excepciones si son beneficiosos para el hijo. Por ejemplo, que uno de los progenitores pudiera celebrar un contrato de locación de un bien de su hijo menor de edad, cuyas condiciones son sometidas a control judicial, al igual que las donaciones con cargo, siempre que resulte beneficioso para el hijo y se ordene la rendición de cuentas del cumplimiento de las obligaciones de los progenitores en su doble condición de locatarios y administradores.

Para completar esta cuestión, algunos contratos son expresamente prohibidos, de tal manera que ni siquiera una autorización judicial podría justificar su celebración, tal como lo establece la segunda parte de este art. 689 CCyC. Se trata de una limitación absoluta a la capacidad de contratación entre progenitores y sus hijos: una verdadera incapacidad de derecho para los progenitores. Como tal, tampoco pueden ser realizados mediante interpósita persona (art. 1000 CCyC).

En caso de realizarse, la sanción prevista es la nulidad absoluta del contrato, pues no admite ninguna forma de subsanación. Y tratándose de una nulidad absoluta, puede ser requerida a instancia de parte, de cualquier interesado, del Ministerio Público o de oficio, sin mediar petición de parte si es manifiesta (art. 387 CCyC).

¿Cuáles son estos contratos prohibidos? En primer lugar, dado que se trata de una restricción a la capacidad jurídica, la enumeración de la segunda parte del artículo en comentario es taxativa, impidiendo su aplicación analógica a otros supuestos no previstos.

Así, los progenitores no pueden, en ningún caso ni en ninguna condición, comprar bienes de sus hijos; ser cesionarios de créditos, derechos o acciones contra los hijos; hacer partición privada con su hijo en la herencia del progenitor prefallecido ni en cualquier herencia en que ambos sean coherederos o colegatarios; ni obligar al hijo como su fiador o de terceros.

El texto legal es claro: no pueden comprar bienes de sus hijos. Es decir, por ningún modo. Porque si bien el art. 297 CC establecía específicamente que tal compra no podía realizarse ni *"en remate público"*, en la redacción actual se eliminó la referencia a cualquier modalidad de compra, pues la prohibición es a toda compra, en cualquiera de sus posibles formas.

Tampoco podrán ser cesionarios de créditos, derechos o acciones que titularicen sus hijos menores de edad, pues al contrato de cesión de derechos le son aplicables las normas sobre compraventa (art. 1614 CCyC).

Respecto a la prohibición de la partición privada con sus hijos, además del posible conflicto de intereses que podría generar, es consecuencia de la exigencia legal de partición judicial cuando algún heredero es una persona menor de edad (arts. 2369 y 2371, inc. c, CCyC).

Y, lógicamente, tampoco los progenitores pueden obligar a sus hijos a constituirse en fiadores de sus obligaciones —las de los progenitores—, pues fácilmente podrían perjudicarlos: solo con incumplir sus obligaciones contraídas como deudores principales, por aplicación de las normas relativas a la fianza (arts. 1574 a 1589 CCyC). Y tampoco pueden obligarlos a ser fiadores de terceros.

2.2. En la contratación de los progenitores administradores y terceros

Este aspecto del ejercicio de las funciones de la administración de los progenitores está regulado en los arts. 690 y 691 CCyC. Dentro de las atribuciones que hacen al desempeño del rol de administradores del patrimonio de sus hijos menores de edad, y a los fines del ejercicio de tal función, el art. 690 CCyC faculta a los progenitores para celebrar contratos con terceros, en nombre de su hijo y en los límites de tal administración, pues de lo contrario no será posible ni conservar ni lograr que el patrimonio administrado se beneficie, finalidades propias de toda administración.

Como el principio general es que la administración es celebrada en forma conjunta por ambos progenitores, los dos deben ser quienes celebren los contratos que fueran necesarios para el cumplimiento de su función, con los requisitos y condiciones impuestos por el ordenamiento jurídico para el contrato que se trate. En los casos excepcionales de administración unipersonal ya explicados, solo uno de los progenitores ejerce la administración y es quien en tal rol celebra el contrato.

Pero la última parte del artículo impone una obligación a los progenitores: informar al hijo que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente. Nuevamente, el principio de autonomía progresiva se hace presente incluso en el ámbito patrimonial, pues habitualmente

se relaciona el mismo a aquellas cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos personales. Se trata de una novedad respecto al régimen del art. 274 CC ya que, en aquel sistema, los hijos se mantenían completamente ajenos a la actividad que desarrollaban sus progenitores con el patrimonio de ellos.

¿Qué deberán informar? Todas aquellas condiciones respecto al contrato a celebrar, como ser objeto, contenido, alcance, efectos, ya que el hijo debe estar en conocimiento de la administración de su patrimonio, aunque tal administración sea realizada por sus progenitores.

Uno de los contratos que los progenitores pueden realizar, como administradores del patrimonio de sus hijos menores de edad con terceros, es el contrato de locación de bienes. Y como se trata de un contrato que se desarrolla en el tiempo, el art. 691 CCyC dispone que todos aquellos contratos de locación de bienes del hijo llevan implícita la condición de extinción cuando la responsabilidad concluya.

Para la celebración de estos contratos de locación de bienes no es exigida autorización judicial (como se explicará al comentar el art. 692 CCyC), y puede ser libremente celebrado por ambos progenitores, en ejercicio de la administración conjunta. Produce todos los efectos propios de cualquier contrato de locación, pero este artículo establece una particularidad en cuanto al plazo de duración. En efecto, si bien la regulación del contrato de locación de bienes fija las pautas aplicables en cuanto al plazo en los art. 1197 a 1199 CCyC, cuando se trate de locaciones de bienes de hijos menores de edad dicho plazo puede resultar modificado, ante la extinción del propio contrato que provoca la conclusión de la responsabilidad parental, por disposición expresa del art. 691 CCyC. Por último, siempre dentro de este esquema de relaciones entre los progenitores y terceros, el art. 692 CCyC establece que los actos de disposición de los bienes de los hijos requieren autorización judicial.

¿Qué actos de disposición? Todos, la exigencia impuesta es general: cualquier acto que implique una alteración del patrimonio del hijo debe ser autorizada judicialmente en forma previa. Así, los actos de disposición de los bienes de los hijos que los progenitores realicen con terceros son admitidos, con autorización judicial. En cambio, como ya se explicó, los actos de disposición de los bienes de los hijos realizados con los progenitores están prohibidos en forma absoluta, ni siquiera con autorización judicial (art. 689 CCyC).

La finalidad de la autorización judicial para estos actos de disposición a celebrar con terceros radica en la propia característica del acto, ya que implica una alteración patrimonial que podría perjudicar al hijo menor de edad, resultando necesario que sea el juez quien verifique la conveniencia para el hijo del acto a realizar.

A modo de ejemplo, requieren autorización judicial la disposición de bienes inmuebles y muebles, la constitución de derechos reales sobre bienes de los hijos, la transferencia de derechos reales de los hijos, la inversión o utilización de sumas de dinero de los hijos, etc.

La formulación del artículo no genera dudas: todos los actos de disposición, evitando la continuación de discusiones doctrinarias generadas para establecer el alcance del verbo "*enajenar*" del art. 297 CC.

Para finalizar, la última parte del art. 692 CCyC establece la sanción a aquellos actos que los progenitores hubieras realizado sin la exigida autorización judicial: pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo.

Como la autorización judicial es en beneficio del hijo, es decir, para valorar si el acto a realizar lo perjudica o no, la nulidad prevista es relativa, ya que si tal perjuicio no se produjo a pesar de no contar con autorización judicial, el acto puede ser convalidado. Esta es una diferencia con la nulidad absoluta correspondiente a los actos celebrados en violación de la prohibición absoluta del art. 689 CCyC, pues tales actos no admiten siquiera autorización judicial. Y como la sanción es una nulidad relativa, la acción puede ser entablada por el hijo menor de edad, si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, conforme lo establece de modo genérico el art. 679 CCyC, pero no está obligado a demandar. Por lo tanto, también puede reclamar la nulidad una vez adquirida la mayoría de edad.

ARTÍCULO 693.- ***Obligación de realizar inventario.*** *En los tres meses subsiguientes al fallecimiento de uno de los progenitores, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes de los cónyuges o de los convivientes, y determinarse en él los bienes que correspondan al hijo, bajo pena de una multa pecuniaria a ser fijada por el juez a solicitud de parte interesada.*

1. Introducción

Como se explicó más arriba, la administración de los bienes de los hijos corresponde a sus progenitores y se ejerce en forma conjunta. Por lo tanto, el fallecimiento de uno de ellos provoca obviamente el cese respecto al fallecido y la continuidad en cabeza del progenitor sobreviviente. Pero ello implica que aquella administración conjunta ha finalizado e inicia una nueva, ahora de carácter unilateral, pues el progenitor sobreviviente concentra la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental y todos sus deberes y derechos, entre ellos la administración de los bienes de los hijos. Así entonces, el art. 693 CCyC establece la obligación de confección inventario judicial de los bienes de los cónyuges o convivientes y del hijo, diferenciando unos y otros.

2. Interpretación

La muerte de uno de los progenitores, además del cese de la administración conjunta, también provoca la transmisión de bienes que titularizaba, debiendo quedar identificado qué bienes integran dicha transmisión a causa de muerte y se torna aplicable la normativa sucesoria.

Así, este art. 693 CCyC se relaciona con el art. 2371 CCyC que impone la obligatoriedad de la partición judicial sucesoria en los casos en que existan hijos menores de edad, y para su realización es exigida la confección de inventario y avalúo de los bienes (arts. 2341 a 2344 CCyC).

Por lo tanto, los bienes de titularidad de cada uno de los progenitores y los de titularidad del hijo son involucrados en este inventario, debiendo efectuarse la distinción de las diferentes integraciones patrimoniales para poder así evitar cualquier confusión patrimonial que pudiera perjudicar al hijo y dejar establecido tanto el haber transmisible por causa de muerte, como aquel que continuará sometido a la administración del progenitor sobreviviente. El artículo en comentario establece un plazo para la realización del inventario de todos los bienes, y lo fija en 3 meses siguientes al fallecimiento del progenitor.

La falta de cumplimiento de la obligación de inventariar provoca la sanción prevista en la norma, que consiste en una multa pecuniaria a establecer judicialmente y a solicitud de parte interesada.

Para su fijación, se deberá tener en cuenta las circunstancias de cada caso y solo procede a pedido de parte interesada, es decir, del hijo si cuenta con edad y grado de madurez suficiente (art. 679 CCyC); o del Ministerio Público en representación del hijo (art. 103 CCyC) o de cualquier otro interesado, acreditando tal interés. En este aspecto, se advierte una modificación respecto del art. 296 CC, que si bien también imponía la obligación de inventario, su sanción consistía en la pérdida del usufructo de los bienes del hijo, instituto eliminado en el CCyC.

ARTÍCULO 694.- ***Pérdida de la administración.*** *Los progenitores pierden la administración de los bienes del hijo cuando ella sea ruinosa, o se pruebe su ineptitud para administrarlos. El juez puede declarar la pérdida de la administración en los casos de concurso o quiebra del progenitor que administra los bienes del hijo.*

ARTÍCULO 695.- ***Administración y privación de responsabilidad parental.*** *Los progenitores pierden la administración de los bienes del hijo cuando son privados de la responsabilidad parental.*

ARTÍCULO 696.- ***Remoción de la administración.*** *Removido uno de los progenitores de la administración de los bienes, ésta corresponde al otro. Si ambos son removidos, el juez debe nombrar un tutor especial.*

1. Introducción

En estos tres artículos regulan cuáles son las causas que implican la pérdida de la administración que los progenitores realizan sobre el patrimonio de sus hijos menores de edad y cuáles son las consecuencias que ello provoca.

2. Interpretación

El art. 694 CCyC contempla aquellos supuestos en que la pérdida de la administración no se relaciona con la privación de la responsabilidad parental —circunstancia prevista en el art. 695 CCyC—, sino con el carácter perjudicial, efectivo o potencial, de la que se venía desarrollando. Su fundamento radica en la protección de los intereses del hijo menor de edad y no en una sanción a los progenitores y ya se preveían en el derogado art. 301 CC, aunque se mejora la redacción. En este art. 694 CCyC se establecen tres situaciones que provocan la pérdida de la administración:

a. que sea ruinosa;
b. que quien la ejerce es inepto para ello; y
c. que sea declarado el concurso o quiebra del progenitor que la ejerce.

La calificación de "*ruinosa*" implica que las actividades o actos realizados en ejercicio de la administración provoquen empobrecimiento, disminución o aniquilación del patrimonio del hijo. No resulta necesario que llegue a destruir el patrimonio, siendo suficiente que se trate de una disminución de tal magnitud que amenace con provocar la ruina del patrimonio del hijo.

La ineptitud de quien ejerce (en principio ambos) dicha administración puede derivar, tanto de las condiciones físicas o mentales de los progenitores como así también de su falta de conocimientos necesarios para un adecuado desempeño en, por ejemplo, patrimonios importantes o cuya gestión es de cierta complejidad.

La declaración judicial de concurso o quiebra puede provocar también la pérdida de la administración, si así lo decide el juez. Y para ello no se requiere intervención alguna de los acreedores, a diferencia del art. 301 CC, que establecía para este supuesto que los acreedores del concursado o fallido podían permitir la continuidad de la administración.

Se adelanta ya que la pérdida de la administración de uno de los progenitores, que es así removido de esta función, provoca que el otro asuma individualmente la misma. Y si ambos son removidos, el juez deberá designar un tutor especial a tales fines.

Por su parte, el art. 695 establece que uno de los efectos de la privación de la responsabilidad parental es la pérdida de la administración de los bienes de los hijos, al igual que el art. 307 CC.

Como la administración es uno de los deberes o derechos que integran el contenido de la responsabilidad parental, lógicamente ante la declaración judicial de privación (art. 700 CCyC) se agota esta faceta de la misma. Por el mismo motivo, si la responsabilidad parental es restituida (art. 701 CCyC), renace en todo su contenido, que incluye la administración de los bienes del hijo.

Por supuesto que debe tratarse de la privación de la responsabilidad parental respecto al hijo titular del patrimonio que se administra, porque aquella privación decretada en relación a otro hijo no comunica sus efectos a todos los hijos. Esto es, si A progenitor de B y C, y por tanto administrador de los bienes de ambos, es privado de la responsabilidad parental de B, pierde la administración de dicho patrimonio, pero continua ejerciendo plenamente la responsabilidad parental de C, entre cuyas funciones está la de la administración. Si bien es un supuesto bastante improbable, no imposible, máxime si B y C solo tienen a A como progenitor común, y comparten un vínculo filial (es decir, son hijos de A y diferentes personas).

Finalmente, y ya se adelantó, el art. 696 CCyC establece la solución ante la remoción de los progenitores en el ejercicio de la administración: removido uno, el otro asume unilateralmente la función, y removidos los dos, el juez deberá designar un tutor a tales fines (art. 109, inc. b, CCyC). El art. 696 CCyC es aplicable en todos los supuestos de remoción, o sea derivada tanto de las causales específicas del art. 694 CCyC como las del art. 695 CCyC.

Con relación al tutor especial, si bien el tema es comentado en el correspondiente artículo, se destaca que aquello que lo define es su singularidad, pues sus funciones están específicamente reducidas a la administración del patrimonio del hijo, sin interferir en el resto de las relaciones propias de la responsabilidad parental ni con una tutela general, pues en ambos supuestos es viable la coexistencia de progenitores o tutor con tutor especial designado a los fines de ejercer la administración del patrimonio del hijo.

Esta solución coincide con lo previsto por el art. 688 CCyC, pues ante los desacuerdos graves o persistentes entre los progenitores respecto a la administración, también se prevé la designación de un tutor especial.

ARTÍCULO 697.- ***Rentas.*** ***Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez.***

ARTÍCULO 698.- ***Utilización de las rentas.*** *Los progenitores pueden utilizar las rentas de los bienes del hijo sin autorización judicial pero con la obligación de rendir cuentas, cuando se trata de solventar los siguientes gastos:*

a. *de subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica;*
b. *de enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo;*
c. *de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo.*

1. Introducción

Entre las novedades que introduce el CCyC, y en evidente adecuación a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es importante destacar la derogación del usufructo de los bienes de los hijos que el CC otorgaba a los progenitores.

La cuestión ya había generado fuertes pronunciamientos en contra por parte de la doctrina y algunos fallos habían decretado la inconstitucionalidad de esta injustificada prerrogativa de los progenitores, a quienes se les concedía el goce y disfrute de los frutos que los bienes de los hijos produjeran.

En los "Fundamentos del Anteproyecto..." se consignó expresamente que el reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho de los niños, niñas y adolescentes imponía la solución propuesta, y por ello los frutos de los bienes de los hijos no debían ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que debían ser conservados y reservados para ellos. La doctrina autoral, elaborada durante la etapa de tramitación legislativa que culminó con la sanción del CCyC, apoyó la decisión de su eliminación. En este contexto, el art. 697 CCyC establece el principio general: las rentas de los bienes del hijo menor de edad le corresponden en forma exclusiva. De este modo, se equipara el trato legal a las rentas de bienes de una persona menor o mayor de edad.

2. Interpretación

Como el patrimonio de las personas menores de edad es administrado, en principio, por sus progenitores, la norma realiza necesarias precisiones.

En primer lugar, impone a los progenitores administradores la obligación de preservar las rentas y beneficios que produzcan los bienes de los hijos y evitar su confusión con sus propios patrimonios.

Pero también reconoce a los progenitores el derecho a disponer de tales rentas en forma condicionada: en principio, deben ser autorizados judicialmente y las razones de tal disposición deben ser en beneficio del hijo.

A su vez, la última parte del artículo dispone que los progenitores pueden rendir cuentas, a pedido del hijo, presumiéndose su madurez. Ello es reflejo directo de la obligación de preservación impuesta y, sin perjuicio de la autorización judicial que les fuera otorgada, los hijos tienen el derecho de solicitar que sus padres rindan cuentas del destino de los beneficios obtenidos, es decir, de las rentas de sus bienes. Para ello, se establece una presunción legal respecto a su madurez, sin estar condicionada a edad alguna (en concordancia con la solución genérica del art. 679 CCyC), que para ser desvirtuada requiere de la pertinente prueba.

Sentado el principio general respecto al uso de las rentas —no a su titularidad, que siempre corresponde al hijo—, el art. 698 CCyC establece las excepciones, es decir, aquellos casos en los cuales los progenitores que ejercen la administración de los bienes de sus hijos están facultados legalmente para utilizar las rentas que producen sin necesidad de recurrir a la autorización judicial. Es decir, se otorga una autorización legal en los específicos supuestos que establece, a modo excepcional.

La característica común de los tres supuestos previstos es que siempre su destino es para solventar gastos, de distintos tipos, pero tal es la finalidad. Y, por otra parte, a pesar de no ser necesaria la autorización judicial previa, se impone, para todos los casos, la obligación de rendir cuentas.

Así, dispone la norma que "*los progenitores pueden utilizar las rentas de los bienes del hijo sin autorización previa pero con la obligación de rendir cuentas, cuando se trata de solventar los siguientes gastos: a) de subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad a su cargo debido a su incapacidad o dificultad económica; b) de enfermedad del hijo o de la persona que haya instituido heredero al hijo; c) de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo*".

Respecto a los gastos de subsistencia y educación del propio hijo, estas erogaciones configuran el contenido de la obligación alimentaria de los progenitores por su condición de tales (arts. 658 a 670 CCyC) y, por lo tanto, corresponde su cumplimiento con sus patrimonios. Pero este es un supuesto que excepcionalmente prevé la ley, pues dicha obligación se cumple con rentas de los bienes del propio beneficiario, es decir, es el hijo quien está dando cumplimiento a la obligación de los progenitores de satisfacer los gastos derivados de su subsistencia. Por eso es que la previsión legal impone como requisito que los progenitores se encuentren en una situación de incapacidad o dificultad económica para afrontar esta obligación. En definitiva, se trata de un supuesto muy específico en el cual el patrimonio del hijo administrado por sus progenitores produce rentas, pero los propios progenitores padecen de dificultades económicas de tal magnitud que no están en condiciones de dar cumplimiento a su obligación de proveer lo necesario para la subsistencia y educación del hijo. En tal caso, están autorizados por la ley para utilizar las rentas del hijo con dicho destino. Y luego deberán rendir cuentas de los actos realizados.

El segundo supuesto agrega también los gastos de enfermedad del hijo e incorpora los gastos de enfermedad de quien hubiera instituido al hijo como heredero. Respecto a los gastos de enfermedad del hijo, se remite a lo ya expuesto respecto al resto de las obligaciones alimentarias, aunque si bien no se especifica que los progenitores no puedan asumir por sí tal obligación, es aplicable dado el contenido alimentario de los gastos que provoque la atención de la salud integral (física o psíquica) del hijo.

Con relación a aquellos gastos que genere el cuidado de la salud de la persona que hubiera instituido heredero al hijo es necesaria una pequeña precisión. Tal institución hereditaria adquirirá vigencia ante el fallecimiento de quien la hubiera realizado, pues hasta ese momento cuenta con la facultad de revocar la institución. Por lo tanto, los gastos de salud a los que se refiere el inciso son aquellos que se hubieran devengado para atender la enfermedad en vida del causante.

Por último, se autoriza al uso de las rentas del hijo sin autorización judicial para afrontar los gastos que genere la conservación del capital, pero devengado durante la minoridad del hijo. Esto se refiere a los meros actos conservatorios, que el art. 685 CCyC autoriza realizar a cualquiera de los progenitores en forma indistinta, y que resultan necesarios para una

correcta preservación del patrimonio de los hijos. En cualquiera de estos tres supuestos, reiteramos, los progenitores pueden disponer de las rentas de los bienes de los hijos sin autorización judicial, pero, dispone el artículo en comentario, deberán realizar la correspondiente rendición de cuentas de ello.

Esta rendición de cuentas se diferencia de aquella que surge del art. 697 CCyC. En efecto, en dicho artículo se establece que los progenitores pueden rendir cuentas, a pedido del hijo, pero se trata de actos de disposición de rentas autorizados judicialmente. En cambio, los supuestos del art. 698 CCyC están autorizados legalmente, sin necesidad de contar con anuencia judicial previa. De allí que, en tales casos, están obligados a rendir cuentas.

CAPÍTULO 9

Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental

ARTÍCULO 699.- ***Extinción de la titularidad.*** *La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por:*

a. *muerte del progenitor o del hijo;*
b. *profesión del progenitor en instituto monástico;*
c. *alcanzar el hijo la mayoría de edad;*
d. *emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644;*
e. *adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente.*

ARTÍCULO 700.- ***Privación.*** *Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:*

a. *ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata;*
b. *abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero;*
c. *poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo;*
d. *haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.*

En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo.

ARTÍCULO 701.- ***Rehabilitación.*** *La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo.*

1. Introducción

Este último Capítulo del Título VII se destina a regular las diferentes alternativas que implican la finalización o suspensión de la responsabilidad parental y su ejercicio. Es necesario distinguir entre la extinción, la declaración de privación de responsabilidad parental y la

suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, pues sus causas de procedencia, requisitos y efectos son diferentes. Se analizarán, entonces, y en primer lugar, las cuestiones relacionadas con la extinción y privación de la responsabilidad parental, agrupando así en un único comentario los arts. 699, 700 y 701 CCyC.

