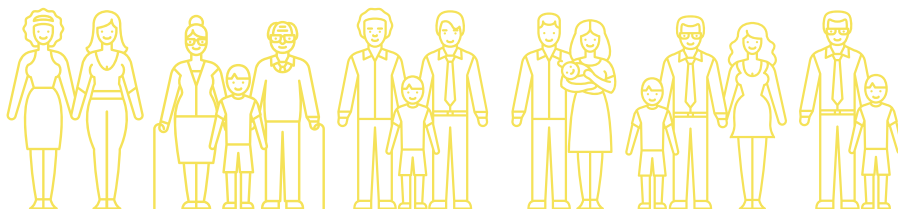
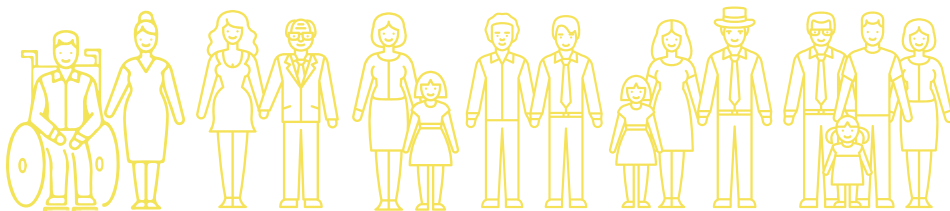


# MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA

Juan Antonio Seda





# **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**

Juan Antonio Seda



[www.editorial.jusbaire.gov.ar](http://www.editorial.jusbaire.gov.ar)  
editorial@jusbaire.gov.ar  
fb: /editorialjusbaire  
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]  
+5411 4011-1320



Sello  
**Buen  
Diseño**  
argentino

Seda, Juan Antonio. Manual de Derecho de Familia / Juan Antonio Seda. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, 2018.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-768-029-4

1. Derecho de Familia . I. Título.  
CDD 346.015

© Editorial Jusbaire, 2018

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

### **Consejo Editorial**

Presidenta:

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:

Marcela I. Basterra

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Carlos F. Balbin

Silvina Manes

Alejandra García

### **Departamento de Coordinación de Contenidos**

Editorial Jusbaire

Edición: Martha Barsuglia, María del Carmen Calvo

Corrección: Daniela Donni, Mariana Palomino, Julieta Richiello

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Colaboración en arte de tapa: Facundo Martín Broto

Maquetación: Carla Famá

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



**Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires**  
Consejo de la Magistratura

## **Autoridades 2018**

### **Presidenta**

Marcela I. Basterra

### **Vicepresidente**

Alejandro Fernández

### **Secretaria**

Lidia Ester Lago

### **Consejeros**

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Juan Pablo Godoy Vélez

Darío Reynoso

Javier Roncero

Marcelo Vázquez

### **Administrador General**

Luis Hernando Montenegro



# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>11</b>
EL MANUAL COMO RECURSO DIDÁCTICO.....	11
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.....	14
SELECCIÓN DE CONTENIDOS Y METODOLOGÍA DE ENSEÑANZA.....	19
<b>CAPÍTULO 1. EL DERECHO DE FAMILIA.....</b>	<b>23</b>
LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN SOCIAL.....	23
LA RELACIÓN CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO.....	31
COMPROMISOS INTERNACIONALES EN DERECHOS HUMANOS.....	37
<b>CAPÍTULO 2. PARENTESCO.....</b>	<b>43</b>
LA PROHIBICIÓN UNIVERSAL DEL INCESTO.....	43
CÓMPUTO Y EFECTOS DEL PARENTESCO.....	46
ALIMENTOS ENTRE PARIENTES.....	49
<b>CAPÍTULO 3. MATRIMONIO.....</b>	<b>53</b>
MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN O COMO CONTRATO.....	53
IMPEDIMENTOS.....	57
EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO: VALIDEZ Y NULIDAD.....	61
<b>CAPÍTULO 4. EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO.....</b>	<b>67</b>
DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES.....	67
DIVORCIO, CONVENIO REGULADOR Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA.....	70
ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA.....	74
<b>CAPÍTULO 5. RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.....</b>	<b>77</b>
OPCIÓN ENTRE LOS DOS RÉGIMENES Y NORMAS COMUNES.....	77
EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD.....	80
EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.....	89
<b>CAPÍTULO 6. UNIONES CONVIVENCIALES.....</b>	<b>93</b>
PREDOMINIO DEL ORDEN PÚBLICO.....	93
LOS PACTOS DE CONVIVENCIA.....	96
CESE Y COMPENSACIÓN.....	98

<b>CAPÍTULO 7. FILIACIÓN.....</b>	<b>103</b>
LAS TRES FUENTES DE LA FILIACIÓN.....	103
DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD Y PRESUNCIONES.....	106
ACCIONES DE FILIACIÓN.....	110
<b>CAPÍTULO 8. RESPONSABILIDAD PARENTAL.....</b>	<b>117</b>
TITULARIDAD, EJERCICIO Y CUIDADO PERSONAL.....	117
ALIMENTOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.....	127
BIENES DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.....	133
<b>CAPÍTULO 9. DERECHOS DEL NIÑO.....</b>	<b>137</b>
EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	137
CAPACIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PROGRESIVA.....	142
DERECHO A SER OÍDO.....	145
<b>CAPÍTULO 10. ADOPCIÓN.....</b>	<b>149</b>
ADOPTABILIDAD.....	149
ADOPCIÓN PLENA, SIMPLE Y DE INTEGRACIÓN.....	153
PROCESO DE ADOPCIÓN.....	155
<b>CAPÍTULO 11. VIOLENCIA DOMÉSTICA.....</b>	<b>161</b>
LA GRAVEDAD DEL PROBLEMA.....	161
LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	165
MEDIDAS DE PROTECCIÓN.....	169
<b>CAPÍTULO 12. TUTELA.....</b>	<b>175</b>
CLASES DE TUTELA.....	175
DISCERNIMIENTO DE LA TUTELA.....	178
EJERCICIO Y PROHIBICIONES.....	180
<b>CAPÍTULO 13. FAMILIA Y DISCAPACIDAD.....</b>	<b>185</b>
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	185
APOYOS Y SALVAGUARDIAS.....	189
EL DERECHO A CONSTITUIR UNA FAMILIA.....	193
<b>CAPÍTULO 14. EJERCICIO PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA.....</b>	<b>197</b>
ASPECTOS PROCESALES EN DERECHO DE FAMILIA.....	197
RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.....	203
PRINCIPIOS ÉTICOS.....	209



<b>EPÍLOGO.....</b>	<b>213</b>
<b>LO QUE HAY QUE SABER.....</b>	<b>213</b>
<b>CONVIVIR CON LA INCERTIDUMBRE.....</b>	<b>215</b>
<b>AGRADECIMIENTOS.....</b>	<b>217</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....</b>	<b>219</b>



# INTRODUCCIÓN

*No existen más que dos reglas para escribir:  
tener algo que decir y decirlo.*

**Oscar Wilde**

## EL MANUAL COMO RECURSO DIDÁCTICO

El derecho de familia es un excelente caleidoscopio para contemplar el universo jurídico. Nos ofrece una vivaz y colorida estampa de conflictos que se originan en relaciones personales y que, por lo tanto, a todos nos incumben de algún modo. Se trata de una de las más apasionantes y complejas ramas del derecho, con permanentes controversias y novedades. Derecho de familia es posiblemente la asignatura más importante de la carrera de abogacía, claro, esto es lo que decimos todos los profesores en cada una de las materias. Lo que no puede negarse es que en derecho de familia se producen debates que nos atraviesan de modo personal a todos. Es un campo del conocimiento de enérgica vitalidad, pero también puede ser desconcertante en algunos aspectos, ya que hay valores en juego, a veces con similar o incluso equivalente arraigo. Por ello no es suficiente conocer los principios generales, sino que hay que estudiar cada solución que brinda la ley y sus muchas variables en la jurisprudencia.

Esta obra ha sido pensada, diseñada y escrita específicamente para la enseñanza del derecho en las carreras universitarias de grado. Su objetivo es brindar al estudiante de abogacía la información primordial para acercarse a este campo del conocimiento. Con ese propósito se expone el núcleo principal de los temas que componen la asignatura. La forma de escritura otorga preponderancia a la fluidez en la lectura, por lo cual se ha evitado la transcripción de normas, para dejarlas como referencias a pie de página. El propósito es fortalecer el ejercicio de la lectura y del pensamiento jurídico, así como también alejar al estudiante de los latiguillos y los lugares comunes, que sólo conducen al borde de la pereza intelectual.