2. Interpretación

El art. 699 CCyC establece cuáles son los supuestos que provocan la extinción de la responsabilidad parental. La característica común de todos ellos es que se trata de circunstancias objetivas en las cuales no tiene incidencia alguna el comportamiento de los mismos y no configuran sanción alguna. A su vez, operan de pleno derecho y su enumeración es de carácter taxativa, por lo que no corresponde extender este efecto extintivo a otros supuestos no contemplados.

En primer lugar, la muerte de cualquiera de los dos extremos de esta relación provoca su extinción. Es decir, que el fallecimiento del progenitor extingue la responsabilidad parental que titularizaba respecto a su hijo menor de edad, pero no afecta la correspondiente al otro/a progenitor/a. Y la muerte del hijo extingue toda responsabilidad parental, involucrando a ambos progenitores.

Luego, la profesión del progenitor en instituto monástico también provoca este efecto extintivo. Se mantiene así este supuesto que ya contemplaba el art. 306 CC y cuya fundamentación radica en que las especiales condiciones y características de la vida monástica son incompatibles con un adecuado ejercicio de la responsabilidad parental. Se destaca que se derogó, como causal de extinción, que fuera el hijo quien ingrese a una orden monástica, pues la responsabilidad parental es en su beneficio.

En tercer lugar, la circunstancia de adquirir la mayoría de edad implica una causa de cese de esta institución cuyo fundamento es brindar protección, favorecer el desarrollo y la formación integral del hijo mientras sea menor de edad, conforme expresamente se establece al conceptualizar a la responsabilidad parental (art. 468 CCyC). Opera de pleno derecho y sin perjuicio de las condiciones personales del hijo, es decir, incluso si padece algún inconveniente relacionado con su salud mental, en cuyo caso se tornan aplicables los arts. 31 a 47 CCyC.

La mayoría de edad se adquiere a los 18 años (art. 25 CCyC). Se recuerda que, sin perjuicio de esta extinción automática, la obligación alimentaria se extiende en beneficio de los hijos mayores de 18 años, como máximo, hasta los 25, y que si bien no se asienta estrictamente en la responsabilidad parental, se trata de un especial supuesto legal previsto como extensión de la misma (arts. 658 y 663 CCyC).

A su vez, produce el cese la emancipación que excepcionalmente habilita la nueva regulación, que solo puede tener lugar en el supuesto del matrimonio del hijo menor de 18 años celebrado con autorización judicial (art. 27 CCyC). Esta emancipación mantiene sus efectos extintivos, aunque el vínculo matrimonial se disuelva por divorcio o se produzca el fallecimiento del cónyuge del emancipado incluso antes de que alcance la mayoría de edad. Es decir, una vez contraído el matrimonio, el efecto extintivo de la responsabilidad parental se mantiene independientemente de lo que acontezca con el mismo. Pero a pesar de cesar la responsabilidad parental por emancipación, los progenitores mantienen ciertas facultades, como por ejemplo respecto al ejercicio de la responsabilidad parental que los hijos emancipados realicen respecto a sus propios hijos (art. 644 CCyC).

Por último, la adopción del hijo por un tercero implica, en principio, la extinción de la responsabilidad parental, pues justamente uno de los efectos propios de la adopción es la transferencia de la responsabilidad parental del progenitor biológico al adoptante. El procedimiento de la adopción exige del dictado de una sentencia judicial, por lo tanto, es este el momento en que se produce el cese y no antes, aunque uno de los pasos procesales previos, como la declaración de situación de adoptabilidad (art. 607 CCyC), implica un supuesto de privación de la responsabilidad parental (art. 700, inc. d, CCyC), pero no su extinción.

Pero como la sentencia de adopción puede ser revocada (solo si se trata de una adopción de tipo simple, art. 629 CCyC, y la expresa disposición respecto a la irrevocabilidad de la plena, art. 624 CCyC), o ser declarada su nulidad, el inciso e) prevé que, en tales supuestos, puede ser restituida la responsabilidad parental extinguida.

Y se deja aclarado que una excepción a este efecto extintivo es el de la adopción de integración, mediante la cual se adopta al hijo del cónyuge o conviviente (art. 620 CCyC). Por lo tanto no se produce emplazamiento filiatorio de los dos vínculos, sino solo de uno y el progenitor continúa ejerciendo la responsabilidad parental de su hijo, y también su cónyuge o conviviente, en virtud de la sentencia de adopción.

Estos y solo estos son los supuestos previstos por el CCyC como causas de extinción de la responsabilidad parental. Por su parte, el art. 700 CCyC establece aquellos que implican la privación de la responsabilidad parental. A diferencia de la extinción, que opera de pleno derecho, la privación requiere de una sentencia judicial que expresamente la declare, y desde el dictado de la sentencia produce efectos. La única excepción es en el caso de que se hubiera declarado el estado de adoptabilidad del hijo (art. 700, inc. d, CCyC). Operan como sanción a los progenitores, cuyas conductas motivan la declaración judicial de privación, pero a pesar de ello para su dictado se debe tener en cuenta si es una decisión que hace al mejor interés del hijo, ya que de lo contrario también se estaría sancionado al hijo.

Y justamente como su fundamento último radica en el interés del hijo, la privación de la responsabilidad parental no es definitiva ya que es admitida su rehabilitación, conforme se analizará al comentar el siguiente art. 701 CCyC.

Dada la gravedad de las consecuencias de la privación, la enumeración de casos que la tornan procedente es taxativa.

En primer lugar, queda privado de la responsabilidad parental el progenitor que fuera condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trate. Se trata, evidentemente, de una conducta del progenitor cuya gravedad en perjuicio del hijo justifica la procedencia de la sanción. Difícilmente se presenten razones válidas que justifiquen, en interés del hijo, mantener la responsabilidad parental. Ahora bien, se trata de conductas delictivas del progenitor respecto al hijo o sus bienes, y no refiere a aquellos casos en que el progenitor hubiera delinquido con el hijo, supuesto que preveía el art. 308 CC. Entonces, este supuesto se configura ante las siguientes circunstancias: a) que se dicte una sentencia penal condenatoria al progenitor; b) que la víctima del delito cometido por el progenitor sea el hijo menor de edad o sobre sus bienes; c) que el progenitor hubiera actuado en alguno de los roles previstos en la norma y d) que se trate de un delito doloso, es decir, se excluyen aquellos culposos y los preterintencionales, se sanciona la voluntad de delinquir en contra del hijo menor de edad.

En segundo lugar, el art. 700, inc. b, CCyC prevé el supuesto de abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aunque hubiera sido dejado bajo el cuidado del otro progenitor o un tercero. Se trata del supuesto que con mayor frecuencia se utilizó en los tribunales, pues también lo establecía el art. 308 CC. Su fundamento radica en la ostensible conducta desinteresada, despreocupada y negligente del progenitor, a quien poco le importa el destino de su hijo. Asimismo, se ha interpretado que el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar configura una modalidad de esta conducta abandónica, y queda englobada en el abandono establecido en este inciso b).

El art. 700, inc. c, CCyC dispone también la privación ante la conducta del progenitor que pone en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo menor de edad. Este es el supuesto más amplio, que puede comprender varias conductas. Pero tratándose de una privación que también afecta al hijo, es imprescindible que se constate la existencia de un perjuicio real o eventual; no se trata de meras especulaciones. Puede derivar de un solo hecho, no importa la repetición de la conducta. Lo relevante es que efectivamente sea de tal naturaleza que provoque o pueda provocar un peligro cierto para el hijo, sin que importe si el progenitor actuó con esa intención o no. El fundamento radica en el peligro al que fue expuesto el hijo, no en los motivos de ello.

Por último, también funciona como causal de privación la declaración judicial en situación de adoptabilidad del hijo, otra de las importantes novedades del CCyC. Esta declaración implica que en el respectivo proceso se meritó la conveniencia de mantener los vínculos del hijo con alguno de sus progenitores biológicos y, previo cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la normativa específica, se decidió que el hijo se encontraba en situación de ser adoptado. Se trata de un paso previo y necesario al dictado de la sentencia de adopción y cuyo análisis fue realizado en los artículos correspondientes. Pero se destaca que el art. 610 CCyC dispone la equivalencia entre la sentencia de privación de la responsabilidad parental con la sentencia que declare el estado de adoptabilidad.

Para finalizar, el art. 701 CCyC establece la posibilidad de dejar sin efecto la sentencia que declaró la privación de la responsabilidad parental, tal como ya se adelantó. Ello implica su rehabilitación. Sin embargo, solo será posible si los progenitores, o uno de ellos, demuestran que tal restitución se justifica en beneficio e interés del hijo. El mismo criterio seguía el CC, que había ya abandonado el criterio de sanción definitiva que anteriormente regía. Es decir, la privación de la responsabilidad parental sigue siendo, en el CCyC potencialmente transitoria. Requiere de tramitación judicial y debe demostrarse que la restitución beneficia al hijo, principal destinatario de las funciones propias de la responsabilidad parental. En dicha tramitación judicial debe citarse al otro progenitor, debe intervenir el Ministerio Público y debe garantizarse la participación del propio hijo a través del ejercicio de su derecho a ser oído (art. 26 CCyC) en forma directa o con asistencia letrada (art. 679 CCyC).

¿Cuáles son las consecuencias de la privación de la responsabilidad parental?

En principio, no extingue a la responsabilidad parental, pues conforme ya se manifestó es admitida la posibilidad de que la sentencia que dispone la privación sea dejada sin efectos, produciéndose la rehabilitación. Se reitera que, ante la gravedad de las conductas que la configuran, solo puede ser justificada la rehabilitación si ello es en beneficio e interés del hijo (art. 701 CCyC).

La privación de la responsabilidad parental afecta a la titularidad y, por ende, el ejercicio. De allí que el art. 703 CCyC dispone que, ante su dictado, el otro progenitor continúa

en el ejercicio unilateral de la misma. Y si no lo hubiera, deberá recurrirse a la tutela o adopción del hijo, según los casos y siempre en beneficio e interés del niño, niña o adolescente. Asimismo, expresamente se establece que su dictado no interrumpe ni altera la obligación alimentaria, que subsiste (art. 704 CCyC).

ARTÍCULO 702.- ***Suspensión del ejercicio.*** *El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:*

a. *la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento;*
b. *el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años;*
c. *la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio;*
d. *la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.*

ARTÍCULO 703.- ***Casos de privación o suspensión de ejercicio.*** *Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente.*

ARTÍCULO 704.- ***Subsistencia del deber alimentario.*** *Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.*

1. Introducción

A diferencia de la privación, la suspensión de la responsabilidad parental provoca una limitación a su normal desarrollo. Como se explicará, sus causas no son subjetivas —aunque una de ellas pudiera serlo—, y no implican un juicio de reproche respecto a las conductas desplegadas por los progenitores. Se trata de una figura legal diseñada para resolver el impacto que ciertas situaciones fácticas provocan en el ejercicio de la responsabilidad parental. En definitiva, así como la extinción y la privación hacen a la titularidad de la responsabilidad parental, la suspensión se relaciona con su ejercicio. Un ya lejano fallo jurisprudencial fue muy gráfico en la distinción: "*el ejercicio de la patria potestad es lo único que se puede suspender, mientras que a la patria potestad se la puede privar o bien suspender*".[127] Como se enunció, es una decisión judicial de carácter no sancionatorio y, en principio, transitorio, cuya finalidad es brindar una adecuada protección a las personas menores de edad.

2. Interpretación

Las causas de suspensión están establecidas en el art. 702 CCyC, en cuatro incisos. Los tres primeros prevén situaciones estrictamente objetivas, pero el último inciso establece un supuesto en el cual la conducta de los progenitores tiene incidencia, de allí que no se trata de una hipótesis completamente objetiva.

Una de las situaciones que suspenden el ejercicio de la responsabilidad parental es la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento prevista en el inciso a). Como

(127) Trib. Coleg. Flia. 5a Nom., Rosario, "Ch., de E., P. B. A. c/ H., M. M.", 29/03/1989, *ED*, 141-591.

ya se explicó, la muerte de alguno de los progenitores provoca la extinción de la responsabilidad parental que titularizaba. Sin embargo, si bien la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento se asemeja a la muerte, obviamente no tiene tal grado de conclusión, configurándose así en causa de suspensión de su ejercicio.

Por lo tanto, en aquellos casos que, por configurarse los supuestos que lo habilitan (arts. 85 y 86 CCyC), se dicte una sentencia declarando la ausencia con presunción de fallecimiento, uno de sus efectos es la suspensión del ejercicio de la misma. Ciertamente, quien se presume que falleció no puede ejercer las funciones correspondientes a la responsabilidad parental. Es así una consecuencia de pleno derecho, por el dictado de la sentencia que declare la presunción.

El inciso b) establece que también se suspende el ejercicio de la responsabilidad parental durante el tiempo que dure la condena a reclusión o prisión, cuando sea por más de tres años. A esta solución también refería el art. 308 CC, y su fundamento radicaría en la imposibilidad fáctica que implica para las personas que están viviendo en una unidad carcelaria, condenadas a reclusión o prisión, por más de tres años. Sin embargo, las posiciones en doctrina no son pacíficas al respecto, y es posible señalar un importante desarrollo en el estudio de la situación de bebés cuyas progenitoras se encuentran privadas de la libertad. Es una consecuencia que se produce de pleno derecho, pero solo ante una sentencia condenatoria y firme, a pena de reclusión o prisión y por más de tres años. Debe reunir todas esas condiciones, por lo tanto no funciona, por ejemplo, ante prisiones preventivas, sentencias condenatorias recurridas, si la pena impuesta es inferior al límite legal.

Por su parte, el dictado de una sentencia que limite la capacidad del progenitor/a por razones graves de salud mental que le impidan su ejercicio, también provoca la suspensión que se analiza. Se fundamenta en la imposibilidad que generan los problemas graves de salud mental para ejercer funcionalmente la responsabilidad parental y, en beneficio del niño, niña o adolescente, es conveniente que se suspenda el ejercicio para que otra persona lo asuma. Sin embargo, esta cuestión debe analizarse en el marco de la regulación establecida en los arts. 31 a 47 CCyC, ya que se diseñó un esquema en el cual, entre otras cosas, las restricciones a la capacidad se gradúan a la situación específica de cada caso, y el art. 38 CCyC impone al juez la obligación de establecer específicamente en su sentencia la extensión y alcance de la restricción a la capacidad y especificar las funciones y actos que se limitan, entre ellas, las atinentes a la responsabilidad parental.

El CC, reformado como consecuencia del impacto de los tratados de derechos humanos relacionados a las personas con padecimientos en su salud mental, había modificado la vetusta regulación respecto a los "insanos", y en virtud de ello se había incorporado el art. 152 ter que imponía esta misma obligación judicial de adecuación de las restricciones a cada caso concreto, atento el carácter limitativo sobre la capacidad.

El último inciso contempla el supuesto en que el hijo convive con un tercero y separado de sus progenitores por razones graves, conforme la legislación especial. Es decir, se refiere a aquellas situaciones en las cuales la falta de convivencia de los progenitores con sus hijos dificulta o impide un normal desarrollo de la responsabilidad parental. Pero no se trata de una simple falta de convivencia cualquiera, pues podría provenir de una simple, transitoria y casi intrascendente decisión de los progenitores —por ejemplo, por irse de viaje y que el niño permanezca con sus abuelos—, o de la delegación prevista en el art. 643 CCyC, supuesto que no implica privación de la responsabilidad parental pero que altera su ejercicio. El art. 702, inc. d, CCyC se

relaciona con el sistema de protección y promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes y debe ser analizado en tal contexto.

El CC, de acuerdo con la doctrina tutelar como marco ideológico conceptual de abordaje a los problemas de la niñez, disponía como causal de suspensión que los padres hubieran "entregado" a sus hijos a un establecimiento de protección de menores —lenguaje que evidencia el trato brindado a los hijos, más cercanos a un objeto que a un sujeto—, y allí podían permanecer los niños, por largos periodos de tiempo, hasta que fueran adoptados o simplemente alcanzaran la mayoría de edad, circunstancia que implicaba quedar literalmente en la calle.

No corresponde aquí efectuar un análisis pormenorizado (con sus luces y sombras) del actual sistema de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, vigente desde la ley nacional 26.061 y replicado en diversas legislaciones provinciales, ni tampoco de las dificultades que genera su implementación, principalmente por el evidente desinterés de quienes deciden cuestiones tan sensibles como el reparto de fondos y su ejecución. Pero sí es importante tener en cuenta que el art. 702, inc. d, CCyC guarda estrecha relación con aquel sistema de protección de derechos.

Asimismo, es necesario destacar que, conforme se analizó al comentar el art. 657 CCyC, el otorgamiento de la guarda judicial de un niño, niña o adolescente a un tercero no importa automáticamente privación ni suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

¿Cuáles son las consecuencias del dictado de una sentencia que ordena la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental? Como ya se adelantó, el art. 703 CCyC establece que si uno de los progenitores es privado o suspendido en el ejercicio de la responsabilidad, el otro asume plenamente su ejercicio. Obviamente, unilateral. Pero si se resuelve la privación o suspensión respecto a los dos progenitores, o incluso en el caso en que se trata de un solo progenitor, privado o suspendido, se debe recurrir a la tutela o a la adopción para brindar la adecuada protección que el hijo/a requiera. La conveniencia de una u otra figura dependerá de las circunstancias particulares de cada caso y deberá cumplimentarse con los requisitos exigidos en los respectivos artículos, tal como ya se explicó.

Para terminar, también ya se adelantó que la decisión de privar o suspender a los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental no implica que todos sus efectos dejen de producir efectos. En efecto, el art. 704 CCyC establece expresamente la subsistencia de la obligación alimentaria de los progenitores en favor del hijo. Ello es así en evidente protección, beneficio, e interés del hijo.

TÍTULO VIII(*)
Procesos de familia
CAPÍTULO 1
Disposiciones generales

ARTÍCULO 705.- ***Ámbito de aplicación.*** *Las disposiciones de este título son aplicables a los procesos en materia de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos.*

(*) Comentarios a los arts. 705 a 723 elaborados por Mariela González de Vicel.

1. Interpretación

Las leyes determinan el alcance de la actuación de quienes componen los procesos (partes, órgano, terceros) en algunas ocasiones desdoblando la atribución de funciones (delegación del poder de las provincias), en otras siendo un único actor estatal el que determina las actividades que son alcanzadas (facultades no reservadas) de acuerdo a lo que emana de los arts. 5°, 7°, 8°, 31, 75, incs. 12, 22 y 23, 121, 122, 126 CN.

Aunque se cuestionó la inclusión de normas de índole procesal en el derecho de fondo, sobre su constitucionalidad la CSJN dijo: "*si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar*".(128)

Las disposiciones en comentario respetan las facultades reservadas a las provincias, ya que se abstienen de imponer formas organizativas para los tribunales que pertenecen a la autonomía provincial, además de reservar a aquellas las disposiciones procedimentales generales (arts. 5° y 31 CN).

En este segmento —aunque ampliada— se sigue la postura del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998, al instaurar un espacio autónomo conteniendo reglas que regirán para todos los procesos de familia, sin perjuicio de las establecidas en el resto del compendio normativo para los supuestos determinados o en leyes especiales que no fueron derogadas como la 26.061 (de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes), la 24.417 (de violencia familiar), o la 26.485 (de protección integral para la mujer).

Se establecen disposiciones generales vinculadas estrechamente con los derechos fundamentales (Capítulo I), con las acciones de Estado (Capítulo II), para la determinación de la competencia (Capítulo III) y sobre medidas provisionales (Capítulo IV). La inclusión obedece a la necesidad de evitar que, en un país con sistema federal y autonomía de las provincias para la organización del servicio de justicia, regímenes dispares conculquen derechos constitucionales.

2. Interpretación

En el derecho sustancial se establecen pautas dirigidas a la magistratura para:

a. efectivizar los derechos subjetivos (*v. gr.*, oficiosidad, interpretar las normas para facilitar el acceso a la justicia y la inmediación, promover la resolución pacífica de los conflictos);
b. establecer la necesidad de recaudos del servicio (*v. gr.*, especialización de magistrados y auxiliares, interdisciplina); y
c. establecer directivas procesales específicas (*v. gr.*, oralidad, derecho/deber de audiencia, acceso limitado al expediente).

Las normas que dan contenido a garantías constitucionales, como la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, conforman una regulación de derecho público común que delinean un estándar mínimo de tutela que todo organismo jurisdiccional, sea provincial

(128) CSJN, "Correa, Bernabé c/ Barros, Mariano R.", 1923, Fallos: 138:157.

o federal, debe asegurar al ciudadano, no solo para cumplir con una manda constitucional interna (arts. 18 y 31 CN), sino también para respetar los compromisos asumidos en el plano internacional y no comprometer la responsabilidad del Estado derivada de su inobservancia (arts. 8° y 28.1 y 2 CADH).[129]

El CCyC propicia un diálogo de fuentes, con la utilización de reglas, principios y valores que emanan del ámbito constitucional nacional y supranacional. Las directivas de este Título, por lo tanto, no estarán ajenas, en su aplicación, a lo previsto en los arts. 1° y 2° CCyC (fuentes, aplicación e interpretación de la ley), ni a los principios generales, en especial el de buena fe (art. 9° CCyC). Esto significa que la fuente para la interpretación y dilucidación de los conflictos de orden procesal será la ley escrita, interpretada de conformidad con principios jurídicos y valores socialmente relevantes, tomando en consideración las decisiones de los organismos nacionales y supranacionales que tienen competencia en materia constitucional/convencional.

2.1. Acerca de las particularidades de los conflictos familiares

Como se sabe, la Constitución Nacional es el instrumento que otorga el ejercicio de la jurisdicción con carácter exclusivo al Poder Judicial, para resguardar los valores que el constituyente y/o el legislador estimen necesarios de tutela. A ese poder del Estado le cabe no solo aplicar las leyes, sino también controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos (control de legalidad). La herramienta para el ejercicio de la función jurisdiccional es el proceso, de modo tal que derechos-proceso-jurisdicción se enlazan para dotar de contenido a las normas jurídicas en su aspecto práctico.

El proceso, como medio de actuar el derecho, se estructura para solucionar conflictos jurídicos pero no siempre existen partes antinómicas. Muchas veces es necesaria la intervención judicial sin contienda previa, como los casos en que se confieren autorizaciones, o se requiere dotar de fuerza ejecutoria a los acuerdos, entre otras formas de actuación no controversial.

Los procesos donde se dirimen cuestiones vinculadas con el derecho familiar captan las tensiones y las pasiones de las relaciones humanas primarias. Exigen una respuesta o tutela diferenciada de las otras que se requieren de la administración de justicia, ya que mayormente se relacionan con la afectividad y, de un modo u otro, inciden en el porvenir de las personas que integran la familia.

Las soluciones jurídicas reclamadas en los litigios que se llevan al fuero de familia son —en la mayoría de los casos— insuficientes si no se complementa su abordaje con el aporte de ciencias de la conducta, de modo tal que la multidisciplina o la interdisciplina tendrá un rol preponderante en este tipo de procesos.

La tutela de los derechos aparece diferenciada no solo por la índole de los conflictos, sino —en muchos casos— por la condición de vulnerabilidad de los individuos que los protagonizan (niños, mujeres, personas con discapacidad).

Ese contexto reclama de una administración de justicia activa, amparada en su ejercicio por reglas procesales y principios como la inmediación, la oralidad y la autocomposición del conflicto apelando a la conciliación. La administración de justicia en materia familiar necesariamente estará especializada, siendo que el rol principal del juez es el

(129) Rosales Cuello, Ramiro y Marino, Tomás, "Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?", en *La Ley*, 16/09/2014.

acompañamiento para gestionar la autocomposición o la sentencia, pero con el menor daño posible a los miembros de esa familia.