Vale la pena en esta introducción repasar algunas ventajas y desventajas que acarrea la enseñanza a través de esta clase de obras en el nivel universitario. He intentado evitar las interrupciones en la lectura y, por ello, no habrá demasiada cantidad de subtítulos en este libro. Aquí no deberían buscarse definiciones breves, como si fuera una enciclopedia o un diccionario. Con esa clase de redacción, lo que se gana en facilidad de búsqueda se pierde en fluidez en la lectura. Por ese motivo aquí he optado por otra forma de escritura, más continua y con la finalidad de enlazar razonamientos. El objetivo es promover en el estudiante una lectura más extensa, que hilvane las ideas y, sobre todo, que favorezca un razonamiento integral de los problemas de los que trata el derecho de familia.

Un manual puede ser visto como un compendio, incluso como una metáfora de la codificación, que reúne todas las soluciones en un solo texto. Claro que ningún texto académico puede condensar tantos datos, de allí la necesidad de formar estudiantes que sepan buscar la información y la puedan procesar. No hay nada más alejado del pensamiento científico que las proposiciones que no admiten ninguna refutación ni se ofrecen para el debate abierto de las ideas.<sup>1</sup> Claro que, por otra parte, es inútil negar la trayectoria de los manuales como herramienta de enseñanza, ya que constituyen una directa y fácil fuente de información, por ello son un recurso muy utilizado en la enseñanza y una forma práctica para procurar el éxito pedagógico.

Las universidades tienen una antigua tradición en el mundo occidental. Recordemos que las primeras instituciones de educación superior en Europa datan del siglo XIII eran espacios muy acotados y sólo en tiempos recientes lograron masividad en su matrícula. El libro era un elemento de condensación del saber y los estudiosos se reunían para escuchar alrededor de quien leía en voz alta; tal era el dictado de clases. De alguna forma, el libro en sí mismo era un símbolo de poder. El manual como dispositivo académico permitió unificar contenidos para dar clase a una mayor cantidad de gente. Desde esa perspectiva, podrían entenderse estos textos educativos como una

---

1. El manual puede ser riesgoso para el espíritu crítico, porque porta una noción de autoridad. El argumento de autoridad es una falacia, porque se apoya en el prestigio o el poder de quien enuncia una proposición. Aquí insistiremos en que los únicos medios legítimos para sostener un argumento son la validez de los razonamientos y las evidencias.

forma de democratización del conocimiento. Hay que aclarar que los sistemas educativos masivos, en los términos en los que hoy en día los entendemos, están asociados con la formación de los Estados nacionales modernos, ya que las incipientes naciones tenían que promover los procesos escolares en la mayoría de los habitantes para lograr una comunidad política, lingüística y, correlativamente, una identidad nacional, sintetizada en una coincidencia en valores y forma de vida. Vemos que la definición de contenidos académicos y su difusión homogénea formaba parte de proyectos políticos desde hace tiempo, incluso con sistemas de formación docente unificada. Esa alfabetización masiva constituyó una política de modernización en muchos países del mundo, en la cual los manuales ocuparon un lugar clave.

Por todo ello el manual es un “objeto de consumo” que puede resultar necesario para estudiar, pero se desecha fácilmente; es una guía pedagógica para unificar ciertos pensamientos respecto a una materia. Y quienes ejercemos la docencia sabemos que el alumno necesita certezas en cierto momento de su formación. Los libros de texto tienen ventajas y defectos, pero para estudiar tienden a volverse imprescindibles. De alguna forma facilitan el estudio, constituyen una fuente de conocimiento que tiende a asegurar los conocimientos básicos indispensables en una materia. Ya en el siglo XVII Juan Amos Comenio, el padre de la Didáctica Magna, aconsejaba la utilización de libros de fácil y amplia accesibilidad para unificar la información escolar. Más allá de cuál sea el medio utilizado, el objetivo es el de promover la lectura y la investigación de cada tema, evitando las respuestas reduccionistas.

La sensación de plena seguridad en un texto puede ser una necesidad provisoria, que ayuda en el trayecto académico. Pero en el largo plazo, el estudiante de abogacía debe aprender a vivir en la incertidumbre y la tensión intelectual, preguntarse y averiguar por sí mismo. Para realizar bien su tarea, ese futuro abogado deberá aprender a buscar las normas y, especialmente, a aplicarlas. Ahora bien, el aprendizaje de contenidos jurídicos abarca mucho más que el estudio de las normas por sí solas. No niego que la correcta información sobre las normas vigentes constituye un insumo indispensable para la formación de un abogado, pero esto no significa necesariamente que el énfasis en su formación deba ser puesto solamente en conocer las leyes.

En la universidad se debe transmitir el valor del esfuerzo y la constancia en el estudio sistemático y profundo. La utilización de un texto de enseñanza específico como un manual tiene aspectos útiles pero también contraindicaciones. El manual puede brindar certidumbre a los estudiantes, ya que suele expresar las opiniones del profesor sobre la materia a enseñar. Hace una década los textos normativos podían ser útiles para buscar información, algo que ahora ya se puede hacer mejor y más rápido a través de los recursos informáticos. ¿Tiene sentido entonces utilizar un manual para una consulta rápida? En ese aspecto será cada vez más inútil tratar de competir con los medios que nos aporta la tecnología. La vía para hallar y leer normas actualizadas es ir a la propia fuente normativa, fomentar que sea el lector el que busque una interpretación armónica entre cada prescripción y el resto del sistema legal. Buscar información, seleccionar los datos más relevantes, analizar e interpretar, para finalmente dar un argumento. Todas esas son habilidades indispensables en un abogado. Por ello este libro promueve la integración de la información, a través de una lectura lo menos fragmentada posible.

## LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

El objetivo del texto es explicar con la mayor claridad posible los contenidos fundamentales del derecho de familia que debe conocer un abogado. No se trata de aprender solamente las normas, sino también el funcionamiento de los institutos jurídicos, planteando los debates pertinentes en cada caso. Así, el ejercicio profesional surgirá de manera razonada, como una derivación de los principios estudiados y del entrenamiento en el uso de las normas, con un sentido respecto de la utilización de esas herramientas jurídicas. Ello requiere de un ejercicio de pensamiento lo más agudo posible, que evite la falacia del argumento de autoridad. Las ideas deben sostenerse por su consistencia y no por quién las expresa.

He intentado aquí dar prioridad al razonamiento jurídico sobre cada tema de la materia y le he restado un poco de importancia a la enumeración de cada artículo del Código Civil y Comercial. He ahí uno de los ejes de este libro y del curso sobre “Derecho de Familia” a mi

cargo: en ambas instancias se intenta enseñar derecho y no solamente normas. Necesitamos abogados que sepan pensar jurídicamente, lo cual es básicamente una de las facetas de la interpretación de la ley. Por supuesto que para ello deben conocer las normas. Pero una cosa es conocerlas y otra muy diferente es creer que su sola memorización alcanza para formar a un buen profesional del derecho.

Un ejercicio importante para la interpretación de la ley es distinguir entre el lenguaje coloquial y el jurídico, ya que varía el significado de los términos. Por ello, en muchos casos se requerirá de una significación precisa para saber en qué sentido se utiliza cada palabra.<sup>2</sup> En todos los casos, un abogado debe tener una formación integral que incluye un vocabulario preciso y conciso. No alcanza para ser un buen profesional el tener una idea general sobre los aspectos jurídicos sobre los que se trabaja, sino que hace falta poder definir, abstraer principios y utilizar conceptos en situaciones concretas. ¿Cómo se ejercitan esas habilidades? Principalmente leyendo y reflexionando sobre lo leído. Si se puede debatir y argumentar a partir de esa información, mucho mejor aún. Tal es la importancia de la participación de los estudiantes en el aula.

Durante el permanente proceso de transformación del derecho civil nos hemos habituado a los códigos, pero tal forma de legislar no constituye un fin en sí mismo. No deberíamos perder de vista la perspectiva histórica en el proceso de codificación del derecho civil, decisivo para la autonomía de esta rama del derecho.<sup>3</sup> En la República Argentina el legislador eligió renovar este instrumento normativo, tomando en cuenta la influencia de la jurisprudencia de las últimas décadas. La división de poderes en los Estados republicanos distingue tareas en relación con la sanción y la interpretación de la ley. Esto no significa necesariamente que deba el juez apegarse a una exégesis literal, aunque tampoco debería convertirse en legislador. El juez debe hallar la interpretación razonada

---

2. Obviamente, los términos conectivos, disyuntivos o cuantificadores provienen del lenguaje común, mientras que los términos designativos tienen una función referencial mucho más compleja y específica.