ARTÍCULO 706.- ***Principios generales de los procesos de familia.*** *El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.*

a. *Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.*
b. *Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.*
c. *La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.*

Remisiones: ver comentario al art. 709 CCyC.

1. Introducción

Los principios procesales son directrices que se formulan con un grado de abstracción que impide suministrar la solución exacta del caso, pero orientan, regulan, direccionan o cohesionan la actividad creadora del juez. Brindan determinadas pautas de carácter general con el objetivo de dar cabal cumplimiento a las garantías constitucionales de los involucrados en los litigios y hacer posible la satisfacción más plena posible de los derechos. Son de naturaleza procesal, en función de la importancia que para la efectivización de un derecho sustancial tienen los actos concatenados que conducen al pronunciamiento jurisdiccional.

Las máximas enumeradas en este artículo no tienen establecida jerarquía alguna. En el supuesto de que deba aplicarse alguna desechando otra no significa que la no elegida pierda vigencia, sino que la consecuencia es un desplazamiento temporal para el supuesto concreto.

A tono con el rol de justicia de acompañamiento, se impone a los jueces con competencia en asuntos de familia el deber de respetar los principios que aquí se enuncian. Esto significa que si alguna de las partes o pretensores omite el cumplimiento de sus cargas procesales, no se produce automáticamente el decaimiento del derecho sustancial, pues ahora es también el juez el involucrado como actor social en el conflicto. En términos estrictamente procesales, equivale a una morigeración del principio dispositivo que vincula la solución jurídica a los planteos exclusivos de las partes del conflicto, ya que en los procesos de familia varias normas consagran la indisponibilidad del derecho material.

2. Interpretación

2.1. Tutela judicial efectiva

Se trata de una directriz que está reconocida como derecho humano en los arts. 8° y 25 CADH, que involucra el derecho a la verdad y el indelegable deber de los jueces de remover obstáculos que impidan el acceso real e igualitario de los ciudadanos a los tribunales y la eficacia de la tarea jurisdiccional.

Se plasma en la garantía de acceso a la justicia y el derecho a una sentencia eficaz y efectiva, dictada en tiempo útil, cuyos resultados sean concretos y satisfagan las expectativas sociales sobre el rendimiento del servicio de justicia.

El fin del proceso tradicional era el dictado de una sentencia favorable luego de expuestas las postulaciones de las partes, con una producción probatoria desarrollada en función de ellas, con un tercero "imparcial" que resolvía la contienda. Ese esquema, muchas veces y por múltiples factores, dejaba afuera la verdad, e impedía que otras voces a las que ese proceso afectaba fueran oídas.

La aparición de intereses superiores —como el del niño o el de las personas vulnerables— vino a remozar todo el sistema jurídico y obligó a superar la bilateralidad estricta, tanto respecto de los derechos a tutelar, como en el deber de probarlos, morigerando el efecto del principio de congruencia y de carga de la prueba.

La jurisdicción que se despliega en conflictos que involucran cuestiones de familia se erige en una actividad estatal regida por la tutela judicial diferenciada, como variante de la tutela judicial efectiva. Se manifiesta con la existencia de reglas propias y flexibles, funcionales a la complejidad de las situaciones o a las intervenciones en la urgencia, siempre considerando que lo que está en juego son los derechos esenciales de las personas.

Requiere la actuación de un juez activo, procedimientos flexibles, cargas probatorias distribuidas entre las partes —y aun para el juez—, soluciones autocompuestas, acentuación de los deberes de colaboración de las partes, y flexibilización de la congruencia. Lo diferenciador de la tutela radica en el privilegio que el legislador otorgó a la protección de determinados derechos y se plasma tanto en el ámbito procesal como en el sustancial.

El acceso a la justicia, conforme la Corte IDH, constituye una norma imperativa de derecho,[130] que se integra con 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, pero también a que esa sentencia se cumpla. La garantía solo será posible si el proceso se desarrolla con celeridad, concentrando los actos y disminuyendo los gastos del proceso, pues ello hace a la economía procesal.

2.2. Inmediación

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/convencional está en lo que disponen los arts. 8° CADH, 9°.2 CDN y 1°, 3° y 13 CDPD.

En supuestos esencialmente sensibles, como aquellos en que resulta necesaria la separación del niño de su familia de origen, deberá procurarse el acceso irrestricto al contacto con el juez, con independencia de que los involucrados asuman o no la calidad de parte procesal. Dice la regla convencional: "*En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones*" (art. 9°.2 CDN). La participación tiene un alcance más amplio que la intervención procesal, sobre todo en procesos donde se dirime la titularidad o el ejercicio de la responsabilidad parental y sus efectos sobre el derecho a la identidad.

(130) Corte IDH, "Caso Anzualdo Castro vs. Perú" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 22/09/2009, párr. 125.

El principio se explicita en normas tales como 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 CCyC exigiendo la presencia personal de los involucrados ante el magistrado. La inmediación garantiza el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad sin discriminación de ningún tipo.

Tomando lo que disponen las 100 Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad —o Reglas de Brasilia, de 2008—, se observa que "*en condición de vulnerabilidad*" se encuentran 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.

2.3. Buena fe y lealtad procesal

Estos principios se vinculan con una determinada ética que se espera en las conductas procesales de las partes y sus letrados, de quienes se requiere la cooperación procesal en pos del mejor interés de la comunidad familiar. Se aplican tanto a la faz procesal —para evitar el abuso del proceso— como a las relaciones nacidas en virtud de los derechos sustanciales.

La buena fe y lealtad se evaluarán conforme lo previsto en los arts. 9° y 10 CCyC, pues la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, y quien contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe o la ética, debe ser reconvenido con soporte en esta preceptiva.

Es importante que los litigantes sostengan una actitud positiva, suministren los hechos del caso con la mayor sinceridad, y utilicen las herramientas procesales funcionalmente. También que presten cooperación para la producción de la prueba con independencia de su calidad de oferente de la medida de que se trate.

Los mismos preceptos están contenidos en los códigos de procedimiento, dentro de los poderes acordados a los jueces como directores del proceso y persiguiendo su eficiencia. Aunque se aplican para el litigante que interfiere de forma injustificada la marcha del *iter* hacia la sentencia, obstruyendo o dilatando su curso, también puede utilizarse frente a pretensiones manifiestamente inverosímiles que procuren detener su eficacia.

2.4. Oficiosidad

Aquí se plasma la flexibilización del principio dispositivo tradicional, con fundamento en los derechos resguardados por el ordenamiento jurídico y los valores de la sociedad en su conjunto.

El proceso requiere las postulaciones de las partes, pero luego corresponderá al juez, en tanto director del proceso, instar su consecución hasta el dictado de la sentencia mediante despachos que impulsen la actividad de las partes. Se profundiza sobre esta preceptiva en el art. 709 CCyC.

2.5. La oralidad

Si bien la organización del servicio de justicia es privativa de las provincias, en el caso del derecho procesal de familia se garantiza una porción mínima de oralidad del sistema. En rigor, ningún procedimiento de esta naturaleza se organiza en una modalidad verbal neta

o pura, sino que el esquema responde al de un "proceso por audiencias" donde determinados actos, generalmente los postulatorios, mantienen la forma escrita.

Es una característica de la justicia de acompañamiento ser más expeditiva y desacralizada sin perder la formalidad necesaria para avanzar hacia la solución del conflicto, posibilitadora de un marco dialogal y con un rol casi docente. Dentro de esa condición, es usual que en las entrevistas que se desarrollan en los procesos por audiencias se proporcione a las partes información acerca de sus derechos, obligaciones, deberes y cargas, advertencias sobre las consecuencias posibles de sus actos, omisivos, activos o negligentes.

Se logra una apreciación sin intermediarios de las partes involucradas, se pueden analizar conductas, expresiones, reacciones y la información no aparece "tercerizada"; por otra parte coadyuva a la agilidad de los trámites y disminuyen los efectos del retraso de la resolución judicial.

2.6. Acceso limitado al expediente

El precepto se vincula con el derecho a la privacidad de las personas (art. 19 CN) y con las disposiciones sobre "intimidad personal o familiar" que es reconocida en el Libro Primero, Título I, Capítulo III, CCyC.

Si bien el acceso restringido o reserva es reconocido en varios ordenamientos adjetivos, el reiterado deber de resguardo de los derechos fundamentales —a la dignidad, identidad y libertad— imponen su consideración en este segmento de la codificación.

La norma no avala el secreto ilimitado de las actuaciones, sino que resguarda a las partes de la injerencia de terceros, posibilitando la consulta del trámite por ellas, sus letrados, y aquellos funcionarios judiciales habilitados por las leyes orgánicas.

Se extiende a la limitación de la publicidad de las audiencias (que es el principio general en el derecho procesal clásico) y a los protocolos de las sentencias.

Toda divulgación basada en motivos académicos deberá realizarse anonimizando el acto sentencial, de modo tal que no pueda extraerse del texto ningún dato sensible que permita la identificación de las partes involucradas.

2.7. Personas vulnerables

La Constitución de la Nación establece que corresponde al Congreso "*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*" (art. 75, inc. 23, CN).

Con ese marco constitucional —que respecto de las personas con discapacidad física o disminución de su capacidad psíquica o intelectual se integra con otras normas como la CDPD,[131] con relación a los niños con la CDN y en relación a las mujeres con la CEDAW—, se establece un catálogo convencional/constitucional sobre quiénes son categorizados como personas vulnerables: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

(131) La ley 27.044 le otorgó rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

En lo que hace al aspecto procedimental, las "100 Reglas de Brasilia", dirigidas a la actividad jurisdiccional para permitir el pleno goce de los servicios del sistema judicial, señalan como finalidad "*garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna*" (Regla 1). En la Regla 3 se establece que componen esa categoría "*... 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*".

Las causas de vulnerabilidad, como se dijo, pueden ser la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La sugerencia emanada de la XIV Cumbre Iberoamericana, que dio lugar a las "100 Reglas de Brasilia" fue que "*Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*" (Regla 34), y fue tomada por el CCyC tanto en el aspecto procesal, que aquí se comenta, como en varias de sus restantes normas, como se verá en el artículo siguiente.

2.8. Resolución pacífica de conflictos

Esta porción del ordenamiento enfoca de manera directa a gestionar la autocomposición del litigio y la actividad del juez, desarrollada a partir de la inmediación, el proceso por audiencias y el de oficiosidad.

En ese contexto, el magistrado se encuentra munido de la facultad de celebrar audiencias con fines conciliatorios en todas las oportunidades que sean razonables y pertinentes, pues siempre un acuerdo de voluntades tiene mayores posibilidades de cumplimiento que una disposición impuesta desde el espacio externo a la familia. Sin embargo, no debe abusarse de tal potestad, pues los juicios deben concluir en plazos razonables, y si la posibilidad conciliatoria no se efectiviza, el deber será proceder al dictado de la sentencia de mérito.

2.9. La especialización y el apoyo multidisciplinario

Se establece la necesidad de que el conflicto familiar, por las múltiples aristas que presenta y su íntima relación con la afectación y la protección de derechos fundamentales (vida, identidad, convivencia familiar, autonomía personal, entre otros) sea abordado por un magistrado versado en la materia. ¿Qué implica la especialización? Incluye no solo el conocimiento del derecho de familia, sino también y muy especialmente el resultado de la aplicación del derecho constitucional/convencional por parte de los organismos con competencia para expedirse (Corte IDH, CSJN, Superiores Tribunales, los informes de la CIDH, de los Comités de Seguimiento de los tratados de derechos humanos, especialmente de la CDN, entre otros).

La especialización incluye una capacitación permanente considerando que las familias y las relaciones interpersonales son dinámicas, como también los son los avances científicos que impactan en el derecho familiar (pruebas biológicas, muerte digna, técnicas de reproducción humana, las nuevas formas familiares, entre otras).

El magistrado con competencia en materia de familia requiere de vitalidad intelectual para seguir los cambios, acompañarlos con herramientas e información suficientes, y además necesita de habilidades para trabajar en equipo.

En los casos complejos se implica en un abordaje sistémico del conflicto; hacia afuera —para las partes— se comporte como director o gestor de un proceso tendiente a que se produzca un cambio y el conflicto se desarticule, y hacia adentro —con el equipo interdisciplinario—, el juez proporciona un objeto común de análisis —el conflicto—, con evaluación de las aristas que presenta desde cada disciplina.

Las incumbencias profesionales son así puestas en juego para presentar una realidad más profunda que la que se plantea solo desde el aspecto jurídico, y en base a esos datos —aportados por la psicología, la psiquiatría, la medicina, el trabajo social, la sociología, la antropología—, resolverá el juez especializado. Deberá tomar en consideración que, como en todo conflicto, las partes afectadas son siempre más de dos y en el derecho de familia es posible que se involucren, directa o tangencialmente, los derechos de las personas vulnerables.

Las "100 Reglas de Brasilia" también refieren a la necesidad de que se adopten medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y la conveniencia de la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial (Regla 40).

2.10. El interés superior del niño

Este principio del derecho internacional (art. 3° CDN) está presente en varias normas del CCyC. En la regulación de los procesos de familia, se refuerza como una directiva insoslayable para el órgano de decisión, y como orientador, para el supuesto de conflictos de orden procedimental que surjan en el transcurso de aquellos y que no tengan una respuesta legal expresa. La directiva, como se sabe, importa la satisfacción plena e integral de los derechos que titulariza la persona menor de edad, y una pauta de decisión y de valoración de los organismos que tienen incidencia en las políticas dirigidas a la infancia, incluyendo las legislativas.

Puede suceder que se cuestione la madurez suficiente para un determinado acto jurídico de naturaleza adjetiva (dotar a un niño, niña o adolescente de participación o calidad de parte, decidir si un niño de 9 años puede prestar el consentimiento para su propia adopción, por ejemplo) y, en ese supuesto, el magistrado podrá apelar a esta directiva en el aspecto procedimental. Siempre deberá considerar el derecho a ser oído y que es necesario "tener en cuenta" la opinión del niño, niña o adolescente para conformar su interés superior (art. 12 CDN; arts. 3°, 24, 27 y concs. de la ley 26.061).

El derecho a la participación del niño en el proceso incluye distintos niveles en función de la autonomía progresiva que le es reconocida, como luego veremos. Adelantamos aquí que debe ser escuchado personalmente por el juez durante cualquier proceso, aun si por su edad y madurez requiere representación legal, y tiene posibilidades de intervención, defensa y prueba en igualdad de oportunidades respecto de las demás partes si cuenta con edad y madurez suficiente, o para los actos específicamente previstos en el Código (arts. 24, 25 y 26 CCyC).

ARTÍCULO 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.*

1. Introducción

Este artículo efectiviza el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, estableciendo dos categorías protegidas: las personas mayores de edad con capacidad restringida y las personas menores de edad.

En los "Fundamentos del Anteproyecto..." se lee que: "*… toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*".(132) Del mismo modo, se puso de resalto que el CCyC persigue la igualdad real, reemplazando los textos que se basaban en la igualdad abstracta, desarrollando normas para plasmar una "*verdadera ética de los vulnerables*"(133) basado en un paradigma no discriminatorio.

A lo largo del articulado se disponen normas que regulan el grado de participación de estos dos grupos, como por ej emplo, las relativas a personas incapaces de ejercicio (art. 24 CCyC); la modalidad de ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26 CCyC); las reglas generales que rigen en las restricciones a la capacidad y el derecho a contar con asistencia letrada (art. 31 CCyC); los alcances que tendrá la sentencia que determine la capacidad (art. 38 CCyC); el establecimiento de sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad (art. 43 CCyC) y el principio del ejercicio personal de derechos (art. 100 CCyC).

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes, ellos van desde la consideración como sujetos del procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad (art. 608 CCyC), pasando por las reglas del procedimiento de adopción y su consideración como parte (art. 617, inc. b, CCyC), o bien al regular los principios generales de la responsabilidad parental (art. 639 CCyC) y las que contemplan la actuación de los menores de edad en procesos judiciales (arts. 677 a 680 CCyC).

La disposición en comentario debe leerse en conjunto con la consideración de la autonomía progresiva y el respeto de las opiniones del niño contenidas en la CDN (arts. 5° y 12), enfatizando el derecho del niño a ser oído y las garantías mínimas del procedimiento (arts. 2°; 19, inc. c; 24 y 27, de la ley 26.061). Con relación a las personas con capacidad restringida, serán de aplicación los arts. 1°, 3° y 13 CDCP, ley 26.378; los derechos y garantías que el Estado reconoce a las personas con padecimiento mental (arts. 1°, 2°, 7° y concs., de la ley 26.657); y las reglas de derecho internacional aplicables a los niños, niñas y adolescentes y a la capacidad y a las personas incapaces (arts. 2614, 2615, 2616 y 2617 CCyC).

En función de las reglas citadas, este Código abandona la desconsideración que el derecho tenía para las personas que, en razón de su edad, o de alguna deficiencia física,

(132) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 523.

(133) "Fundamentos…", en *Proyecto…, op. cit.*.

mental, intelectual o sensorial a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, impedían su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás,[134] y les confiere un espacio de participación ineludible.

A diferencia de los sistemas anteriores en que tanto los "menores" como los "incapaces" actuaban a partir de sus representantes que los sustituían en la toma de decisiones, aún las atinentes a sus derechos personalísimos, en la actualidad esas categorías vulnerables gozan de una participación personal, insustituible e inderogable que les permite ejercer su derecho a acceder a la justicia.

2. Interpretación

2.1. Derecho a ser oído. Generalidades

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU 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.[135]

El derecho personalísimo de un niño a ser oído por el juez que resolverá acerca de sus derechos debe ser puesto a disposición siempre y en todo proceso que lo afectedirectamente o indirectamente, con una intensidad relevante.

El ser humano, a medida que crece, va adquiriendo un grado de desarrollo superior, y esa evolución progresiva hacia la autonomía plena es reconocida en distintas normas. La opinión que brinden sobre el tema de que se trate será valorada según el grado de madurez, la edad y el tipo de proceso o entidad del asunto.

En cuanto a las personas mayores de edad (18 años o más) con capacidad restringida, se produce una consideración en sentido inverso: son plenamente capaces aunque pasibles de deterioros cognitivos o físicos que impiden el ejercicio pleno de su potencialidad, pero no su participación en el proceso, salvo excepcionales razones y decisión judicial que así lo disponga (arts. 31 a 40 y 100 CCyC).

La primera materialización del derecho a ser oído de estas personas se produce —en términos de desarrollo del procedimiento— con la puesta a disposición de condiciones para que el magistrado que resolverá el conflicto o la pretensión jurídica, confiera la participación suficiente, la que se produce cuando el niño o la persona con discapacidad comparecen a ser oídos de manera personal por el juez. La segunda se da cuando esa escucha se patentiza en la evaluación de la opinión brindada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso (arts. 12.1 y 12.2 CDN; y arts. 7.3 y 13 CDPD).

2.2. Los adultos con capacidad restringida y los adultos mayores

La ley 26.378 incorpora a nuestro derecho positivo la CDPD y su protocolo facultativo; y la ley 27.044 le otorga rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN). El instrumento se sostiene en función de 8 principios rectores:

(134) Ver art. 1°, párr. 2, CDPD, y su definición de personas con discapacidad.

(135) ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, "El derecho del niño a ser escuchado", 2009.

a. el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
b. la no discriminación;
c. la participación, e inclusión plenas y efectivas, en la sociedad;
d. el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
e. la igualdad de oportunidades;
f. la accesibilidad;
g. la igualdad entre el hombre y la mujer; y
h. el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (art. 3° CDPD).[136]

En la CDPD, la incapacidad se define como un concepto no estático, resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras de la sociedad que evitan su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones, disponiendo que los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento (art. 1°, párr. 2, y art. 13 CDPD).

En función del ajuste del derecho privado a las reglas convencionales conocido como "constitucionalización del derecho privado", este CCyC tomó muy en cuenta —y particularmente— los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22 CN) y la jurisprudencia de los organismos internacionales que juzgan la responsabilidad estatal por su violación. Se plasma así el deber para el juez de dotar de participación efectiva mediante audiencia personal a la persona con capacidad restringida.

Existen situaciones en las que, si bien la persona no tiene restringida su capacidad jurídica con una sentencia que determine el alcance de su ejercicio, adolece de algún deterioro producto del declive —psicológico, emocional o físico— de su organismo. Es posible su inclusión dentro de la categoría de personas vulnerables recurriendo a las 100 Reglas de Brasilia, que advierten que una de las causas de vulnerabilidad puede ser el envejecimiento de la persona humana.

Los adultos mayores pueden padecer especiales dificultades, no solo por la disminución biológica de las capacidades funcionales, sino por otras condiciones que pueden profundizar esa limitación, como su situación económica, su sexo, su condición migratoria o que le releguen, restrinjan o estanquen el ejercicio de sus derechos ante el sistema de justicia. En tales situaciones el juez de familia deberá realizar los ajustes razonables y apropiados para que participe en el proceso judicial, sin descartar que sea el magistrado quien se traslade al domicilio de la persona en lugar de hacerla comparecer a la sede tribunalicia.

(136) En los "Fundamentos del Anteproyecto..." sus autores señalan en lo que atañe a la interpretación jurídica y el sistema de diálogo de fuentes que "*También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico*"("Fundamentos…", en *Proyecto…, op. cit.).*

Cuando el art. 31 CCyC establece las reglas aplicables a las restricciones a la capacidad, reconoce el derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios, y la garantía de inmediatez —como deber del juez, conf. art. 35 CCyC— mediante la entrevista personal de la persona con el magistrado.

El derecho a ser oído consiste en la posibilidad de la persona de participar de manera activa en el proceso, tener audiencias personales con el juez, ser informado desde el inicio sobre sus fines y características con los ajustes necesarios para la comprensión del alcance y las consecuencias. Será deber del juez hacer cumplir las garantías reconocidas a las personas adultas con capacidad restringida durante la tramitación de los procesos de familia, para lo cual es imprescindible que tenga conocimiento personal de ella.

2.3. Los niños, niñas y adolescentes y su derecho a ser oídos

Las personas menores de edad constituyen sujetos titulares de derechos cuyo ejercicio desplegarán progresivamente conforme la evolución de sus facultades. Primero, a través de sus representantes y, conforme vayan desarrollando una mayor competencia, por sí mismos con apoyos o en forma autónoma.

Esta premisa se extrae del articulado del CCyC, que deja de lado la división tajante de incapacidad por minoría de edades prefijadas, y la suplanta por una fórmula más abierta que considera en toda su dimensión la autonomía que progresivamente van adquiriendo los seres humanos, estableciendo algunas mayorías de edad anticipada para determinados actos jurídicos (arts. 24; 25; 26; 639, inc. b; 677; 678; 679; 680 y 683 CCyC, entre otros).

El derecho a ser oído que se reconoce se enlaza con otro más amplio y que coloca a la persona menor de edad en el lugar de individuo con derechos propios, autónomos y exigibles, como es el de participar en las cuestiones que lo involucren. La participación, a su vez, se manifiesta cuando expresa su opinión y, en el ámbito del proceso, en el deber que tiene el juez de consultarla y tenerla en cuenta.

Ese derecho a la participación en el ámbito jurídico se traduce en que, con independencia de la representación legal que corresponda, se incluye al niño en la toma de decisiones a partir de la entrevista con el juez, donde la información será ajustada a la edad y madurez del niñ para que este pueda brindar su opinión. El principio es que su deseo, sugerencia, criterio, sea atendido, salvo que su interés superior indique –fundadamente– que corresponde apartarse de sus manifestaciones.