3. Julio César Rivera ha desarrollado la idea que dio origen al proceso de transformación del derecho civil y a su evolución, por lo cual se puede afirmar que así como existieron procesos de “codificación” también hubo etapas que podrían denominarse de “descodificación”, a través de la proliferación de leyes especiales, la aplicación del derecho supranacional y el impacto de la jurisprudencia (*Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2017).

de una norma con relación a un hecho, a través de la aplicación armónica del sistema normativo. El proceso mental de aplicación de una norma a un caso requiere poder ser explicado, una sentencia sin fundamentos suficiente puede ser impugnada por arbitraria. En la interpretación de cada prescripción se debe ver el ordenamiento jurídico en su totalidad. El intérprete es un mediador entre el texto legal y su sentido.

En el clásico debate entre la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses, estaba también en juego cuál es el rol del intérprete de la norma.<sup>4</sup> En el primer sistema mencionado, el juez debería limitarse a formular una subsunción lógica de la situación de hecho, bajo los conceptos jurídicos. En cambio, en la jurisprudencia de intereses el juez cobra mayor preponderancia ya que queda como protector de intereses, que deberá valorar en cada caso. Décadas después se planteó un debate similar respecto de lo que se conoce como decisionismo judicial, que reconoce al juez la posibilidad de apartarse de las normas (o los precedentes) con el propósito de lograr una solución armónica y equitativa.<sup>5</sup> Hans Kelsen prioriza la importancia de la subsunción lógica por encima de las apreciaciones valorativas que pueda hacer un intérprete, priorizando lo que conocemos como principio de legalidad. Kelsen denuncia la utilización vaga y ambigua de algunas ideas que pueden justificar una aplicación metafísica del derecho. Recordemos que este autor fue perseguido en Alemania por el régimen nazi por sus ideas y por su religión. En todos los casos el derecho civil está basado en el concepto de persona y libertad que sostuvo Emanuel Kant, es decir que la persona es sujeto de derecho y es un fin en sí misma, nunca un medio. Esa regla de Kant se complementaba

---

4. Se trata del famoso debate que se produjo en la doctrina alemana de inicios del siglo XX entre Ihering y Savigny, que alcanzó a todo el campo del conocimiento legal, en particular a aquellos países de raíz jurídica continental. La jurisprudencia de intereses de Ihering fue una especie de rebelión contra el pensamiento formal y el positivismo legal estricto, a partir de la idea de intereses concretos que iban más allá de lo que las normas podían expresar. O sea, mantenía la idea de interpretar el derecho con fidelidad a la ley, pero no obstante se debían tener en cuenta las necesidades de la vida. En cambio para Savigny, en la ley está el “espíritu del pueblo”, ya que emana de las instituciones.

5. Oliver Wendell Holmes Jr., quien fuera integrante de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (según Richard Posner, era la figura más ilustre en la historia del derecho norteamericano), planteaba que el derecho no es sólo lógica, sino experiencia, por lo tanto a veces había que olvidarse un poco de los precedentes (*The Common Law*, University of Toronto Law School, 2011).



con el imperativo categórico de hacer de la conducta de un individuo una regla que pudiera ser seguida universalmente.

Así también el abogado debe saber que cada decisión tiene costos y beneficios, que deben ser evaluados a conciencia por el cliente, contando con un adecuado asesoramiento técnico. No me refiero necesariamente a costos en dinero, sino a priorizar ciertos aspectos en desmedro de otros, tal como sucede cuando en una bifurcación optamos por una dirección y nos apartamos de la otra.<sup>6</sup> En varios temas podremos constatar que la legislación suele ser optimista en su potencialidad para influir en las relaciones sociales. Dicho de otro modo, a veces el legislador cree que transforma la realidad por escribir en una norma el “deber ser”, en una especie de animismo legislativo en el cual la prescripción cobra vida y actúa por sí misma. Una perspectiva más escéptica indicaría que hay que “desencantar” la norma y no confiar en el realismo mágico de las declaraciones testimoniales.