Del art. 12 CDN se desprende que la escucha debe satisfacerse en forma directa, aunque el magistrado podrá recurrir a la colaboración del equipo interdisciplinario en situaciones determinadas, como los niños de escasa edad o con limitaciones intelectuales o físicas que impidan al adulto comprender lo que aquel desea comunicar. Admitir la representación implicaría una sustitución de la persona y no llenaría el contenido de la norma.

En algunos procesos de familia el niño no es parte, aunque el resultado lo pueda afectar indirectamente —como, por ejemplo, el divorcio de sus progenitores—, pero hay otros en los que puede tomar decisiones, porque se dilucidan sus derechos personalísimos —el derecho a la salud y cuidado de su cuerpo (art. 26 CCyC) o la declaración de adoptabilidad (arts. 607 a 609 CCyC), o en los que puede manifestar su deseo, que será tenido en cuenta si las pruebas producidas amparan su posición y no existe conflicto de intereses con quien lo representa —por ejemplo, en el juicio de alimentos—.

El magistrado tiene el deber de escuchar al menor de edad —cualquiera sea su edad— y su opinión será valorada de conformidad con su edad, madurez y el objeto del pleito.

Si el niño, niña o adolescente reviste la calidad de parte porque le fue otorgada también por la doble regla de edad y madurez —en algunos casos por la ley, en otros por la propia iniciativa del niño—, esa participación constituye un estadio superior al de la escucha dentro del derecho a ser oído que establece el art. 12 CDN.

En el ámbito del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 639, inc. b, CCyC) se puede ver claramente cómo en el Código se plasma su condición de sujeto respetado según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. Allí se reconoce que, a mayor autonomía personal, menor representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos.

2.4. Ponderación judicial de las expresiones de los beneficiarios de la norma

La escucha no equivale a la aceptación incondicional de las manifestaciones vertidas por los niños o adolescentes ni por las personas con capacidad restringida. Constituirá un elemento más a tener en cuenta al momento de adoptar la resolución judicial, junto con las posiciones de los restantes actores procesales y las pruebas recolectadas.

Sin embargo, producida la tensión entre el deseo expresado durante la escucha y la posición sustentada por los adultos o quienes tienen plena capacidad de ejercicio, cobrará relevancia la aplicación de los principios generales de interés superior del niño (art. 706, inc. c, CCyC) y aquellos consignados preliminarmente para cada situación jurídica en particular —como, por ejemplo, los principios de la tutela (art. 104 CCyC), los principios generales de la adopción (art. 595 CCyC), o el ya citado art. 639 CCyC—.

La norma exige el discernimiento, que implica la posibilidad de comprensión de la información que se le brinda y la toma de posición sobre el asunto debatido, adoptada a partir de la efectiva posibilidad de comprender el alcance del mismo. La directiva se traduce en que, a mayor discernimiento, mayor peso específico tendrá para el juez la manifestación recibida en el momento en que este derecho a ser oído se efectivice. Para la valoración del discernimiento de las personas con capacidad restringida, se aplican las pautas de los arts. 32, 35 y 36 CCyC, y para los niños el parámetro del art. 639 CCyC resulta indispensable.

ARTÍCULO 708.- ***Acceso limitado al expediente.*** *El acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso.*

En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva.

1. Introducción

Como se explicó en el comentario al art. 706 CCyC, el principio general imperante en las cuestiones vinculadas con el derecho familiar es justamente el inverso a los procesos en general, que son públicos. En los procesos de familia rige el principio de reserva para la protección del derecho a la intimidad (art. 18 CN y 16 CDN), vinculado a la dignidad personal de los usuarios del servicio de justicia.

2. Interpretación

Quienes pueden tener acceso al expediente, a las audiencias —y a los soportes técnicos en los que se documenten— y a los protocolos de las sentencias son las partes. Aquí se incluyen los adultos y los niños, en el caso de los segundos, conforme la edad y grado de madurez que posean, hayan accedido a la justicia con su propio patrocinio jurídico.

También se permite la consulta del expediente a los letrados de las partes, a los auxiliares designados —peritos, integrantes del equipo interdisciplinar, registro de pretensos adoptantes, entre otros— y a los representantes.

La representación surge en el caso de las personas menores de edad sin madurez suficiente para el acto de que se trate (art. 24, inc. b; arts. 26, 100 y 101 CCyC) y para los mayores de edad con capacidad de ejercicio limitada judicialmente (art. 32, párr. 4, y arts. 34, 38, 100 y 101 CCyC).

Es posible la remisión del trámite en circunstancias excepcionales, como el requerimiento de otro organismo judicial, pero para hacer lugar el juez evaluará si la pretensión es justificada, a la par que se garantizará el cumplimiento del principio de reserva. Aunque la norma solo se refiere a que las actuaciones *"sean ofrecidas como prueba en otro juzgado"*, por el principio explicado en el art. 706 CCyC, autoriza a limitar el acceso también a otros organismos, como sería el caso de que lo requiriera el Consejo de la Magistratura para evaluar el desempeño de un magistrado, salvo que se estuviese investigando su mal desempeño o un delito, por lo que también se hace extensivo al Ministerio Público Fiscal.

En todo caso, y como ocurriría para supuestos de divulgación con fines académicos, se garantizará la información anonimizando la resolución de que se trate, y para evitar la divulgación de los datos personales de los involucrados.

ARTÍCULO 709.- ***Principio de oficiosidad.*** *En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.*

El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

1. Introducción

Las principales notas del sistema dispositivo son que el juez:

a. no puede iniciar el proceso de oficio;
b. le está vedado considerar hechos o medios de prueba que no fueron aportados por las partes;
c. tendrá por ciertos los hechos no controvertidos por los litigantes;
d. la sentencia debe guardar congruencia, es decir, circunscribirse a lo alegado y probado;
e. y, finalmente, el juez no puede excederse condenando ni a más ni a otra cosa que la esgrimida como pretensión en la demanda.

El juez de familia, como director del proceso que conduce el conflicto hacia su mejor resolución, goza de prerrogativas autónomas de impulso y de investigación de la verdad.

2. Interpretación

Además de la norma en comentario, la oficiosidad se materializa dentro del Código en otras disposiciones, como el art. 111 CCyC, que autoriza al magistrado a iniciar la tutela; el art. 579 CCyC, que admite la facultad para ordenar la realización de las pruebas genéticas en los juicios de filiación, o el art. 616 CCyC, en que se determina que, de oficio o a pedido de parte, dé inicio al juicio de adopción.

En materia de alimentos, faculta al órgano judicial a imponer al obligado que incumple medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución, también a establecer la solidaridad en la responsabilidad del empleador que no retiene los fondos, o a fijar los cánones por periodos menores al mes (arts. 542, 551 y 553 CCyC).

En los regímenes de comunicación, producido el incumplimiento reiterado, puede disponer discrecionalmente *"medidas razonables"* para asegurar la eficacia del acuerdo o la sentencia (art. 557) como parte de su actividad para afianzar la justicia (Preámbulo de la CN) y en función del principio de tutela judicial efectiva. El magistrado también puede disponer la intervención de equipos especializados si una persona menor de edad pretende acceder al expediente de guarda y adopción procurando ejercer su derecho a conocer el origen de su filiación adoptiva (art. 596 CCyC).

Las facultades basadas en el impulso de oficio le permiten exigir garantías de cumplimiento de los convenios reguladores en el divorcio vincular (art. 440 CCyC), o fijar la modalidad de cumplimiento de la compensación económica (arts. 441 y 524 CCyC). Como señala el artículo, este principio no se aplica para cuestiones de naturaleza patrimonial donde las partes revistan plena capacidad.

ARTÍCULO 710.- ***Principios relativos a la prueba.*** ***Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.***

1. Introducción

Los conflictos familiares que se desarrollan en los tribunales encierran mucho más que lo que se explicita en los escritos inaugurales de la instancia. Incluso en los supuestos en que la actividad jurisdiccional no es contenciosa, la raíz de la pretensión puede estar enclavada en una afectación intensa a un derecho fundamental, como podría ser el supuesto de indagación que autoriza el art. 596 CCyC (conocimiento sobre el origen con mantenimiento de vínculos ya emplazados).

La actividad judicial cobra un dinamismo y un protagonismo diferente en función del fuerte influjo que causó en el derecho familiar la constitucionalización del derecho privado.

Para que los derechos humanos y su doctrina —incorporados al bloque de constitucionalidad federal— no se estanquen en una mera enumeración sino que se efectivicen y cobren vida, son necesarios ajustes que doten de coherencia a un sistema jurídico disperso. Ese piso mínimo se logra a partir de algunas pautas de naturaleza procedimental que se introducen en el CCyC, haciendo visible la conexión inescindible que tienen la forma y el fondo en el ejercicio de los derechos.

En los "Fundamentos..." se brinda una explicación acerca de la metodología seguida para su redacción. Y así se expresa que: "*En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron*

decisiones que no estuvieron orientadas por nuestras impresiones personales, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en nuestro país".[137] Una de ellas, sin dudas, la constituye la cuestión probatoria, herramienta imprescindible para las partes y para el juez en la solución del conflicto jurídico. ¿Por qué? Pues porque la actividad esencial de las partes en los procesos, luego de realizar sus postulaciones mediante la descripción de los hechos, es llevar convicción al juez sobre la ocurrencia de ellos en determinadas condiciones de modo, tiempo y lugar.

La doctrina sostiene[138] que no hay que confundir la fuente de la prueba con el medio a través de la cual se manifiesta. Esta última noción involucra los métodos que la ley procesal dispone como vehículo para la prueba (testimonio, documento, indicio, confesión, inspección judicial, dictamen de peritos). Arazi[139] reserva el término medio de prueba a la actividad del juez, las partes o terceros, que se desarrolla dentro del proceso para acercar las fuentes de prueba, la cual se realiza de la forma en que lo indican los ordenamientos procesales. Las fuentes son las personas o las cosas de existencia previa al proceso que tienen conocimiento o representan el hecho a probar.

Si bien toda la actividad en esta materia es reservada a las provincias, surge la necesidad de desplazar ese dogma para garantizar determinadas situaciones sustanciales de modo uniforme en todo el país. Esa fuerte razón constitucional permite el desplazamiento del dictado de reglas sobre medios de prueba del ámbito provincial al federal.[140]

2. Interpretación

La especialidad del fuero de familia y de los derechos que se ventilan obligó al legislador a incorporar un lineamiento general que, si bien no resuelve los casos concretos vinculados con el hacer probatorio —temática competente a los códigos procesales provinciales— bajo la forma de un principio, permite sortear la rigidez propia de los sistemas jurídicos en camino a la verdad y la satisfacción más plena de derechos.

Se dispone que el juez procede con criterio amplio y flexible para admitir las pruebas en los procesos de familia, y vinculado con eso, si es conducente o no. En caso de duda estará por la primera opción. Finalmente también será flexible en su valoración al momento de dictar sentencia.

Esta norma se estructura de tal manera que admite su aplicación ante los avances científicos que puedan modificar el sistema probatorio tradicional vigente. Cuando el CCyC dispone que, en los procesos de familia, rige el principio de libertad en materia de prueba, no solo se refiere a la actividad de la parte en ofrecer las que estime a su derecho, sino a la actividad jurisdiccional tendiente a dar cabida a medios probatorios no tradicionales.

(137) "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*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

(138) Kaminker, Mario, "Fuentes y medios de prueba en el Proyecto de CCyC", en *Revista de Derecho Procesal*, 2013-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013, p. 67, con cita de Devis Echandía, *Fuentes, argumentos y materia de prueba*, Medellín, Diké, 1994, p. 90.

(139) Arazi, Roland, *La prueba en el proceso civil*, Bs. As., La Rocca, 1998, p. 124.

(140) Kaminker, Mario, "Fuentes y medios...", *op. cit.*, p. 69.

Se tiene en cuenta, como consecuencia previsible de las relaciones que se despliegan en el ámbito familiar —un espacio íntimo—, que los hechos invocados pueden resultar de difícil acreditación. Esta posición no es otra cosa que la concreción del principio de realidad, razón que obliga a morigerar los principios generales que rigen en el ámbito del derecho procesal tradicional en torno a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas. En el ámbito del proceso de familia, cuando se pongan en duda algunos de esos aspectos, el juez debe inclinarse por admitirla.

Siempre será preferible la producción de la prueba —aunque luego no se logre la comprobación del hecho alegado—, que el gravamen irreversible que causaría la falta de demostración por negativa a admitir su admisión o negar que sea conducente antes de que se lleve a cabo.

Esta norma autoriza a utilizar medios probatorios no tradicionales y que no fueron incorporados a los códigos procesales, como ocurrió —por ejemplo— con las pruebas biológicas, que en un primer momento se circunscribían a las pericias médicas, luego a los análisis de enzimas eritrocitarias y, finalmente, se admitió la tipificación del ADN. El punto más alto de admisibilidad de ese medio probatorio está dado por lo que dispone el art. 579 CCyC, en cuanto dispone que, en los procesos de filiación, se admitirán toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, término de amplitud suficiente para albergar avances científicos futuros, que pueden ser decretadas de oficio.

La directiva no obliga al juez a admitir pruebas notoriamente improcedentes por dilatorias, no vinculadas con hechos controvertidos, o inadecuadas en función del objeto procesal. La valoración de la prueba al momento de sentenciar también estará influida por este principio cardinal.

Si bien en nuestros sistemas procesales rige la sana crítica, no es incompatible con ella —al contrario, la refuerza— que, ante la duda razonable acerca del acaecimiento del hecho invocado, el juez se incline por reconocerlo fundado en un análisis flexible, no rígido ni estricto del medio empleado.

2.1. Cargas probatorias dinámicas

En general, los ordenamientos procesales disponen que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido o un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga deber de conocer (art. 377 CPCCN). La regla, propia del tradicional proceso dispositivo, importa sostener que el aporte y la producción de pruebas corresponde a quienes revisten calidad de parte, y funciona como una obligación que, incumplida, perjudica a quien no la satisfizo.

Sin embargo, tiene operatividad únicamente frente a la ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes. Ello equivale a sostener que la verdad no tendrá el mismo soporte que si se hubiese producido prueba acerca del hecho impeditivo o extintivo, y puede aún acarrear consecuencias disvaliosas, porque —en cierto punto— se produce un estado de incertidumbre que dista del de certeza, que debería motivar el fallo.

Las reglas del principio dispositivo referidas son morigeradas en los procesos de familia, y, si bien se mantiene la contradicción, el juez debe poder alcanzar la verdad real, que es el valor que protege el ordenamiento jurídico. Se consagra así —y en procura de esa finalidad— el principio de las cargas probatorias dinámicas. ¿Qué significa? Implica que

el deber de probar no está ya en cabeza de quien invoca un hecho determinado, sino en cualquiera de las partes que se encuentre en mejores condiciones —de hecho, técnicas, profesionales o documentales— de acreditar la circunstancia controvertida.

Se desplaza el esfuerzo probatorio hacia la parte más fuerte de la relación procesal —en punto a la actividad probatoria—, y ello tiene su base en un principio cardinal que informa la regulación del derecho de familia: el de solidaridad. Se plasma un deber de colaboración de las partes —de todas— para con el órgano, pero fundamentalmente, para el logro de la verdad objetiva.

Este artículo establece una distribución de la carga probatoria distinta a la tradicional y también una intensidad distinta de esfuerzos en la producción, de conformidad con la mejor condición para aportar el material que tenga cada uno. Dando un ejemplo práctico y corriente: el alimentante no podrá ya establecerse en la cómoda negativa de carecer de medios suficientes para mejorar el aporte alimentario aun trabajando en relación de dependencia, sino que deberá acompañar toda la documentación en su poder —cuestión presumida— para dar cuenta de sus ingresos reales, o bien requerir al empleador que la remita, sin reposar en el tradicional deber de su contraria.

Al tratarse de un principio que se introduce en el CCyC, se zanja la discusión doctrinaria de si la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas debía o no ser anoticiada a las partes antes de que ofrezcan y produzcan sus pruebas, por entender que la falta de notificación importaba una violación al derecho de defensa.(141)

2.2. La prueba de oficio

Son varias las normas del Código donde se establece la facultad judicial de disponer la producción de medidas de pruebas en defecto de las partes, es decir, ante la omisión de ofrecimiento o negativa de producción.

Con relación a las acciones de filiación, por ejemplo, se establece una posibilidad probatoria concreta con una consecuencia también específica respecto de la valoración. El art. 579 CCyC, luego de disponer que son admisibles toda clase de pruebas (principio de libertad y flexibilidad), indica que ellas pueden ser ofrecidas por las partes o dispuestas por el juez. Pero, además, señala expresamente que, en defecto de las partes, pueden ser convocados para la realización otros parientes —consanguíneos hasta el 2° grado—, priorizando a los más próximos en grado frente a los más remotos. Finalmente, si existe imposibilidad de concretar la prueba con esos parientes —sea por su negativa u otra razón—, y la parte persiste en su negativa a prestar su material genético para que se lleve a cabo, esa actitud es considerada un indicio grave contrario a la posición que sustenta el renuente.

Como puede verse, las facultades judiciales se acrecientan en este tema, otorgando una potestad al juez de ordenar la prueba, determinar quién brindará el material genético

(141) *"La amplia participación y discusión por parte de toda la doctrina hace que tengamos en cuenta todas las opiniones. Naturalmente no es posible adoptarlas a todas, pero han sido materia de debate para admitirlas o no sobre la base de decisiones razonables y fundadas. Este procedimiento hace que el Anteproyecto tenga dos caracteres importantes: a) La mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad [y] b) En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por nuestras impresiones personales, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en la República Argentina"* ("Fundamentos…", en *Proyecto…, op. cit.*, p. 526).

—no se limita a las partes del juicio sino que puede incluir a terceros ajenos al pleito— y finalmente valorando la conducta procesal asumida por la parte como obstruccionista o contraria a la averiguación de la verdad, al considerarla un indicio grave. Como tal —indicio grave—, deberá ponderarse junto con otros indicios o presunciones, sin perjuicio de toda otra prueba aportada. En tal sentido, es posible valorar también la actitud de los parientes convocados que, si también se negaron sin motivos fundados, podrán formar convicción acerca de la postura sostenida por la parte actora.

También el art. 580 CCyC determina la posibilidad de producción de prueba genética de oficio para el supuesto de la filiación *post mortem*. Establece que se podrá realizar con material genético de los progenitores del fallecido presunto padre, y si ellos se niegan o resulta imposible, se autoriza al juez a ordenar la exhumación del cadáver, incluso estableciéndose una opción entre una u otra modalidad.

ARTÍCULO 711.- ***Testigos.*** ***Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos.***

Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados.

1. Introducción

Entre las limitaciones que impusieron los códigos de procedimiento al regular las fuentes de prueba, se estableció la relativa a la procedencia de la testimonial. La pauta general de habilidad para ser testigo es que "*toda persona mayor de catorce años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar salvo las excepciones establecidas por ley*" (art. 426 CPCCN), designando específicamente a los testigos excluidos (art. 427 CPCCN) y la evaluación de la idoneidad (art. 456 CPCCN).

Señala el ordenamiento nacional —y también los provinciales— que no podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviese separado legalmente, salvo si se tratase del reconocimiento de firmas (art. 427 CPCCN). El ofrecimiento de esos testigos se desestima de oficio y sin sustanciación en los procesos en general.

En los conflictos de familia, los hechos suelen suceder en el ámbito de la intimidad, sea porque acontecen en el hogar o porque las relaciones interpersonales se despliegan de modo privado y cuentan, en todo caso, con la presencia de parientes, allegados, vecinos o personal de servicio doméstico. La exclusión de algunas personas, como los consanguíneos o afines en línea directa de las partes (padres, hijos, suegros, yernos, nueras), o quienes tuviesen vínculo de amistad o relación de dependencia con ellas en ese contexto de privacidad de las relaciones interpersonales familiares, estrechaba al límite de la imposibilidad probatoria los hechos alegados. Los testigos excluidos en las cláusulas procesales generales se convertían en necesarios en los procesos de familia.

Frente a quienes sostenían que era una regla general basada en la conservación de la armonía familiar y que el conflicto familiar no podía sustraerse a su aplicación, algunas voces sugerían sortearla. Se sostenía que, si bien debe reputarse inadmisible, podría no obstante ser eficaz en caso de que —inadvertidamente o no— se hubiese recibido la declaración. El argumento —singular— invocado era que la armonía familiar y el derecho

del testigo a no sufrir la violencia de declarar ya se habían vulnerado "*y nada se repara con prescindir del testimonio*" con el cual "*puede ser que (...) se esclarezca debidamente el hecho*".[142] También la jurisprudencia se sustrajo a la tesis estricta del testigo excluido en supuestos de violencia familiar en los que el valor de la unidad o armonía que la norma protege había desaparecido. El artículo en comentario termina con esas divergencias, estableciendo un patrón genérico de ofrecimiento del testimonio de parientes y allegados, sin ningún tipo de limitación, aunque, la regla no es absoluta en tanto la admisión del testigo puede ser rechazada.

2. Interpretación

El precepto establece la posibilidad de ofrecer el testimonio de parientes —ascendientes, descendientes, cónyuge, colaterales y afines sin limitación— y allegados —amigos, empleadores, empleados—. Otra es su admisión como medio de prueba y otra su valoración. Como puede verse, el texto legal es menos restrictivo que el ordenamiento nacional, que lo limitaba a consanguíneos y afines en línea directa con las partes, además de las restricciones por razón de amistad o dependencia económica. Ello se debe al principio de libertad y flexibilidad introducido para posibilitar la concreción de derechos sustanciales en todo el país, desplazando las reglas procesales que pudieran impedir esa finalidad.

2.1. Admisión

Ante el ofrecimiento del testigo, el principio general de libertad y flexibilidad contenido en el art. 710 CCyC indica que el mismo será introducido como medio de prueba. Sin embargo —y esta salvedad se hinca durante la etapa de tratamiento parlamentario del Código—, el recibo del testimonio será resuelto por el juez, que tiene la facultad de disponer su inadmisibilidad en dos supuestos: a) si se trata de personas menores de edad y b) si se trata de parientes que expresen motivos fundados.

2.2. Excepciones

El apartamiento de la regla general de admisión de los testigos parientes o allegados sienta una limitación que, como tal, se interpreta restrictivamente. Es la referida a la declaración de una persona menor de edad o pariente mayor que exprese motivos fundados. El deber que se impone al testigo es el de conducirse con la verdad, y en el especial supuesto de los descendientes (hijos) o incluso de los ascendientes (padres) de las partes, podría llegar a colocarlos en la compleja situación de tener que declarar contra sus progenitores o sus hijos. En el caso de las personas menores de edad, esa situación podría profundizar un conflicto de lealtades, o impactar negativamente en el mismo trance que motiva la intervención judicial.

Se busca proteger a la persona menor de edad para evitarle ese tipo de disyuntivas emocionales, teniendo en cuenta también que —según el desacuerdo de que se trate— a ella le asiste siempre el derecho a ser oída sin necesidad de tener que declarar como testigo.

Por otra parte, desaparecida la posibilidad de divorcio contradictorio, el panorama de aplicación de esta norma se verá reducido a cuestiones donde los niños, niñas y adolescentes tengan intereses directos, y su citación para ejercer el derecho a ser oído supone

(142) Kielmanovich, Jorge L., "La prueba testimonial en el proceso de familia en el Proyecto de Código Único", en *La Ley* 2013-A, 919, con cita de Fenochietto y Arazi, *Código Procesal*, t. I, Bs. As., Astrea, p. 428.

un resguardo más amplio de sus derechos al que los jueces apelarán en defecto de la declaración testimonial. Con eso se evita, por ejemplo, que el niño pueda sentir que de su palabra dependerá la relación futura con sus padres, o la consideración de ellos como tales.

Para la admisión también deberá valorarse la pertinencia de la prueba en función del derecho controvertido. Por ejemplo: si el progenitor demandado en un juicio de alimentos propone la prueba testimonial del hijo y la realización del ADN por negar la existencia de vínculo biológico y así la obligación alimentaria, el juez apelará a esta disposición para rechazar el medio ofrecido, sin perjuicio de lo cual citará al niño, niña o adolescente a ejercer el derecho a ser oído.

En cuanto a los demás parientes, podría suceder que tengan motivos suficientes para solicitar que se los desplace de la obligación. Un ejemplo serían los abuelos que, en un régimen comunicacional o cuando se discute el cuidado alternado o compartido del hijo, fueran citados por los progenitores. Podrán alegar que se encuentran condicionados por razones afectivas, o que su presencia en el proceso incidiría negativamente en una precaria relación con el nieto que prefieren conservar, en cuyo caso el juez apelará a la facultad que le concede el artículo que se comenta. También podrá entender que hace al conflicto contar con la declaración de estas personas, ya que no basta con la alegación del parentesco sino que los motivos serán de gravedad o naturaleza suficiente como para erigirse en excepción a la regla que es su admisión.

Es conveniente que no se establezcan reglas rígidas o criterios generales en esta materia, pues habrá casos en que no es inconveniente recibir el testimonio y otros en los que resulta inapropiado en función de intereses superiores. Eventualmente ofrecido y admitido un pariente como testigo, al responder por las generales de la ley y reconocer el parentesco y la tensión, inconveniente o perjuicio que le podría acarrear la declaración, podrá ser excusado.

En el supuesto de que el magistrado excuse al testigo propuesto, deberá permitir la sustitución del testimonio por la de otra persona, con fundamento en el principio contenido en el art. 710 CCyC.

2.3. Parientes

El art. 529 CCyC dispone que "*Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral*".

Esta norma debe ser examinada junto con los arts. 535, 536 y 558 CCyC, y de allí se extrae que los parientes naturales, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sean en línea recta o colateral, pueden ser ofrecidos como testigos, sin que importe —en este caso— que no se exprese al pariente afín, pues donde la norma no limita, no debe hacerlo el intérprete.

Este artículo, en definitiva, neutraliza la limitación de la prueba de testigos que contienen los ordenamientos procesales, por tratarse de una ley posterior, dictada por el Congreso en el ámbito de su competencia. Es extensivo a los parientes en general, sin limitación y en función del principio de libertad probatoria que rige en los especiales procesos de familia.

2.4. Valoración

Las declaraciones brindadas por estos testigos integran la prueba de los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos que sostienen las pretensiones de las partes. El testimonio es valorado conforme con las reglas de la sana crítica, que no son otras que las máximas de la lógica y la experiencia aplicadas a analizar integralmente la prueba en su conjunto. El razonamiento argumentativo no será conjetural y, al analizar el testimonio, se evaluará si los dichos tuvieron o no el propósito de favorecer o perjudicar a alguna de las partes, alteraron u ocultaron la verdad o la dimensión y gravedad de los hechos, en cuyo caso será desechado como válido.

CAPÍTULO 2

Acciones de estado de familia

ARTÍCULO 712.- ***Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.*** *Las acciones de estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles, sin perjuicio de su extinción en la forma y en los casos que la ley establezca.*

Los derechos patrimoniales que son consecuencia del estado de familia están sujetos a prescripción.

1. Interpretación

La posición que una persona ocupa dentro de una familia determina su estado, en el que se es emplazado mediante actos voluntarios (inscripción de hijo matrimonial, reconocimiento, celebración de matrimonio) o por la promoción de las acciones de estado (emplazamiento o desplazamiento). Proporciona un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que corresponden a las personas en virtud de determinado emplazamiento familiar. Es uno de los atributos de la personalidad, y abarca siempre al individuo y a otros respecto de quien se establece, por eso es una cualidad recíproca.

El "**estado**" puede tener relación con el vínculo matrimonial (casada, soltera, divorciada), y respecto de su validez (de buena o mala fe), con el vínculo filial (hija, padre, madre, padre o madre adoptivo, afín, de integración, etc.), con el parentesco consanguíneo (padre, madre, abuela, tíos, sobrinos, etc.; afínes: suegros, yernos, cuñados, etc.).

Las acciones de estado de familia guardan una estrecha relación con el derecho a la identidad y a la dignidad del ser humano, ambos protegidos por las normas constitucionales y de aplicación inmediata.

El art. 7°.1 CDN establece que: *"El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"*. Por su parte, el art. 8°.1 CDN dispone: "*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*". Ellos son el fundamento constitucional/convencional de las características de este tipo de acciones: no pueden ser renunciadas ni son prescriptibles. Las cuestiones patrimoniales derivadas del posicionamiento familiar, en cambio, pueden perder sus efectos por el transcurso del tiempo, de conformidad con la ley.

El CCyC sigue la línea legislativa del Proyecto de Reforma de 1998, y regula en un Título especial cuestiones relativas a las acciones de estado de familia, extendiendo las reglas no solo a este tema, como lo hacía su antecedente, sino, como se vio, también a los procesos de familia en general. La novedad consiste en que se receptan las nociones de irrenunciabilidad, imprescriptibilidad —que no excluye la caducidad— e inherencia personal, sin perjuicio del tratamiento de cada instituto en particular y las reglas específicas respecto del estado de familia de que se trate, así como del ejercicio de la acción que corresponda.

A ello se adiciona la decisión de unificar la legitimación y los plazos de caducidad para todas las acciones. Esa determinación responde a la obligación de dotar de tratamiento igualitario y razonable de las acciones vinculadas con el estado de familia.

2. Interpretación

2.1. Acciones de estado de familia. Concepto

La doctrina se encargó de conceptualizar a estas acciones diciendo que son aquellas que tienden a declarar la existencia de los presupuestos para el emplazamiento en un estado determinado, o a constituir, modificar o extinguir una posición familiar previa. No siempre las acciones de estado conllevan una controversia; pero por guardar relación con el estado de familia, la intervención judicial es obligatoria para alterar el mismo. Por ejemplo, la acción de divorcio vincular (art. 438 CCyC), que modifica el estado de casada a divorciada de la persona, con independencia del desacuerdo con el contenido del convenio, o la de adopción, que desplaza un estado determinado y constituye otro (conforme arts. 594, párr. 2, y 699, inc. e, CCyC).

El objeto de las acciones de estado está siempre referido a un título, ya sea para constituirlo, modificarlo o aniquilarlo. El título es el instrumento con el que se emplaza a la persona generando las relaciones familiares. La distinción con las acciones es que de ellas deriva el ejercicio de derechos (alimentos, oposición a la celebración del matrimonio, régimen de comunicación, etc.). Una clasificación de ellas las agrupa en dos tipos:

a. acciones de estado **constitutivas**: persiguen el estado del que se carece (determinación de filiación);
b. acciones de estado **modificatorias**: persiguen modificar el emplazamiento previo (desplazamiento de la filiación, adopción plena).

El orden impuesto a las acciones de estado de familia es notablemente mejor que el contenido en el CC, pues guarda coherencia. Puede verse con claridad el esquema sistémico en lo referido a la impugnación de estado que se organiza del siguiente modo:

a. impugnación de la maternidad;
b. impugnación de la filiación presumida por la ley;
c. negación de la filiación presumida por la ley;
d. impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley; e
e. impugnación del reconocimiento.

Cada acción está concentrada en un artículo con su propio título. La única excepción es la impugnación de la filiación presumida por la ley, que se desarrolla en dos normas por su complejidad. Se siguió así el mismo orden en materia de acciones de estado que el impuesto para la determinación de la filiación, cara y contracara del mismo tema.

2.2. Irrenunciabilidad

Esta característica de las acciones de estado importa que no pueden ser objeto de cesión ni tampoco de renuncia, sin perjuicio de que, por tratarse de un derecho subjetivo, puede o no ser ejercido por su titular. Si lo fuera, carecerá de ejecutoriedad, como ocurre con el art. 436 CCyC respecto de la nulidad de la renuncia a solicitar el divorcio vincular, que carece de todo efecto jurídico; o en el caso del art. 2568 CCyC que dispone la nulidad de la cláusula sobre caducidad.

Las acciones de estado quedan fuera del alcance de la autonomía de la voluntad debido a su estrecha vinculación con los derechos que hacen a la personalidad del ser humano, en tanto han nacido para reconocerle, negarle o modificar uno de sus atributos: el estado de familia.

2.3. Imprescriptibilidad y extinción

La regla de que el estado de famila no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo es extensiva a las acciones tendientes a su protección. Sin embargo, es necesario dotar de estabilidad a las relaciones jurídicas familiares y, para eso, se establecen plazos de caducidad durante los cuales los derechos deberían ser ejercidos para no caducar. La estabilidad o permanencia como característica del estado de familia no importa su inmutabilidad, que puede verse afectada por el acaecimiento de ciertos hechos jurídicos, la celebración de ciertos actos, o el ejercicio de determinadas acciones que, admitidas, tienen ese efecto.

La prescripción es un recurso establecido para dotar de consecuencias jurídicas al transcurso del tiempo afectando al derecho, sea para consolidarlo, sea para perderlo. En el caso de las acciones de estado de familia, el principio es que no las comprende y pueden entablarse en todo tiempo.

La determinación legislativa es que, en algunos supuestos, caduca el derecho reconocido y la consecuencia es la consolidación del estado de familia de que se trata. El CCyC establece en el art. 2566: *"la caducidad extingue el derecho no ejercido"*.

En todas las acciones se otorga legitimación al hijo, al o a la cónyuge, a la madre, y a todo tercero que invoque un interés legítimo, con la sola excepción del art. 573 CCyC, que se la niega al reconociente. Respecto de los plazos de caducidad, quedan unificados en un año, sin perjuicio de las diferencias respecto del inicio del cómputo de dicho plazo según el tipo de acción —imprescriptible— de que se trate, o de a quien se considere legitimado. Algunos ejemplos de caducidad que se encuentran en el CCyC son:

a. el estado de hijo matrimonial puede ser reclamado por el propio hijo a ambos cónyuges, o por los herederos ante el fallecimiento de este (art. 582 CCyC). Si el hijo fallece antes de transcurrido un año desde que llegó a la mayoría de edad, adquirió la plena capacidad (si la tenía restringida), o conoció las pruebas para fundar la demanda, la acción les corresponde a los herederos por el tiempo que reste para completar ese plazo. Transcurrido dicho término, se produce la caducidad de la acción para los descendientes;
b. se establece el plazo de caducidad de un año para impugnar la maternidad, computable desde la inscripción del nacimiento, que se conoció la sustitución o la incertidumbre sobre la identidad del hijo (art. 588 CCyC), o para impugnar la filiación presumida por ley (art. 589 CCyC), o el reconocimiento, que para el hijo es imprescriptible y para los demás interesados caduca al año de haber conocido el acto de reconocimiento, o desde que se tuvo conocimiento de que no podía ser el hijo (art. 593 CCyC);

c. en el supuesto del matrimonio, se establece plazo anual que se computa diferente para cada cónyuge en caso de impedimento de salud, o de tres meses para los parientes que pudieron formular oposición (art. 425 CCyC), etc.

ARTÍCULO 713.- ***Inherencia personal.*** ***Las acciones de estado de familia son de inherencia personal y no pueden ser ejercidas por vía de subrogación. Sólo se transmiten por causa de muerte en los casos en que la ley lo establece.***

1. Introducción

Otra característica de las acciones de estado de familia es que no pueden ser objeto de disposición por su titular. Esa condición implica su intransmisibilidad, su disposición o enajenación por acto jurídico alguno. La transgresión de esta disposición conlleva una nulidad absoluta de ella.

A la noción de estado de familia le es propia la característica de indivisibilidad, ya que el atributo no puede escindirse y, por ejemplo, no se puede ser soltero para unos y casado para otros. En concordancia con ello, las acciones de estado solo son ejercidas por sus titulares pues la legitimación es indisociable.

Las acciones de estado no se transmiten por causa de muerte, no pueden ser cedidas, y en los supuestos en que la ley legitima a ciertos sucesores, lo hace a título propio u originario de ese tercero, aunque pueda parecer que se trata de una sucesión de legitimados.

Se concluye así con las diferencias doctrinarias acerca de esta cuestión en cuanto propugnaban que era necesario que el titular originario no hubiese perdido su derecho por causa de su fallecimiento —en una suerte de transmisión *mortis causa* de la acción—, disidencia que queda ahora zanjada por el reconocimiento de la acción a los herederos únicamente cuando la ley la admite de ese modo.

Un ejemplo lo constituye la acción del hijo que reclama su filiación a ambos progenitores, establecida en el art. 582 CCyC. Allí se regula en forma conjunta la acción de reclamación de filiación matrimonial y la extramatrimonial, con un plazo de caducidad de la acción interpuesta por los herederos de un año. En relación a la inherencia personal, este artículo admite solo la acción del interesado directo plenamente capaz —pudiendo ser continuada por los herederos, pero no a título personal—, y limita la de los herederos a que el hijo hubiese muerto siendo menor de edad o con su capacidad jurídica restringida. Si el legitimado era plenamente capaz, solo le reconoce a los herederos la posibilidad de accionar reclamando la filiación en estos términos: "*Si el hijo fallece antes de transcurrir (1) un año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos*". Esto implica el reconocimiento de que se trata de una acción de inherencia personal que el legitimado directo no pudo ejercer en vida, por lo cual se le reconoce la continuidad a sus herederos, pero acotándola al agotamiento del plazo que hubiese tenido el titular.

El tratamiento disímil entre el hijo y sus herederos responde a una justificación objetiva y razonable: el interés prioritario del hijo en el emplazamiento filial, elemento constitutivo de su derecho a la identidad.

ARTÍCULO 714.- ***Caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges.*** *La acción de nulidad del matrimonio no puede ser intentada después de la muerte de uno de los cónyuges, excepto que:*

a. *sea deducida por un cónyuge contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del matrimonio del cónyuge demandante, se debe resolver previamente esta oposición;*
b. *sea deducida por el cónyuge supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen y se haya celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior;*
c. *sea necesaria para determinar el derecho del demandante y la nulidad absoluta sea invocada por descendientes o ascendientes.*

La acción de nulidad de matrimonio deducida por el Ministerio Público sólo puede ser promovida en vida de ambos esposos.

1. Introducción

El principio general es que el matrimonio viciado se consolida por el fallecimiento de alguno de sus integrantes, con las excepciones que el texto legal establece. Ellas consisten en:

a. el cónyuge supérstite del primer matrimonio invocando impedimento de ligamen del segundo;
b. el cónyuge supérstite del segundo matrimonio, que invoca ignorancia de la subsistencia del primero y el consiguiente impedimento de ligamen; y
c. que terceros ajenos a los cónyuges (descendientes y ascendientes) la requieran por violación del impedimento de parentesco (por consanguinidad, afinidad o adopción).

2. Interpretación

La regla es la extinción del derecho a solicitar la nulidad del matrimonio una vez ocurrido el fallecimiento de uno de los cónyuges, convalidándose así el acto. Se trata de un supuesto de caducidad ante la ocurrencia de un hecho extintivo de la acción.

Las excepciones que se reconocen se fundan en la violación al impedimento de ligamen, parentesco o crimen, aunque uno o ambos cónyuges hayan fallecido, y se sostienen debido a la conexidad de la nulidad con otras acciones de las que son titulares el cónyuge o los parientes exceptuados, en virtud de un interés legítimo y propio.

2.1. Legitimados

Se encuentra habilitado para interponer la acción el cónyuge del primer matrimonio del bígamo, y también el cónyuge de las segundas nupcias para reconvenir, atacando el primer vínculo, con independencia de la buena o mala fe del reconviniente.

Se legitima a ascendientes y descendientes de cualquiera de los cónyuges cuando, con el ejercicio de la acción, pretendan la satisfacción de un interés que les es propio, como puede ser alguno vinculado con la herencia. Se excluyen, entonces, los parientes colaterales, la nuera o yerno viudos, y los herederos instituidos.

En cuanto al Ministerio Público, sin perjuicio de su legitimación para oponerse a la celebración del matrimonio (art. 411, inc. c, CCyC), expresamente le es vedado ejercer la ac-

ción de nulidad al fallecimiento de alguno de los esposos. Es posible que esta distinción tenga sustento en que la oposición para la que se encuentra legitimado el órgano estatal opera a partir de la denuncia de los interesados, y en esta norma se legitima expresamente —vía excepción— a quienes pudieran tener un interés legítimo o un derecho subjetivo afectado con el mantenimiento del vínculo que se consolida con el fallecimiento.

2.2. Continuidad de la acción

El artículo en comentario no resuelve de manera expresa la posibilidad de continuidad de la acción por los herederos de los legitimados, ante el fallecimiento de alguno de ellos. Se sostuvo —mayoritariamente— que la acción de nulidad del matrimonio, tanto en los casos de nulidad absoluta como en los de relativa iniciada en vida de los cónyuges, puede ser continuada después del fallecimiento de alguno de ellos, por quien invoque un interés legítimo (se incluirían a los herederos legítimos y a los instituidos).

Esta postura tiene su lógica si consideramos que la caducidad determina la extinción del derecho no ejercido y la pérdida de oportunidad de hacerlo, lo que no ocurre si el legitimado ya había instado la acción y fallece, afectando ese hecho a los herederos la continuidad del proceso se impone no por derecho propio de aquellos, sino como continuadores de la persona del causante.

ARTÍCULO 715.- ***Sentencia de nulidad.*** *Ningún matrimonio puede ser tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo.*

Remisiones: ver comentario al art. 403 CCyC.

1. Introducción

Para el supuesto de que no se haya consolidado el matrimonio nulo por fallecimiento de un cónyuge y caducidad del derecho (art. 714 CCyC), bajo ciertas condiciones es posible la promoción de un proceso tendiente a obtener la nulidad del matrimonio.

La sentencia que decreta la ineficacia por nulidad del matrimonio es declarativa y de desplazamiento. Solo una disposición judicial que culmine como consecuencia de un proceso con amplitud de debate y prueba puede negar efectos jurídicos al acto jurídico familiar originario. No hay matrimonio nulo de pleno derecho y su invalidez debe, indefectiblemente, ser declarada por sentencia judicial.

2. Interpretación

2.1. Juez competente

Conforme lo establece el art. 717 CCyC, será competente el juez de familia del último domicilio conyugal, al igual que se dispone para el divorcio y las cuestiones conexas. Se establece la opción de accionar en el domicilio del demandado, estando en cabeza de la parte actora la elección entre ambos domicilios.

2.2. Legitimación

Conteste con lo afirmado respecto de la inherencia personal de las acciones de estado (art. 713 CCyC), se confiere calidad de parte a los cónyuges y a quienes pudieron oponerse a la celebración del matrimonio. Ellos son, conforme lo dispone el art. 411 CCyC,

el cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio; los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los esposos, cualquiera sea el origen del vínculo; y eventualmente el Ministerio Público, si la nulidad hubiese ameritado la oposición a la celebración de matrimonio cuya nulidad se persigue, y los cónyuges no han fallecido (art. 714, última parte, CCyC).

En el proceso de nulidad, en razón de estar comprometido el interés social, deberá tomar intervención el Ministerio Público en calidad de parte.

Remitimos al comentario del art. 403 CCyC en lo que hace al impedimento de falta de edad legal. No obstante, se señala que, si a la fecha de promoción de la demanda de nulidad los cónyuges hubiesen alcanzado la edad legal, la petición es inadmisible y corresponde el rechazo liminar (art. 425, inc. a, párr. 2, CCyC).

En el supuesto del cónyuge con padecimiento mental que recupera la salud y continúa cohabitando, solo podrá plantear la demanda antes del año de reestablecido, operando —luego de ese plazo— la caducidad. Sus parientes con legitimación para oponerse, serán alcanzados por el plazo de caducidad establecido en el art. 425 CCyC, si no interponen la demanda dentro de los tres meses de celebradas las nupcias.

El cónyuge que ha sufrido un vicio en el consentimiento (art. 409 CCyC) también se encuentra habilitado para interponer la acción, en los plazos previstos por el art. 425, inc. c, CCyC (30 días posteriores a conocer el error del consentimiento o haber cesado la violencia si continuaron la cohabitación, y un año del cese de la cohabitación).

2.3. Acumulación de la nulidad con otras acciones

Es usual que la acción de nulidad se plantee concomitante con la de divorcio vincular, y ambas coinciden en el efecto de la recuperación de la aptitud nupcial, aunque los motivos que sirven de base a una u otra nacen en tiempos disímiles: los de la nulidad, a la celebración del matrimonio; los del divorcio, durante el transcurso del mismo.

2.4. Particularidades de la nulidad matrimonial (arts. 424 a 430 CCyC)

No se cambia el doble régimen de nulidad absoluta y relativa del matrimonio, pero se introducen algunas modificaciones a la segunda. Para la causal de falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto matrimonial, se establece que cualquiera de los cónyuges que desconocía el impedimento puede peticionar la nulidad, excepto que hayan continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud el que sufre el impedimento, o luego de conocido el impedimento por parte del cónyuge sano.

Se fija el plazo de un año para el ejercicio de esa acción, pues el estado de familia no puede quedar en la incertidumbre de manera indefinida. Vencido ese término, solo queda habilitada la vía del divorcio.

El juez debe oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto. Se suprime la posibilidad de solicitar la nulidad por impotencia por diversas razones: atenta contra la dignidad de las personas ventilar este tipo de cuestiones en un proceso judicial, cuya prueba es invasiva de la intimidad; las causas de la impotencia pueden ser diversas, de carácter objetivo y subjetivo —es decir, con determinada persona y no con otra—, todo lo cual dificulta la prueba.

El CCyC define, además, qué se entiende por buena fe (art. 427 CCyC). Para el supuesto de buena fe de ambos contrayentes, a los fines de compatibilizar con las modificaciones que se introducen en otros Títulos del Código, se dispone que la sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio y, además, que si la nulidad produce un desequilibrio económico en uno de ellos en relación al otro, se aplican las normas relativas a la institución de las prestaciones compensatorias.

CAPÍTULO 3

Reglas de competencia

ARTÍCULO 716.- ***Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes.*** *En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.*

1. Introducción

Si algo caracteriza al conflicto que se vuelca en los procesos de familia es la connotación esencialmente flexible y dinámica de las relaciones interpersonales. Si bien la contienda se presenta en función de determinados hechos ocurridos en el pasado, hace al devenir vital la imposibilidad de estratificación del desarrollo de los lazos afectivos y sus consecuencias, máxime cuando somos contemporáneos de una época signada por cambios científicos, culturales y sociales que obligan a un reacomodamiento jurídico.

El derecho es factor de cohesión y ordenación social, pero también motor de cambio del orden imperante. En ese sentido, las normas escritas deben estar formuladas con amplitud suficiente para admitir situaciones nuevas no existentes al momento de la formulación originaria.

Son conocidas las dificultades que acarreó la implementación de un sistema donde se pusieron en valor las garantías constitucionales de todos los involucrados (Sistema de Protección Integral de Derechos, ley 26.061 y leyes provinciales) que convive con la persistencia de la rémora que dejó el sistema tutelar en el abordaje de la infancia. Algo similar ocurre respecto del cambio de paradigma operado en la consideración de las personas con discapacidad, que dejaron de ser "incapaces" para comenzar a ser considerados personas con capacidad de ejercicio restringida.

El CCyC incorpora una pauta de determinación de la competencia en función de que la jurisprudencia mostraba las dudas, paradojas, desinteligencias y aún interpretaciones contradictorias, consecuencia del nunca acabado cambio de un modelo legislativo —el de la consideración de la persona menor de edad como objeto disponible por los adultos— a otro que lo visualiza y trata como sujeto pleno de derechos, con ejercicio progresivo de su autonomía y capacidad.

El centro de regulación legislativa es el hombre y, en particular, se debe producir una reformulación en procura de reestablecer un mínimo de equilibrio tendiente a la igualdad real entre los individuos, sean ellos plenamente capaces, sean pertenecientes a categorías vulnerables —niños, niñas y adolescentes o personas con capacidad disminuida—. En

razón de eso es que se fija un punto de contacto claro pero a la vez flexible, dado por un concepto indeterminado pero determinable, como es el "centro de vida".

2. Interpretación

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). La disponibilidad por los particulares reviste carácter de excepcional, y por lo tanto, así deberá estar previsto en la ley.

Para determinados supuestos en los que se debaten los derechos de niñas, niños y adolescentes, reconocidos por el derecho constitucional convencional, es necesario garantizar la efectividad de ellos, de modo que la determinación del factor que fijará la competencia territorial del magistrado que resolverá el conflicto reviste carácter de cuestión delegada factible de regulación en el orden nacional; además de estar contenida en la facultad que la Constitución Nacional atribuye al Congreso Nacional, es decir, legislar para garantizar la igualdad de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos (art. 75, inc. 23, CN).

Con acierto se sostuvo que *"no se usurpa entonces el poder reservado por las Provincias pues estas en sus códigos procesales podrán volcar iguales o similares normas a las procesales introducidas en los códigos y leyes de derecho común y por supuesto ampliarlas pero nunca contradecirlas. Ellas no están condicionadas, a diferencia de la Nación, por lo 'necesario y suficiente' por ser 'dueñas' de la jurisdicción. En cambio, en lo que toca a la Nación, aquí su poder concurrente no deberá desbordar de lo necesariamente complementario y suficiente para la mejor y más acabada consecución en la aplicación de los institutos de fondo, ya que están produciendo 'por necesidades puntuales' más arriba mencionadas, normas que se corresponden con un instituto (la jurisdicción) retenido por las provincias"*.(143)

2.1. Centro de vida

El art. 716 CCyC recepta el principio ya establecido en el art. 3°, inc. f, de la ley 26.061, que dispone: "*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: (...) 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*".

El fundamento por el cual este punto de contacto es el más protegido debe buscarse en el interés superior del niño —materializado en el acceso a la justicia en condiciones de igualdad que los adultos—, y el respeto por el derecho a la identidad, más allá de que la

(143) Santiago, Gerardo A., "Las provincias, la Constitución Nacional, la Nación y las normas procesales. Los poderes delegados y las normas procesales. Facultades de la Nación y/o de las Provincias. Poder Concurrente", en *Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, 41, febrero de 2013.

CSJN al resolver los conflictos de competencia en esta materia lo haya invocado en función del principio de inmediación.

El contacto directo con el juez es una garantía que debe ser provista sea cual fuere el órgano competente, y la inmediación será un deber del juez que deba resolver el conflicto. Si bien la noción de centro de vida supone facilitar que el niño acceda a la administración de justicia, dando prioridad a la proximidad permanente del niño con el magistrado, ese contacto debe ser con el órgano de la administración de justicia correspondiente al lugar donde el niño, niña o adolescente transcurrió "en condiciones legítimas" la mayor parte de su vida.

2.2. Contenido

El centro de vida es un concepto de orden sociológico, y para su determinación son varios los factores a considerar, siendo insuficiente la última residencia. Reviste singular importancia el lugar donde hubiese desarrollado los vínculos afectivos, sociales, educativos y culturales esenciales para la definición de su personalidad, el lugar del último domicilio en común con sus padres, o aquel donde se conservan gran parte de sus afectos.

Se sostuvo que "*el centro de vida, está constituido por un conjunto de sensaciones, sentimientos, vivencias, acerca de las personas, cosas o lugares que permiten una construcción subjetiva. Se traduce en sensación de bienestar, de seguridad, sentido de posesión, sentimiento de anclaje no solo en el lugar sino en las cosas. Y que para evaluar en el caso concreto el centro de vida, se debe advertir que un lugar determinado, y no otro, junto con su gente, sus olores, sonidos, es vivido como propio, como natural*".[144]

La residencia habitual no es un concepto jurídico, sino una cuestión de hecho, y en eso coinciden con el centro de vida, al que, además, integra. Por eso se deberá 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 la diferencia reposa en que para hablar de centro de vida se requiere, además, que en él haya transcurrido en condiciones legítimas una buena porción de su existencia, cuestión que comprende el despliegue más amplio posible de construcciones vitales, seguridad, anclaje y cotidianeidad. Es, en definitiva, la vinculación del lugar con los seres y cosas que conforman su mundo real y emocional.[145]

2.3. Un muy cuestionable fallo de la CSJN

En esas circunstancias es llamativa la resolución adoptada por la CSJN, en el fallo del 27/11/2014 en el cual, si bien se dijo que "*En actuaciones cuyo objeto atañe a niños es aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de aquellos, por lo que corresponde dar primacía al lugar donde ellos residen para determinar la competencia*",[146] no se tuvo en consideración la pauta que brinda la ley 26.061 en lo que hace al centro de vida. Incluso, la misma habría sido vulnerada en razón de que la niña, de 5 años, había transcurrido su vida en condiciones legítimas en la provincia de Mendoza,

(144) Amoreo, María Cristina, "Centro de Vida", V Conferencia Internacional de Derecho de Familia "Hacia una armonización del Derecho de Familia", Cuba, 12 al 14 de Mayo de 2009, [en línea] http://www.projusticiafamiliar.org/wp-content/uploads/2011/02/PonenciaCubal.pdf

(145) Biocca, Stella Maris, "Interés superior del niño", en *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 30, Bs. As., AbeledoPerrot, p. 23.

(146) CSJN, "G. de O., M. V. s/ guarda-medida cautelar", 27/11/2014.

siendo trasladada luego del fallecimiento de sus dos progenitores y un hermano, a la de San Juan por una tía —a quien se le confirió la guarda—. En dicho trámite, la CSJN no advirtió a los jueces de las anteriores instancias con suficiente énfasis acerca de la omisión del proveimiento de la tutela legal, ni nada dijo sobre los abuelos residentes en la provincia natal, donde además estaba fijada la competencia por imperio del art. 400 CCyC.

Es probable que la morosidad que insumió ante la propia CSJN el conflicto de competencia haya incidido en la resolución final. Nada de eso dice el fallo. Sin embargo, se extracta de su contenido la falencia apuntada en cuanto a la consideración del centro de vida con equivalencia a la residencia actual.

Aunque no relacionado con este tema, también es criticable la solución propiciada sobre la designación de "un letrado que patrocine a la niña" para que ejerza el derecho a ser oída, siendo que —justamente, por haberse omitido su participación a tal fin—, no se conocía su grado de madurez para el ejercicio del derecho a contar con un letrado propio, y lo prudente era atender la postura del Ministerio Público que propició la designación de tutor.(147)

2.4. Centro de vida e interés superior del niño

El interés superior del niño, como regla de derecho, 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*".(148)

En similar sentido, también se dijo que: "*… para precisar la noción de interés superior del niño, su referencia debe proyectarse a futuro, de modo de adoptar aquella decisión que mejor asegure el desarrollo de su personalidad en el marco del reconocimiento de sus derechos fundamentales*".

Esta es una de las razones por la cual debe prestarse mucha atención al momento de determinar cuál es el centro de vida de una persona, pues implica mucho más que el lugar de su residencia habitual, y la indiscriminación conceptual puede llegar a provocar la afectación del interés superior del niño.

2.5. El centro de vida en algunos institutos en particular

El concepto se plasma en las disposiciones contenidas en el art. 112 CCyC —discernimiento de la tutela—, art. 581 CCyC —acciones de filiación ejercidas por personas menores de edad o personas con capacidad restringida—, arts. 610 y 612 CCyC —declaración de adoptabilidad y resolución de guarda con fines de adopción—,

(147) *"Que a los efectos de atender primordialmente al interés del niño, en atención a las circunstancias del caso y con el objeto de que la menor implicada en las actuaciones sea escuchada con todas las garantías a fin de que pueda hacer efectivos sus derechos, corresponde solicitar al tribunal de la causa que proceda a designar un letrado especializado en la materia para que la patrocine"*. CSJN, "G., M. S. c/J. V., L s/divorcio vincular", 26/10/2010, Fallos: 333:2017.

(148) 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.

art. 615 CCyC —juicio de adopción—, y el art. 653, inc. d, CCyC —el cuidado del hijo ejercido por uno de los padres—.

2.6. Procesos que involucran los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Los procesos que tienen como protagonistas o partícipes a niños, niñas y adolescentes exigen —no solo al momento de sus sentencias sino durante todo su desarrollo—, la aplicación y salvaguarda del principio constitucional de interés superior del niño (art. 3º CDN).

La regulación procesal tradicional fijó la competencia judicial en muchos supuestos, por aplicación del principio de prevención y de *perpetuatio jurisdictionis,* determinando la intervención en los incidentes con referencia al proceso principal u originario, independientemente de los cambios o mutaciones en la vida, residencia y domicilio de los interesados.

En la actualidad se desplaza el centro de imputación: es el niño, y sus derechos integralmente considerados, quien indica el punto de contacto, el eje y el centro de imputación para determinar qué juez será competente, aunque resulte necesario prorrogar una intervención jurisdiccional anterior.

La competencia se determina, entonces, virando de un estándar objetivo a uno subjetivo: se desentiende del tipo de proceso o de la acción y se focaliza en la condición del sujeto de tutela judicial: el niño, niña o adolescente.

ARTÍCULO 717.- ***Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio.*** *En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta.*

Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo.

1. Introducción

El establecimiento de reglas de competencia para las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio es materia ya regulada en el derecho sustancial. El art. 227 CC establecía que la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio se interponía ante el juez del último domicilio conyugal, aunque no fuera el de los cónyuges al momento de promover la demanda. Se entendía por tal aquel elegido de común acuerdo por el matrimonio y que se mantenía al momento de producirse la separación.

En la actualidad, el CCyC trae una definición de domicilio diciendo que es aquel "*de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges*" (conf. art. 2621 CCyC). En los "Fundamentos de elevación..." se hizo referencia a que se introducen aquellas definiciones que se consideró podían tener impacto jurídico, siendo esta una de ellas.

2. Interpretación

La acción de divorcio puede ser iniciada por uno o ambos esposos (art. 437 CCyC); la nulidad por uno solo de ellos. El artículo en comentario, a diferencia del anterior, mantiene el principio del juez preventor, que se plasma en el latinazgo *perpetuatio jurisdiccionis,* por razones eminentemente prácticas: al producirse la disolución del proyecto común cada miembro de la pareja elegirá un nuevo domicilio, y la única forma

de evitar y prevenir conflictos de competencia será mantener el último común como punto de contacto. Esta pauta también es la que fija o determina la competencia en las acciones de alimentos o para reclamar pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes (art. 719 CCyC).

Las acciones conexas al proceso de divorcio, que se refieran a los efectos derivados de la disolución del vínculo y a los cónyuges —y que no involucren cuestiones referentes a los hijos menores de edad—, quedan radicadas ante el juez del divorcio. Es decir, el que ejerce su jurisdicción en el último domicilio conyugal o en el de cualquiera de ellos si la presentación la efectuaron en forma conjunta ambos cónyuges.

Como se explicó en el comentario al art. 714 CCyC, se establecen reglas especiales para aquellos supuestos donde se involucran derechos de los hijos de la expareja conyugal o convivencial. De tal suerte que, si los hijos mantienen el mismo domicilio que los padres al momento de presentarse el divorcio o la nulidad del matrimonio, ese juez será el competente para resolver las cuestiones derivadas de la coparentalidad que no pudieron resolverse sin proceso judicial. Si los hijos residieran en una jurisdicción distinta a la del juez del proceso principal, corresponde intervenir al magistrado de la jurisdicción donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

2.1. Fuero de atracción. Quiebra o concurso del cónyuge

El art. 21, de la ley 24.522 dispuso que el concurso produce la radicación ante el juez de este proceso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado, pero en el inciso 2 exceptúa expresamente los juicios fundados en las relaciones de familia.

Esta norma dio lugar a opiniones encontradas en el tema de la competencia, y algunos fallos postularon que las acciones referidas a los bienes del matrimonio constituían pretensiones incidentales dentro del proceso universal. Otros precedentes explicaban que la excepción del inciso 2 era de aplicación imperativa, e incluía la liquidación y partición de los bienes que componían el acervo conyugal, quedando exentas del fuero de atracción del concurso y la quiebra.

El CCyC dirime esa controversia admitiendo que hace a la naturaleza propia de los procesos concursales —cuyo objeto es el patrimonio del concursado— determinar el contenido del mismo. Por lo demás, no se trata estrictamente de una situación fundada en las relaciones de familia, y hace a la seguridad jurídica mantener un criterio único en las resoluciones que se dicten sobre el mismo supuesto fáctico respecto de los bienes del fallido.

ARTÍCULO 718.- ***Uniones convivenciales.*** ***En los conflictos derivados de las uniones convivenciales, es competente el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor.***

1. Introducción

Las uniones convivenciales tienen su propia regulación a partir del art. 509 CCyC. Cuentan con una definición legal que dispone que es aquella "*basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.*"

Se establecen los requisitos necesarios para la configuración de esta forma familiar reconocida por primera vez en el Código (art. 510 CCyC) y se regula su registración al solo fin

probatorio de su existencia —no de su constitución—, su eventual extinción y los pactos celebrados entre los convivientes (art. 511 CCyC).

2. Interpretación

No existe motivo razonable para adoptar un punto de conexión distinto al establecido para el divorcio vincular o la nulidad matrimonial en el supuesto de los conflictos que se puedan suscitar respecto de las uniones convivenciales.

La norma es clara en cuanto atribuye la competencia al juez del último domicilio de los convivientes o, a elección del actor, el del domicilio del demandado.

Será entonces ante el juez del último domicilio de la unión convivencial o en el del demandado —a elección de la parte actora— donde se plantearán las acciones derivadas de los efectos del pacto de convivencia (art. 513 CCyC y ss.), las fundadas en el deber de asistencia durante la convivencia (art. 519 CCyC), la que persigue la contribución a los gastos del hogar o la atribución de la vivienda familiar (art. 526 CCyC). También ante ese magistrado girará la dilucidación de la determinación de la compensación económica (arts. 524 y 525 CCyC).

ARTÍCULO 719.- ***Alimentos y pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes.*** *En las acciones por alimentos o por pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 434, 441 y 442 CCyC.

1. Introducción

El CCyC reconoce, a lo largo de su articulado, las distintas conformaciones familiares que forman parte del entramado social, con una fuerte presencia del principio de realidad, y sustentado en dos pilares constitucionales:

a. la igualdad y no discriminación en el tratamiento de la protección jurídica a los distintos tipos familiares, y
b. la autonomía de la voluntad en la elección del tipo de familia que se constituya, garantizada con la protección más igualitaria posible.

En ese sentido, la norma en comentario establece una igualdad de trato entre las parejas unidas por vínculo conyugal y las uniones convivenciales tanto en la determinación de la competencia para el reclamo de alimentos entre los cónyuges y los convivientes, como los relacionados con las prestaciones compensatorias.

Pero también, sosteniendo lo que se consideró una verdadera ética de los vulnerables en los Fundamentos, establece cuatro opciones para la parte de la relación que considera más débil, y con la finalidad de recomponer el desequilibrio producido por la ruptura del vínculo o la convivencia. Según las posibilidades que da la norma en los casos de alimentos o prestaciones compensatorias, el cónyuge o conviviente elige:

a. el último domicilio conyugal o convivencial;
b. el del beneficiario (actor);
c. del demandado;
d. o donde se cumpla la obligación (convenio).

2. Interpretación

2.1. Deber de asistencia alimentaria entre cónyuges

En principio, la obligación alimentaria solo rige durante el matrimonio, aunque se establece la posibilidad de que se mantenga en supuestos determinados o por acuerdo celebrado entre los excónyuges. A estos efectos, remitimos al art. 434 CCyC.

2.2. Compensación económica

Dicha compensación aparece regulada en el art. 441 CCyC, y las pautas para su fijación se encuentran determinadas en el art. 442 CCyC, a cuyos textos y comentarios remitimos.

Esta acción tiene establecido un plazo de caducidad para reclamar el derecho a la compensación económica que se fijó en 6 meses, contados desde la sentencia de divorcio.

En materia de uniones convivenciales, por su parte, el art. 524 CCyC dispone: "*Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez*".

ARTÍCULO 720.- ***Acción de filiación.*** ***En la acción de filiación, excepto que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del domicilio del demandado.***

Remisiones: ver comentario al art. 716 CCyC.

1. Introducción

Las acciones de filiación se regulan a partir del art. 576 CCyC, y en principio se interponen ante el juez del domicilio de la persona demandada. La excepción a esa regla general es que la parte actora sea una persona menor de edad o con capacidad restringida.

Se trata de acciones personales tendientes a la determinación del estado y a su emplazamiento o desplazamiento, que tradicionalmente se planteaban ante el juez del domicilio del demandado, siguiendo las reglas generales de atribución de competencia de tinte fuertemente patrimonial, cuestionables por resentir el acceso a la tutela judicial efectiva.

La realización del acceso a la justicia se materializa, no solo con la posibilidad de ocurrir al ámbito jurisdiccional en búsqueda del amparo de los derechos, sino también allanando los caminos para ello, lo que implica tener en cuenta la disponibilidad efectiva para ese ejercicio y remover los obstáculos reales que impidan ese fin.

Dentro de ello, la economía procesal es un principio de enorme gravitación que incluye economía de tiempo y de recursos, y en los casos de las acciones de filiación en los que está en juego la identidad y la dignidad personal, cobra relevancia especial. Determinar la competencia en función de una regla general, pero estableciendo una excepción para la parte más vulnerable de la relación —en este caso, los menores de edad o quienes tengan restringida su capacidad—, importa establecer la igualdad real mediante la corrección de una desigualdad estructural con el objeto de colocar a las partes en idénticas condiciones de acceso al servicio.

La valoración y la corrección procesal introducida respecto de la competencia a favor de estos dos grupos de beneficiarios tiene su fundamento constitucional en el art. 75, inc. 23, CN, que autoriza al Congreso a "*legislar para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad*". Se trata, entonces, de una corrección legislativa razonable pues se funda en normas constitucionales convencionales y su finalidad es paliar la desventaja estructural que los afecta o los incluye dentro de los grupos vulnerables. Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad contemplan a la edad y la discapacidad como determinantes de la inclusión en el universo de vulnerabilidad, sugiriendo ajustes procesales imprescindibles para paliar el desequilibrio.

2. Interpretación

2.1. Personas menores de edad

Conforme lo establece el art. 25 CCyC, son menores de edad quienes no alcanzaron los 18 años, y comparecen en calidad de parte en los procesos de filiación a través de sus representantes (arts. 24, inc. b; 26; 100; 101; 109, inc. a, CCyC) o por su propio derecho y con patrocinio jurídico si cuentan con edad y madurez suficiente o se trata de un adolescente competente (arts. 24, inc. b; 26 y 109, inc. a, CCyC).

Las demandas que entablen las personas menores de edad para reclamar o impugnar su filiación se interpondrán ante el juez del domicilio donde los niños, niñas o adolescentes tengan su centro de vida (arts. 581, 716 y 720 CCyC). Se deja abierta la opción para la persona menor de edad de interponerla ante el juez del domicilio del demandado, es decir, de recurrir al principio general.

En cuanto al concepto y alcance de la noción del "centro de vida", corresponde remitirnos a lo señalado al comentar el art. 716 CCyC.

2.2. Personas con capacidad restringida

La finalidad de la norma en comentario es facilitar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad participantes del proceso en igualdad de condiciones con los demás.

El art. 13 CDPD, de rango constitucional, exige a los Estados partes que aseguren que las personas con discapacidad "*tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.*"

Los ajustes de procedimiento tienen como objeto permitir el ejercicio real y pueden realizarse de oficio ante la comprobación, por parte del juez, de que un obstáculo está interfiriendo para que una persona con restricción de su capacidad participe en el proceso en igualdad de condiciones con las demás.

La determinación de las reglas de competencia es central en la medida que posibilita la eficacia real del principio de acceso a la justicia, eliminando las barreras de accesibilidad que importan la distancia, los costos económicos y falta de inmediatez con el órgano jurisdiccional.

Si bien la capacidad de ejercicio de la persona se presume (art. 31, inc. a, CCyC), bajo determinadas circunstancias esa capacidad puede ser restringida y proveerse apoyos necesarios para coadyuvar al ejercicio pleno de sus derechos (arts. 32, 37 y 43 CCyC).

Con ese alcance es que en esta disposición procesal se establece que las acciones de filiación que deba interponer una persona con capacidad restringida —por sí, con los apoyos necesarios, a través de una representación adecuada que le asegure la comprensión del acto procesal de que se trata, o de un curador (arts. 24, inc. c; art. 31, inc. d y e; arts. 32 y 43 CCyC)—, se entablarán en principio ante el domicilio donde la persona tiene su centro de vida (arts. 581 y 720 CCyC), salvo que le sea más favorable al ejercicio de sus derechos accionar ante el juez del domicilio del demandado y a su elección.

CAPÍTULO 4

Medidas provisionales

ARTÍCULO 721.- ***Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio.*** *Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.*

Puede especialmente:

a. *determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;*

b. *si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;*

c. *ordenar la entrega de los objetos de uso personal;*

d. *disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;*

e. *determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433.*

Remisiones: ver art. 433 CCyC.

1. Introducción

El criterio rector sobre el cual se legisló la de tutela diferenciada[149] en materia de derecho de familia, y ello involucra los procedimientos de los que emanan decisiones jurisdiccio-

(149) Peyrano, Jorge W., "Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada", en *Revista de Derecho Procesal*, t. 2009-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 22. señala: "*habrá tutela procesal diferenciada cuando —excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama— se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia*".

nales anticipadas y urgentes, reposa en la salvaguarda más eficaz posible de los derechos y situaciones sustanciales que regula el CC.

Uno de los valores que la legislación sostiene es la solidaridad, que se promueve que sea sustentada durante todo el recorrido que importa cualquier relación jurídica familiar. Encarna Roca sostiene —atinadamente— que la familia de hoy debe cumplir tres funciones fundamentales:

a. protección;
b. ajuste a nuevas circunstancias que puedan producirse;y
c. ayuda a los integrantes más vulnerables.[150]

Esos son los fundamentos de la regulación que el derecho privado constitucionalizado incorpora en su articulado, con miras a la protección de los más vulnerables.

La tutela diferenciada permite incluir dentro de ella al subsistema cautelar, como modo de prevenir que el deterioro de las relaciones interpersonales provoque daños de gravedad para las personas o los bienes de los involucrados.

Existen situaciones que ameritan la urgente decisión judicial, y una atención inmediata que no admite dilaciones ante el riesgo de vulneración de algún derecho sustancial. Se viabilizan a través de medidas provisionales de carácter instrumental —es decir, dependen siempre de un proceso principal concomitante o ulterior— mutable o sustituible.

En los procesos en general, las medidas cautelares se otorgan para asegurar el contenido de la sentencia a dictarse y para evitar que el derecho invocado se torne ilusorio; requieren que tal derecho sea verosímil —grado de probabilidad apreciable— y que exista peligro en la demora ordinaria que irrogan los procesos; se exige contracautela y se disponen sin audiencia ni intervención de la otra parte, pudiendo ser modificadas, sustituidas e incluso dejadas sin efecto. Se subordinan al resultado del proceso principal, del que son tributarias, y si se disponen antes de iniciado aquel son pasibles de caducidad.

En los procesos de familia, varios de esos recaudos son morigerados en función de los intereses en juego, y, así, la instrumentalidad, el proveimiento sin sustanciación, y los presupuestos de admisibilidad y ejecutabilidad —como la no sujeción a términos de caducidad—, adquieren otras dimensiones para que la herramienta del proceso esté a disposición del derecho sustancial afectado o en peligro de estarlo, y cuya tutela no admite demora alguna. Las medidas cautelares clásicas se transforman entonces en medidas provisionales, pues no estarán ya dirigidas a asegurar el resultado de la sentencia, sino a proteger a las personas y a determinados intereses que reclaman premura en su resguardo. En ocasiones, incluso, el proveimiento de la medida significa la satisfacción de la pretensión de fondo, y quien la obtiene no se encuentra compelido a plantear un juicio principal. Es el caso de las denominadas "medidas autosatisfactivas", que se presentan frecuentemente en supuestos de violencia familiar, cuando se disponen medidas protectivas como la prohibición de contacto y acercamiento.

(150) Kemelmajer de Carlucci, Aida, "Prioridad de los valores solidaridad y responsabilidad familiar por sobre el de autoridad familiar", en Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras (dir.), *Tratado de Derecho de Familia según el CCyC de 2014* , 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 79, con cita de Roca, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999.

Los litigios de familia se diferencian de los demás conflictos entre las partes pues no se trata de resolverlos dando la razón a alguna y declarando culpable a la otra, sino que se procura eliminar el conflicto y colaborar para que la familia encuentre un nuevo orden.[151] En ese particular contexto, las tutelas diferenciadas se erigen como elementos de salvaguarda de derechos personalísimos, y las medidas provisionales —de naturaleza cautelar o autosatisfactiva— son utilizadas para reencausar el litigio, pues sólo podrá ser eso posible cuando se hizo cesar el peligro de vulneración de intereses o bienes fundamentales que se muestran como irreparables si no se impide que el daño anunciado se concrete.

Ante el conflicto familiar y la necesidad de adoptar medidas protectivas impostergables, se exige acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, sin que sea siempre necesario exigir contracautela o teniéndola por prestada con la presentación; el contradictorio se restringe, pero, en ocasiones, la bilateralidad puede procurarse con un breve traslado, especialmente si la medida provisional coincide con el fondo de la cuestión principal. Pueden decretarse a requerimiento de parte o aún de oficio para la seguridad de las personas, de los bienes, satisfacer necesidades urgentes o hacer eficaces las sentencias de los jueces.

Es por lo dicho que algunas medidas provisionales que se dictan en los litigios de familia no tienen plazos de caducidad, y pueden tener andamiaje favorable antes del inicio del proceso que corresponda o concomitante con él.

2. Interpretación

La norma en comentario se refiere a aquellas resoluciones de naturaleza protectiva, de posible implementación en los juicios de divorcio y de nulidad del matrimonio, con una clara finalidad: "*regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso*".

Para su procedencia, se tiene en cuenta que la verosimilitud del derecho surge con la comprobación del vínculo familiar entre los afectados y el relato de los hechos que den cuenta de la situación. Puede abonarse con prueba autónoma (como un certificado de un psicólogo que acredite la situación de estrés o angustia) o requerirse —o el juez ordenar de oficio— la intervención del equipo interdisciplinario (principio de oficiosidad, art. 709 CCyC). También es posible que la urgencia no surja evidente y se estime prudente convocar a las partes a una audiencia donde la contraria será oída antes de resolver, y también los hijos (art. 12 CDN y principio de participación efectiva, art. 707 CCyC), dando paso a una bilateralidad acotada.

Las medidas provisionales no están sujetas a plazos de caducidad, y aunque la norma no lo dice —a diferencia de lo que ocurre con las que se refieren a los bienes (conf. art. 722 CCyC)— el juez fijará un término dentro del cual se deberán instar las acciones correspondientes (alimentos, ejercicio de la responsabilidad parental, divorcio, nulidad) cuando la medida se solicita con anterioridad a la presentación de la acción de nulidad o divorcio. Ello en función de que la tutela se concede por la situación que se genera en la familia por la ruptura de la relación y, además, porque es necesario resguardar el derecho de defensa que se verá afectado —cautelarmente— con este contradictorio restringido.

(151) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Principios procesales y tribunales de familia", en *JA*, 1993, IV, 676.

Tutela anticipada	Finalidad	Requisitos generales
Medidas cautelares	Aseguran el resultado del juicio	• Verosimilitud del derecho • Peligro grave e inminente • Contracautela • Requieren juicio posterior • Plazo de caducidad
Medidas provisionales	Regulan las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos	• Verosimilitud (pretensión) • Urgencia por vulneración de un derecho fundamental • Bilateralidad acotada • Sin plazo de caducidad • Antes o concomitante con la demanda principal

2.1. Atribución —provisional— del uso de la vivienda

Ya el art. 231 CC disponía la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda que había constituido el hogar conyugal a favor de alguno de los cónyuges por razones de urgencia o peligro para las partes o los hijos, con la obligación de acreditar la conflictividad de la convivencia. Esta posibilidad también surge de la aplicación del art. 26, inc. b, de la ley 26.485, que prevé el dictado de medidas cautelares para ordenar la exclusión del hogar de quien ejerce violencia y/o el reintegro de la mujer, en carácter de medida preventiva urgente, con independencia de la titularidad del inmueble.

La convivencia de la pareja en periodos de crisis y deterioro de la relación puede provocar situaciones que van desde la tensión que provoca el cisma de la relación y su reflejo en una cohabitación insoportable, a supuestos de violencia física o emocional con grave perjuicio para los integrantes del grupo familiar. En ese contexto disfuncional se hace necesario disponer la exclusión o el reintegro —o ambos— de alguno de los miembros de la pareja para evitar que el divorcio o el cese de la convivencia que no pudo resolverse en términos acordados, desborde en situaciones incluso de peligro.

El CCyC, siguiendo la línea de condensar en un Título único distintas pautas procesales imprescindibles para dotar de efectividad a los derechos fundamentales —en especial, de las categorías vulnerables (art. 75, inc. 23, CN)—, incorpora dentro de las medidas provisionales la atribución de la vivienda. La medida de atribución provisional del uso exclusivo de la vivienda puede ser solicitada por ambas partes, o ser ordenada de oficio por el magistrado. Deben reunir los presupuestos de admisibilidad: verosimilitud del derecho, fundado en situaciones de malestar grave o riesgo que pueden ser acreditadas previamente o con intervención del equipo técnico del tribunal, y urgencia.

Debido a que la atribución de la vivienda es uno de los problemas centrales del cese de la convivencia de las personas, al resolver sobre la procedencia provisional de ella es imprescindible considerar el principio de solidaridad al que nos referimos, y aplicar los principios generales de los procesos de familia sin olvido del rol de acompañamiento que caracteriza al juez de familia.

La adjudicación tendrá vigencia hasta tanto se resuelva la cuestión, con mayor profundidad de análisis y prueba —de conformidad con las pautas que indica el art. 443 CCyC—,

sin perjuicio de que el caso o el propio acuerdo que puedan hacer las partes, si son convocadas a audiencia, aconseje imponer un término distinto.

A fin de determinar la procedencia y el plazo de duración, el juez ponderará distintas pautas, entre las que se destacan:

a. el interés familiar: esta pauta busca integrar los derechos de todos los miembros involucrados y no únicamente el del peticionario de la vivienda. Resulta de utilidad para evaluar la situación, y si esta no es de riesgo inminente, la intervención de un equipo de profesionales de la conducta que informe sobre la dinámica familiar;

b. el cuidado de los hijos: las familias de hoy se caracterizan por cierta movilidad de los roles estereotipados de antaño, con mujeres inmersas en el mercado laboral y hombres que comparten más las tareas del hogar y la crianza. Esta realidad también debe ser ponderada fundamentalmente para que la separación de la pareja incida lo menos negativamente posible en los niños y las relaciones parentales, siendo preferible mantener en el hogar conyugal a aquel que más tiempo pueda ocuparse de los hijos;

c. de ser posible, deberán acreditarse los ingresos de cada integrante de la pareja o las posibilidades reales de satisfacer el derecho a la vivienda de aquel que se pretenda sea excluido;

d. al disponer la atribución, se debe ordenar la entrega de los objetos personales de quien deba retirarse y la realización de un inventario —que puede ser requerido al excluido antes de ejecutar la disposición— sobre los bienes que se lleve consigo;

e. puede establecerse —si las condiciones lo permiten— el pago de una renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges. Para determinarlo, el juez debe contar con elementos de juicio suficientes que no siempre se aportan en demandas de este tipo. Este es uno de los temas que puede ser resuelto a partir del principio de inmediación con la convocatoria a audiencia a las partes una vez dispuesta la exclusión de alguno de ellos y para organizar la ejecución de la disposición judicial;

f. generalmente, resulta necesario disponer un régimen de alimentos para los hijos y expedirse sobre el cuidado de ellos y el ejercicio del derecho de comunicación con el no conviviente, en forma simultánea con la atribución del hogar. Si las razones de urgencia no son tales que obliguen a la adopción de la medida sin sustanciarla, es conveniente que la parte contraria a quien la solicita tenga ocasión de expedirse sobre estos puntos. De ese modo el juez contará con mayores elementos en su decisión, e incluso podrá convocar a audiencias de conciliación sobre este y otros puntos, con especial atención al deber de escuchar a los hijos de la pareja;

g. eventualmente, también se determinarán provisionalmente los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta —si ello es posible— las pautas establecidas en el art. 433 CCyC (trabajo en el hogar, dedicación al cuidado de los hijos, edades, estado de salud, capacitación laboral y posibilidad de acceder a un empleo, colaboración en las actividades del otro cónyuge, condición inmobiliaria de la vivienda que se atribuye, tiempo de la unión, situación patrimonial de ambos). A ese fin, bastará la indicación de algunos de esos ítems en la demanda con la que se pretenda la atribución cautelar de la vivienda y la fijación de estos alimentos. Dada su naturaleza cautelar, eventualmente podrán ser aumentados o disminuidos, a resultas del proceso de revisión de la medida si se plantea su reposición o de la apelación. Su vigencia se extenderá hasta tanto se resuelvan los alimentos definitivos, o durarán por el plazo que discrecionalmente fije el juez.

2.2. El cuidado personal de los hijos

La atribución del cuidado de los niños también puede, si las razones de urgencia son fundadas, decidirse por vía judicial y a favor de alguno de los progenitores. Se realiza una remisión específica a la responsabilidad parental.

Lo cierto es que, en la atribución provisional del cuidado exclusivo, se carece, en general, de los elementos suficientes para disponerla. El cuidado se vincula con la cotidianeidad de la vida de los padres y los hijos, y la regla general es que debe disponerse el cuidado personal compartido del hijo con la modalidad indistinta, salvo que ello no sea posible o que resulte perjudicial (cfr. art. 651 CCyC).

Ante el cese de la convivencia, el cuidado puede ser asumido por uno o ambos, y en esta última modalidad, ofrece dos variantes: compartido alternado o compartido indistinto. En el primer caso, el niño transcurre periodos de tiempo con cada progenitor; en el segundo, reside de manera principal en el domicilio de uno pero ambos progenitores comparten las decisiones y se distribuyen las responsabilidades derivadas de la crianza.

Si los hechos que motivan la pretensión cautelar comprometieron o afectaron el interés superior del hijo —alguno de sus derechos—, es viable la atribución unilateral del cuidado personal de modo provisional y hasta tanto mayores elementos y la inmediación y ejercicio del derecho a ser oídos de todos los involucrados se efectivice.

ARTÍCULO 722.- ***Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio.*** *Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.*

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración.

Remisiones: ver arts. 446, 463, 505 y 506 CCyC.

1. Introducción

Con motivo de la demanda de nulidad o de divorcio, alguna de las partes puede obtener medidas de carácter provisional tendientes a restringir tanto los actos de disposición como los de administración sobre los bienes integrantes del patrimonio de los cónyuges, con independencia del régimen patrimonial —separación de bienes o comunidad, conf. arts. 446, 463, 505 y 506 CCyC—, y requerir la averiguación judicial de la existencia de otros bienes que tengan ese carácter.

La obtención de la tutela anticipada se ve reconocida, al igual que para las medidas personales de protección, mediante la posibilidad de requerir el auxilio jurisdiccional antes de la interposición de demanda de nulidad o de divorcio, estableciéndose un recaudo que no se exige para el supuesto de haberla presentado: la urgencia.

2. Interpretación

No es infrecuente que el divorcio o la nulidad cause un menoscabo patrimonial sobre los bienes de los cónyuges o los comunes, o que a través de ellos se canalicen cuestiones de índole emocional y se intente perjudicar al otro. Se establece —como en el CC, pero de manera más ordenada— la posibilidad de obtener medidas de resguardo que aseguren la intangibilidad de los bienes hasta su liquidación.

La finalidad perseguida por las medidas es garantizar los derechos que eventualmente pudieran corresponderle al cónyuge que las obtuvo y, particularmente, enfocan a la protección de la ganancialidad frente al conflicto matrimonial. El art. 473 CCyC advierte que resultan inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo. Se dirigen también a prevenir que la administración individual de uno de los cónyuges perjudique los derechos económicos de quien no la ejerce o que el titular disponga de los bienes afectados por el régimen al que hayan adscripto "*poniendo en peligro, haciendo inciertos o defraudando*" los derechos.

En el segundo párrafo se establece, sin nombrarla, la posibilidad de ordenar la realización de inventario subsumida en la frase "*tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos*", figura que es contemplada expresamente en el ordenamiento procesal nacional en el art. 221 CPCCN.

La redacción genérica admite también la figura del interventor judicial —en sus dos variantes: recaudador e informante— contemplada en los arts. 223 ("*A pedido de acreedor y a falta de otra medida cautelar eficaz o como complemento de la dispuesta, podrá designarse a un interventor recaudador, si aquélla debiere recaer sobre bienes productores de rentas o frutos. Su función se limitará exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración. El juez determinará el monto de la recaudación, que no podrá exceder del CINCUENTA POR CIENTO (50 %) de las entradas brutas; su importe deberá ser depositado a la orden del juzgado dentro del plazo que éste determine*") y 224 CPCCN ("*De oficio o a petición de parte, el juez podrá designar un interventor informante para que dé noticia acerca del estado de los bienes objeto del juicio o de las operaciones o actividades, con la periodicidad que se establezca en la providencia que lo designe*"). Debe tenerse especialmente en cuenta que el art. 222 CPCCN, al iniciar el tratamiento de la figura del recaudador señala: "*Además de las medidas cautelares de intervención o administración judiciales autorizadas por las leyes sustanciales, que quedan sujetas al régimen establecido por ellas, podrán disponerse las que se regulan en los artículos siguientes*". Esta regla procesal importa una válvula jurídica relevante para sortear la disposición del art. 225, inc. 1, CPCCN, que le confiere carácter restrictivo —además del complementario que surge del art. 223 CPCCN—, pues analizada junto con el art. 722 CCyC, permitirá que el juez, a pedido de parte interesada, y reunidos los requisitos de verosimilitud del derecho y urgencia en el despacho, pueda disponer la designación de interventor judicial.

2.1. Las limitaciones a las medidas de seguridad sobre los bienes

Como dijimos, estas disposiciones se encaminan a salvaguardar la intangibilidad del patrimonio del cónyuge que se dice afectado por la administración del otro o la disposición de los bienes. Toda tutela anticipada deberá procurar esa finalidad pero en su justa medida y sin producir desequilibrios en los intereses comunes o propios del cónyuge al cual se dirige. Deberá prevenirse, entonces, la utilización de esta vía si ella importa un abuso del proceso y causa un perjuicio superior al que se invocó para obtenerla.

Generalmente eso ocurrirá luego de dispuesta y efectivizada, ya que por tratarse de una disposición cautelar sobre bienes, la regla es que se despachen sin audiencia de la contraria, posponiendo la contradicción para la etapa posterior de revisión o modificación.

2.2. Procedencia solo por impulso de parte

El CCyC, en materia de derecho de familia, tiene una característica fundamental: está dotado de una coherencia sistémica basada en la metodología empleada para su elaboración y en los valores que informaron la tarea legislativa. En tal sentido, la igualdad es uno de los principios constitucionales que lo atraviesan, como lo son también la solidaridad y la libertad, especialmente llevada al campo de la mayor autonomía de la voluntad entre las partes y un retroceso del orden público en algunas áreas vinculadas con derechos disponibles, tal el caso de los de naturaleza patrimonial. Cabe aclarar, no obstante, que esa morigeración no implicó desentendimiento de algunas reglas básicas, mínimas e infranqueables donde la autonomía de la voluntad no puede penetrar, como el supuesto de la imposibilidad de relevarse de algunos derechos (arts. 436, 447 CCyC) y un catálogo de disposiciones comunes para cualquiera de los regímenes patrimoniales del matrimonio (arts. 454 a 462 CCyC), con sustento en la protección de los derechos fundamentales de la subsistencia del hogar, las necesidades de los hijos y de las personas con capacidad restringida, y al resguardo de la vivienda familiar en función del interés del grupo.

De manera similar, para el supuesto de separación de bienes,(152) el Código faculta al cónyuge solicitante de la separación a requerir medidas asegurativas de derecho a participar en la mitad de los gananciales del otro cónyuge (art. 479 CCyC). La norma alude a las medidas enunciadas en el art. 483 CCyC, pero queda subsistente la posibilidad de requerir tutela protectoria cautelar, enmarcada en la disposición genérica del ordenamiento procesal.

Coherentemente con la directiva contenida en el art. 709 CCyC, las medidas provisionales respecto de los bienes solo pueden ser requeridas por la parte afectada, y no se faculta al juez a decretarlas de oficio, justamente por la disponibilidad de los derechos patrimoniales. Recuérdese que dicho artículo dispone que el impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

2.3. Plazo de vigencia de las medidas sobre los bienes

La doctrina mayoritaria sostenía que las medidas provisionales sobre los bienes no se encontraban sujetas al régimen de caducidad previsto en el art. 207 CPCCN, con fundamento en que dicho dispositivo hacía referencia a las "*obligaciones exigibles*", y ese supuesto no incluía a los bienes que componían el acervo ganancial, cuya exigibilidad iniciaba con la conclusión de la sociedad conyugal.

En ese contexto, se sostenía que, una vez dispuestas, debían subsistir hasta concluido el procedimiento de liquidación, incluso cuando se hubiesen dispuesto antes de interponer la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio.

Como modo de prevenir los abusos del derecho que esa situación generó, el CCyC introduce una solución intermedia que, a la par que habilita la protección requerida, puede contener situaciones de desequilibrio inverso o injusticia provocadas por excesos o

(152) La acción autónoma de separación judicial de bienes opera frente a supuestos objetivos (concurso, quiebra, oposición a la designación de curador del cónyuge, separación de hecho) o subjetivos (mala administración) con entidad suficiente para extinguir el régimen de comunidad protegiendo el derecho eventual sobre los gananciales.

abusos de quien la solicitara, e imposibilidad del juez de controlar, en el estadio procesal inicial, que así fuera.

Es así que se impone al juez que, al conceder la medida provisional sobre los bienes, estipule el plazo de duración. El término de vigencia puede ser fijado en días, meses, o sujeto a condición resolutoria, y ampliado o reducido a petición fundada de las partes, pues rige el principio de provisionalidad que caracteriza a las tutelas anticipadas.

ARTÍCULO 723.- ***Ámbito de aplicación.*** *Los artículos 721 y 722 son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.*

1. Introducción

Nuestro derecho positivo reconoce a las uniones convivenciales como una de las formas posibles de constitución de una familia. Su incremento como modalidad de conformación familiar fue especialmente considerado por los autores del CCyC.

Se trata de uniones basadas en relaciones afectivas de carácter singular, públicas, notorias, estables y permanentes, en la que dos personas comparten un proyecto de vida en común. Se exige una convivencia mínima de dos años para su conformación y no su registración para ser reconocidas como tal, si es posible probar por otros medios su existencia.

Entre los convivientes se reconoce un deber de asistencia mutua (art. 519 CCyC), la restricción a la disponibilidad de la vivienda común y sus enseres o muebles indispensables (art. 522 CCyC). Es posible la atribución del inmueble que constituyó la vivienda común a la unión a alguno de sus miembros (art. 526 CCyC), y los convivientes pueden realizar pactos sobre la contribución a las cargas del hogar durante la unión, y para el caso de ruptura, la atribución del hogar y la división de los bienes obtenidos con el esfuerzo mutuo (arts. 513 a 517 CCyC).

Producido el cese de la unión convivencial, como ocurre con el divorcio, pueden suscitarse una serie de conflictos derivados del deterioro de las relaciones interpersonales entre los convivientes, y frente o respecto a los hijos. Es factible también que alguno de los integrantes de la exunión convivencial realice intentos de perjudicar al otro en sus derechos económicos o patrimoniales.

2. Interpretación

Las disposiciones de los arts. 721 y 722 CCyC son extensibles a las parejas convivenciales y, en consecuencia, se podrá disponer provisionalmente que la vivienda sea atribuida a alguno de los miembros de la unión (arts. 722 y 526 CCyC), el cuidado de los hijos y la determinación de alimentos provisionales, la realización de inventario, la fijación de una renta, tanto a pedido de parte como de oficio.

En el aspecto patrimonial podrá obtenerse el embargo de bienes, la designación de un interventor recaudador u otra medida idónea para garantizar el pago de la prestación compensatoria prevista en el art. 525 CCyC, o cualquier otra que resulte apropiada según las reglas procesales para proteger los bienes reconocidos y el alcance de los derechos y deberes que rigen a los convivientes si realizaron el pacto de convivencia (arts. 518 a 522 CCyC).

Si no existe pacto de convivencia, como regla general, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición sobre los bienes de su titularidad.

El art. 528 CCyC al reglamentar la distribución de los bienes al momento de la ruptura dispone que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, aunque es posible aplicar los principios relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas u otros que permitan acreditar el origen de aquellos.

El pacto que formulan los convivientes puede ser formulado con plena libertad, aunque existen determinadas pautas que, en caso de ruptura, deben respetarse en función de que con ellas se protege a las partes más débiles; por ejemplo, lo relativo a la atribución del hogar común y para la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común.

Especialmente, el art. 515 CCyC dispone especialmente que los pactos entre convivientes no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de ellos. Si lo pactado contraviene esa disposición y afecta los derechos de uno de los integrantes de la unión, con independencia de la atribución que, en definitiva, pudiera el juez otorgar de la vivienda común (cfr. art. 526 CCyC), este podrá decretar medidas cautelares a fin de evitar vías de hecho que causen un perjuicio a los hijos, o respecto de la persona o los bienes de uno de ellos.

ÍNDICE TEMÁTICO

A

Adopción p. 33, 34, 52, 73, 86, 98, 198, 231, 232, 241, 243, 246, 258, 272, 280, 282, 293, 295, 325, 330, 360, 366, 367, 369, 372, 373, 374, 376, 382, 399, 401, 402, 404, 406, 408, 411, 412, 413, 415, 416, 446, 470, 475, 491, 492, 493, 550, 553, 554, 556, 564, 565, 569, 577,, 582, 585, 586, 598

adopción conjunta p. 199, 239, 341, 370, 379, 383, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 452, 454, 455, 463, 471, 472, 474

adopción de integración p. 199, 240, 341, 362, 363, 379, 381, 384, 385, 387, 389, 393, 394, 395, 407, 410, 431, 432, 433, 436, 437, 438, 439, 440, 442, 456, 457, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 473, 474, 552

adopción plena p. 7, 238, 239, 240, 281, 284, 315, 317, 322, 361, 370, 377, 380, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 456, 457, 459, 460, 461, 463, 464, 465, 468, 479, 579

adopción por tutor p. 398

adopción simple p. 7, 19, 233, 238, 239, 240, 284, 371, 380, 381, 385, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 447, 450, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 465, 467, 469, 478, 479

adopción unipersonal p. 388, 389, 391, 392, 393, 394, 397, 398, 452, 453, 454, 463, 472

declaración de adoptabilidad p. 372, 400, 401, 402, 408, 409, 410, 440, 451, 462, 568, 588

guarda con fines de adopción p. 365, 375, 378, 386, 394, 396, 398, 410, 414, 417, 418, 419, 423, 424, 425, 426, 427, 432, 434, 435, 436, 451, 454, 466, 467, 474, 588

juicio de adopción p. 365, 375, 423, 424, 425, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 442, 449, 571, 589

pluralidad de adoptados p. 380

registro de adoptantes p. 373, 386, 410, 413, 420, 434, 465, 466, 469, 473

situación de adoptabilidad p. 365, 371, 377, 378, 380, 382, 396, 399, 400, 401, 402, 403, 406, 410, 413, 414, 417, 418, 419, 420, 423, 425, 428, 430, 431, 442, 449, 450, 451, 452, 465, 467, 469, 470, 472, 473, 476, 507, 552, 553, 565

Alimentos p. 43, 46, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 68, 70, 71, 73, 75, 77, 82, 85, 111, 114, 119, 166, 167, 203, 211, 212, 226, 238, 243, 244, 245, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 278, 316, 319, 337, 341, 342, 343, 399, 411, 456, 457, 461, 495, 507, 508, 509, 510, 512, 516, 517, 518, 519, 520, 525, 526, 554, 568, 571, 577, 579, 585, 590, 591, 594, 596, 598

alimentos posteriores al divorcio p. 56

alimentos provisorios p. 257, 258, 341, 342, 343, 513, 514, 602

cese de la obligación alimentaria p. 56, 59, 273, 526

cuota alimentaria p. 52, 53, 249, 250, 251, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 272, 275, 511, 512, 514, 515, 517, 518, 519, 520

obligación alimentaria p. 51, 53, 54, 58, 60, 61, 68, 73, 97, 168, 186, 235, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 251, 253, 254, 262, 267, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 278, 279, 313, 342, 496, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 518, 520, 525, 549, 551, 554, 556, 577, 591, 592

obligación alimentaria entre parientes p. 52, 258, 260, 517, 519

Astreintes *véase* **Sanciones conminatorias**

Autonomía de la voluntad p. 38, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 71, 73, 74, 75, 76, 78, 81, 87, 103, 108, 110, 131, 139, 148, 150, 151, 152, 154, 158, 189, 202, 203, 205, 207, 210, 297, 322, 445, 485, 524, 539, 540, 580, 591, 601

Autonomía progresiva p. 35, 36, 294, 335, 371, 372, 374, 382, 398, 401, 435, 453, 459, 473, 474, 476, 477, 480, 482, 489, 492, 493, 495, 496, 502, 511, 521, 527, 529, 534, 535, 536, 543, 564, 565

B

Bienes p. 16, 26, 27, 46, 47, 48, 51, 56, 58, 63, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 86, 87, 88, 89, 90, 93, 95, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 114, 115, 116, 117, 118, 123, 126, 127, 130, 133, 138, 139, 144, 145, 146, 147, 162, 164, 170, 176, 179, 180, 182, 185, 186, 187, 203, 204, 208, 209, 210, 211, 212, 220, 221, 222, 223, 228, 229, 230, 231, 233, 243, 245, 249, 252, 259, 261, 262, 313, 398, 399, 433, 440, 457, 459, 460, 479, 481, 494, 495, 501, 506, 527, 533, 534, 535, 536, 537, 539, 541, 542, 543, 544, 546, 547, 548, 549, 550, 552, 565, 590, 592, 594, 595, 596, 598, 599, 601, 602, 603

bienes indivisos p. 148, 150, 157, 158, 159, 188, 189

frutos p. 103, 104, 106, 114, 116, 118, 119, 122, 123, 124, 129, 130, 142, 153, 154, 158, 159, 168, 184, 185, 214, 215, 548, 600

productos p. 110, 116, 120, 122, 124, 159

Bienes de los cónyuges p. 109, 110, 113, 122, 129, 171, 545, 600

bienes gananciales p. 43, 68, 83, 91, 92, 109, 111, 112, 119, 120, 121, 124, 125, 128, 129, 131, 132, 134, 136, 140, 141, 142, 143, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 163, 165, 166, 168, 169, 171, 172, 173, 175, 177, 178, 181, 214, 215

bienes propios p. 87, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 136, 137, 142, 143, 155, 159, 160, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 172, 175, 177, 178, 181, 182, 184, 185, 186, 214, 215

gestión de los bienes p. 129, 131, 132, 134, 135, 137, 141, 151, 152, 153, 156, 158, 159, 163, 181, 183, 184, 538, 540

presunción de ganancialidad p. 112, 113, 117, 118, 121, 125, 126, 128, 155

prueba del carácter propio o ganancial p. 126

recompensa p. 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 123, 124, 125, 126, 130, 131, 142, 143, 155, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 180

Bigamia p. 42, 45, 47, 182

Buena fe p. 14, 15, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 94, 104, 106, 133, 137, 138, 146, 152, 154, 163, 174, 176, 182, 183, 184, 186, 206, 256, 259, 361, 407, 428, 469, 558, 559, 561, 585

C

Capacidad restringida p. 81, 85, 97, 98, 105, 212, 213, 214, 225, 226, 242, 253, 273, 275, 276, 277, 279, 319, 329, 330, 331, 332, 336, 391, 392, 393, 409, 440, 454, 455, 461, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 588, 592, 593, 594, 601

Compensación económica p. 4, 43, 44, 46, 56, 59, 68, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 203, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 571, 591, 592

Condominio p. 82, 83, 117, 121, 134, 135, 148, 149, 186, 187, 188, 189, 225, 228, 229

Consentimiento p. 2, 5, 6, 8, 11, 14, 17, 25, 27, 29, 30, 32, 35, 39, 64, 65, 74, 83, 133, 154, 159, 178, 232, 282, 300, 301, 303, 304, 306, 309, 310, 316, 360, 366, 372, 373, 379, 392, 395, 404, 406, 407, 408, 411,423, 424, 430, 432, 433, 434, 435, 444, 450, 452, 455, 464, 467, 469, 470, 471, 473, 474, 477, 485, 486, 489, 492, 493, 494, 495, 532, 533, 537, 538, 539, 540, 564, 584

consentimiento informado p. 283, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 293, 302, 320, 378, 403, 418, 431, 475, 476

consentimiento matrimonial p. 13, 15, 16, 18

Constitución Nacional p. 65, 203, 205, 216, 352, 558, 586

constitucionalización del derecho privado p. 87, 336, 343, 565, 567, 571

D

Daños y perjuicios p. 1, 2, 46, 50, 77, 94, 170

daño moral p. 47, 118

Derecho a la identidad p. 279, 281, 286, 292, 293, 314, 321, 322, 325, 326, 327, 336, 339, 352, 353, 354, 360, 366, 367, 369, 370, 371, 396, 420, 426, 445, 446, 448, 450, 453, 454, 456, 460, 462, 496, 560, 578, 581, 586

identidad dinámica p. 314, 339, 350, 353, 389, 436, 441, 443

Divorcio p. 8, 24, 33, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 89, 91, 137, 138, 139, 143, 146, 147, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 162, 164, 166, 167, 176, 188, 198, 212, 221, 222, 223, 246, 247, 274, 288, 299, 301, 302, 303, 318, 347, 349, 355, 394, 395, 433, 485, 503, 509, 510, 551, 568, 571, 576, 579, 580, 583, 584, 589, 590, 591, 592, 594, 596, 597, 599, 600, 601, 602

convenio regulador del divorcio p. 57, 59, 78, 152, 176, 509

E

Enriquecimiento sin causa p. 1, 3, 77, 94, 165, 174, 230, 249, 265, 603

F

Filiación p. 167, 231, 234, 280, 286, 287, 288, 290, 292, 296, 298, 300, 314, 321, 323, 325, 326, 328, 329, 331, 336, 337, 340, 342, 344, 346, 352, 360, 361, 369, 375, 376, 378, 380, 398, 399, 402, 407, 412, 418, 431, 437, 438, 449, 454, 463, 465, 466, 475, 477, 485, 486, 487, 490, 492, 494, 513, 547, 573, 575, 578, 586, 593, 594

acciones de filiación p. 305, 307, 317, 318, 319, 322, 324, 327, 330, 333, 334, 335, 345, 347, 349, 353, 354, 355, 356, 574, 588, 592

certificado de nacimiento p. 283, 284, 285, 297, 306, 309, 479

determinación de la maternidad p. 296, 297, 306, 345, 346

doble vínculo filial p. 281, 285, 287, 291, 305, 307, 322, 323, 336, 464, 465, 466, 485, 486, 494

filiación adoptiva p. 7, 233, 238, 239, 281, 282, 284, 294, 297, 316, 341, 379, 385, 388, 389, 390, 391, 393, 394, 396, 397, 401, 403, 415, 424, 434, 436, 439, 443, 446, 447, 450, 452, 453, 470, 571

filiación extramatrimonial p. 283, 285, 291, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 315, 316, 320, 332, 333, 334, 339, 343, 351, 359

filiación matrimonial p. 283, 285, 291, 306, 307, 309, 311, 312, 315, 316, 320, 332, 333, 334, 339, 343, 351, 359, 581

filiación por naturaleza p. 198, 232, 239, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 290, 296, 297, 302, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 311, 312, 313, 314, 320, 321, 325, 340, 341, 344, 357, 360, 439, 464

filiación por técnicas de reproducción humana asistida p. 285, 301, 345

impugnación de la filiación p. 313, 319, 320, 321, 334, 340, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 354, 359, 579

impugnación preventiva de la filiación p. 357, 579

negación de filiación p. 354

reclamación de filiación p. 322, 328, 332, 581

reconocimiento del hijo p. 309, 312, 314, 336

voluntad procreacional p. 232, 233, 282, 283, 286, 287, 290, 291, 300, 301, 302, 303, 306, 308, 309, 310, 315, 316, 320, 321, 341, 347, 424, 452

Fraude p. 74, 128, 132, 135, 142, 146, 147, 154, 156, 163, 164, 171

fraude a la ley p. 136, 205

G

Guarda del menor p. 422

guarda de hecho p. 339, 410, 414, 416, 417, 418, 436, 440, 451, 465, 467, 473, 491

I

Indignidad p. 53, 56, 57, 59, 84, 85, 226, 228, 272, 273, 385, 460, 461, 468, 537, 539

Indivisión postcomunitaria p. 91, 92, 97, 109, 136, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 158, 159, 160, 167, 177, 181

M

Mandato p. 30, 100, 103, 104, 105, 136, 137, 168, 185, 412, 512

Matrimonio p. 1, 3, 4, 5, 8, 9, 11, 12, 22, 28, 33, 39, 43, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 59, 63, 65, 66, 67, 69, 71, 73, 75, 79, 81, 82, 96, 97, 98, 100, 113, 114, 120, 121, 126, 135, 136, 137, 141, 148, 150, 154, 156, 159, 168, 176, 177, 182, 183, 186, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 206, 208, 210, 212, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 226, 228, 229, 231, 232, 234, 235, 237, 241, 242, 243, 281, 283, 285, 290, 291, 295, 302, 306, 307, 308, 315, 322, 323, 333, 335, 347, 348, 349, 350, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 378, 379, 380, 382, 383, 384, 388, 389, 391, 394, 396, 397, 432, 436, 444, 445, 454, 462, 470, 471, 472, 479, 483, 485, 492, 494, 500, 508, 510, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 551, 578, 581, 592, 594

acta de matrimonio p. 14, 24, 26, 27, 30, 31, 32, 89, 90, 92

celebración del matrimonio p. 2, 6, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 29, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 44, 64, 86, 88, 89, 90, 91, 93, 95, 99, 108, 109, 138, 139, 140, 167, 181, 184, 185, 299, 354, 355, 356, 579, 582, 583, 584

derechos y deberes de los cónyuges p. 48

disolución del matrimonio p. 60, 61, 62, 99, 139, 151, 188, 301, 392

dispensa judicial p. 9, 10, 11, 12, 20, 27, 36, 198, 378, 471

esponsales p. 1, 2, 3, 16, 94

falta de edad nupcial p. 9

impedimentos matrimoniales p. 6, 9, 234, 235, 240, 315, 316, 317, 376, 377, 437, 439, 440, 443, 448, 449

matrimonio a distancia p. 13, 14, 29, 30, 32

matrimonio igualitario p. 30, 44, 238, 296, 300

matrimonios sucesivos p. 303, 304

nulidad del matrimonio p. 7, 10, 16, 17, 32, 35, 36, 37, 40, 42, 44, 61, 138, 146, 147, 149, 236, 288, 299, 318, 582, 583, 589, 590, 601

oposición a la celebración del matrimonio p. 18, 19, 20, 579

prueba del matrimonio p. 27, 30, 31, 305

requisitos de existencia del matrimonio p. 13

Medidas cautelares p. 53, 145, 157, 164, 266, 267, 268, 519, 595, 597, 600, 603

medidas protectorias p. 146, 154

Menores *véase* Niño, niña o adolescente

N

Niño, niña o adolescente p. 240, 363, 365, 366, 378, 382, 383, 385, 389, 391, 393, 394, 396, 397, 398, 399, 400, 402, 406, 407, 410, 413, 418, 419, 420, 421, 423, 424, 425, 429, 430, 433, 437, 438, 440, 442, 449, 450, 451, 454, 455, 456, 462, 466, 472, 474, 476, 477, 483, 484, 489, 504, 505, 506, 507, 522, 528, 529, 531, 554, 555, 556, 564, 569, 577, 587

abogado del niño, niña o adolescente p. 531

centro de vida p. 257, 329, 330, 411, 420, 421, 424, 426, 488, 501, 502, 585, 586, 587, 588, 590, 593, 594

derecho a ser oído p. 36, 367, 371, 372, 380, 381, 390, 398, 405, 408, 411, 422, 423, 435, 447, 454, 455, 474, 476, 477, 489, 553, 560, 564, 566, 568, 569, 576, 577, 599

interés superior del niño p. 240, 330, 339, 342, 349, 350, 352, 353, 359, 360, 366, 367, 368, 371, 372, 383, 390, 394, 395, 396, 398, 402, 406, 415, 426, 427, 428, 429, 434, 440, 441, 442, 448, 455, 456, 458, 471, 480, 482, 488, 504, 517, 521, 538, 564, 569, 586, 588, 589

P

Parentesco p. 6, 7, 8, 18, 19, 21, 33, 34, 61, 98, 168, 196, 197, 198, 201, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 251, 258, 260, 261, 265, 275, 276, 278, 279, 280, 325, 329, 361, 362, 371, 380, 381, 384, 389, 390, 410, 414, 416, 417, 436, 437, 438, 439, 441, 456, 458, 491, 508, 511, 512, 513, 514, 516, 517, 522, 577, 578, 582

deberes y derechos de los parientes p. 243

derecho y deber de comunicación p. 61, 238, 242, 243, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 456, 457, 465, 500, 598

hermanos bilaterales p. 6, 7, 33, 237, 243, 275, 276, 278

hermanos unilaterales p. 237, 238, 390

parentesco por adopción p. 238, 240

régimen de comunicación p. 68, 71, 73, 275, 276, 277, 279, 411, 498, 579, 585

Posesión de estado p. 30, 31, 32, 312, 314, 325, 338, 339, 340, 341, 350, 354, 356, 360, 377, 379, 394, 395, 436, 471

Presunción de fallecimiento p. 8, 24, 33, 60, 61, 62, 139, 208, 218, 219, 220, 222, 301, 392, 450, 485, 486, 554, 555

Principio de Igualdad p. 4, 7, 51, 80, 87, 94, 113, 135, 183, 195, 202, 203, 204, 205, 206, 217, 233, 238, 242, 281, 295, 299, 300, 304, 305, 306, 307, 308, 313, 334, 341, 345, 346, 347, 348, 349, 352, 355, 357, 359, 379, 380, 381, 422, 447, 453, 464, 603

Procesos de familia p. 155, 252, 256, 260, 318, 319, 332, 335, 411, 420, 455, 488, 530, 556, 557, 559, 564, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 575, 577, 579, 585, 595, 597

acciones de estado de familia p. 318, 319, 578, 579, 580, 581

Progenitor afín p. 241, 242, 246, 247, 436, 491, 499, 508, 521, 522, 523, 524, 525, 526

Prueba genética p. 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 338, 340, 575

prueba de ADN p. 324, 325, 326, 327, 328, 340

R

Régimen patrimonial del matrimonio p. 27, 43, 86, 87, 99, 105, 130, 138, 184, 188, 214, 215, 589, 599

asentimiento conyugal p. 102, 109, 133

atribución preferencial de los bienes p. 178, 179

cargas de la comunidad p. 160, 161, 166, 167, 168, 169, 177

convenciones matrimoniales p. 26, 48, 86, 88, 89, 90, 92, 93, 108, 109, 110, 155, 181

deber de contribución p. 52, 56, 97, 105, 109, 136, 148, 186, 212, 213, 510, 526

deudas de los cónyuges p. 105, 109, 112, 128, 129

donaciones por razón de matrimonio p. 93, 94

extinción de la comunidad p. 92, 110, 112, 119, 120, 124, 125, 126, 131, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 144,

146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 155, 159, 161, 162, 163, 164, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 185

liquidación de la comunidad p. 128, 131, 145, 155, 164, 165, 166, 174, 175, 184, 185

partición de la comunidad p. 130, 141, 160, 162, 166, 176, 178, 181

régimen de comunidad p. 43, 46, 47, 62, 80, 86, 88, 89, 91, 92, 95, 100, 103, 108, 109, 110, 112, 121, 122, 129, 134, 136, 137, 138, 139, 140, 143, 145, 147, 148, 149, 150, 154, 158, 168, 171, 176, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 212, 214, 223

régimen de separación de bienes p. 26, 27, 43, 46, 80, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 99, 103, 108, 109, 129, 132, 139, 140, 141, 144, 145, 146, 147, 148, 154, 158, 181, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 212, 223, 230, 599, 601

separación judicial de bienes p. 126, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 156, 158, 162, 164, 176, 184, 185

Relaciones de familia p. 1, 65, 86, 194, 233, 242, 243, 248, 277, 278, 279, 281, 344, 590

Responsabilidad civil p. 3, 47, 50, 51, 288, 344

responsabilidad solidaria p. 105, 109, 129, 130, 135, 148, 161, 169, 181, 185, 203, 214, 215, 268, 519

Responsabilidad parental p. 36, 44, 45, 47, 54, 62, 70, 71, 73, 85, 97, 151, 214, 226, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 251, 252, 259, 265, 266, 313, 314, 343, 366, 377, 378, 379, 398, 399, 403, 408, 409, 411, 412, 414, 416, 417, 418, 420, 429, 431, 436, 438, 440, 443, 444, 447, 448, 449, 451, 456, 457, 458, 461, 462, 463, 464, 465, 467, 469, 475, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 505, 506, 508, 512, 513, 514, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 535, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 544, 545, 556, 560, 565, 569, 585, 596, 599

cuidado personal p. 44, 45, 47, 68, 266, 420, 483, 484, 491, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 503, 504, 505, 507, 509, 511, 514, 515, 521, 522, 524, 537, 599

deberes y derechos de los progenitores p. 242, 481, 495, 507, 521, 522

plan de parentalidad p. 71, 487, 502, 503, 504

privación de la responsabilidad parental p. 385, 402, 410, 413, 450, 452, 472, 485, 546, 547, 550, 551, 552, 553, 555

progenitores adolescentes p. 492, 493, 533

suspensión de la responsabilidad parental p. 452, 550, 554

S

Salud Mental p. 6, 8, 9, 12, 13, 18, 20, 35, 37, 38, 39, 275, 392, 393, 551, 554, 555, 584

falta de salud mental p. 12, 13, 20, 37, 39

Sanciones conminatorias p. 98, 271, 280

Separación de hecho p. 44, 45, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 65, 137, 141, 143, 145, 146, 147, 152, 212, 288, 299, 301, 302, 303, 339, 349, 355, 391, 393, 502

Solidaridad familiar p. 54, 56, 58, 76, 80, 82, 87, 88, 95, 98, 103, 109, 130, 156, 167, 178, 186, 187, 188, 196, 200, 203, 205, 206, 211, 212, 221, 242, 243, 247, 248, 458, 512, 525

T

Técnicas de reproducción humana asistida p. 33, 61, 198, 199, 231, 241, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 306, 308, 310, 314, 315, 316, 319, 328, 332, 335, 341, 344, 345, 347, 349, 350, 355, 356, 357, 358, 360, 424, 440, 459, 479, 577

U

Uniones convivenciales p. 3, 8, 48, 95, 96, 99, 132, 182, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 228, 231, 233, 234, 235, 241, 242, 243, 247, 303, 306, 340, 341, 379, 381, 382, 383, 384, 385, 387, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 432, 440, 454, 463, 472, 508, 525, 526, 590, 591, 592, 602

cese de la convivencia p. 39, 45, 52, 147, 162, 199, 201, 202, 203, 204, 206, 207, 208, 209, 212, 218, 225, 230, 485, 597, 599

pactos de convivencia p. 202, 203, 204

registro de uniones convivenciales p. 201, 208, 209

V

Vicios del consentimiento p. 16, 35, 39, 469, 474, 475

dolo p. 2, 8, 16, 17, 18, 35, 39, 41, 46, 47, 74, 141, 344, 470, 475

error p. 14, 15, 16, 17, 18, 35, 39, 40, 41, 42, 46, 47, 74, 249, 311, 475, 584

intimidación p. 16

violencia p. 16, 17, 35, 39, 41, 46, 47, 51, 74, 199, 258, 365, 366, 369, 371, 411, 475, 476, 496, 497, 520, 557, 576, 584, 595, 597

Vivienda familiar p. 44, 53, 55, 58, 74, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 92, 98, 103, 131, 132, 136, 156, 159, 176, 177, 184, 185, 187, 217, 224, 225, 226, 228, 591, 594, 601

atribución del uso de la vivienda p. 44, 70, 71, 73, 74, 79, 80, 82, 84, 99, 151, 159, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 591, 597

protección de la vivienda familiar p. 82, 99, 100, 109, 148, 200, 203, 210, 211, 216, 218