Todo esto tiene importancia en la formación del abogado porque es necesario que conozca el esquema básico de los debates en torno a la aplicación o la interpretación de las normas, según se considere o no que pueden subsumirse del texto al hecho. La idea de hacer justicia en cada caso concreto reniega de la posibilidad de reglas permanentes, lo cual por otro lado impide que tengamos certeza sobre la resolución que pueden tener los casos, ya que se deja un amplio margen de discrecionalidad a los jueces. Ese particularismo hace que el juez decida acerca de cuáles son las reglas a aplicar y los principios de valoración subyacentes. Aristóteles ya había enunciado una serie de tópicos, es decir criterios, para casos que podrían ser aplicados en otros similares o análogos. Debemos mencionar que justamente ese era el método de

---

6. Esta perspectiva no es estrictamente novedosa, pero desde la segunda mitad del siglo XX se desarrolló más en profundidad el análisis económico del derecho, en tanto corriente que busca discernir los costos y beneficios de cada decisión. Cada decisión tiene consecuencias (Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, Aspen, 7ª edición, 2007). Si bien algunos colegas consideran que estas corrientes de pensamiento jurídico solamente son útiles para analizar cuestiones patrimoniales, creo que para muchas decisiones pueden analizarse los costos y beneficios emotivos en el corto, mediano y largo plazo. Pero no solamente lo emotivo sino también las consecuencias para el entorno familiar y su estructura, partiendo de la base de la incidencia de las decisiones individuales en las relaciones sociales.

los glosadores, que buscaban hallar principios comunes que le dieran coherencia y certeza al sistema normativo.<sup>7</sup>

La interpretación del derecho de familia no debe quedar obstruida por lugares comunes ni por falacias. ¿Qué es una falacia? Podríamos decir de manera sintética que se trata de un razonamiento incorrecto, pero que tiene efectos psicológicos persuasivos.<sup>8</sup> Hay distintos tipos de falacia, pero en materia jurídica uno de los razonamientos más lesivos es la falacia por ambigüedad. Por ejemplo, cuando se afirma que una norma produjo un “cambio de paradigma”, sin explicar concretamente en qué sentido se utiliza este término tan popular como polisémico.<sup>9</sup> Obviamente que los fenómenos sociales y legales pueden ser vistos y analizados desde diferentes perspectivas, pero esto no hace necesariamente que todo sea relativo y no puedan establecerse principios y normas formales.<sup>10</sup>

En este texto se asumirá una perspectiva teórica enrolada en los enfoques democráticos liberales e igualitaristas. Así plantearé la importancia de la noción histórica de derechos humanos que ha influenciado a la dinámica familiar. Varios autores señalan el inicio de la Edad Moderna como etapa de ruptura entre las tradiciones de sesgo más religioso y las libertades individuales basadas en valores seculares que trajeron los programas democráticos liberales. En parte, han tenido una gran influencia en esto las corrientes de pensamiento que a nivel internacional fueron asentando principios de respeto y tolerancia, con

---

7. Se conoce como la Escuela de los Glosadores a un conjunto de autores que desde el siglo XI al XIII realizaron glosas y comentarios sobre textos jurídicos alrededor de la compilación de Justiniano (el Digesto). Esta escuela surgió en Pavia y tuvieron influencia en la creación de las primeras universidades en Europa. En diversas tradiciones interpretativas, el derecho se ha consolidado como derivación razonada y compleja que articula diferentes premisas. He aquí entonces uno de los principales objetivos del material de lectura que se diseñe para la enseñanza legal, con la esperanza de formar abogados que no consientan el predominio vulgar de la fuerza y el poder sobre el derecho.

8. Copi, Irving M., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 59.

9. Cometeríamos un error grave si creyéramos que las transformaciones tienen su causa en “el cambio de paradigma”, como si se tratara de un movimiento universal. ¿A qué refieren exactamente quienes utilizan este término tan ambivalente?

10. Otro problema es el intento apresurado de generalización y de formulación de leyes, en lo que constituye otra clase de falacia. A veces la noción de “vacío legal” intenta justificar la abundancia en la sanción de leyes, como si fuera una forma de acceder a beneficios. En este sentido hay un malentendido al confundir derechos con beneficios, dos nociones esencialmente diferentes pero que suelen ser equiparadas.

un importante sesgo hacia las libertades, ya no solamente entre los Estados sino al interior de los países y también de las familias.<sup>11</sup>

## SELECCIÓN DE CONTENIDOS Y METODOLOGÍA DE ENSEÑANZA

A través de las lecturas adecuadas y la utilización de métodos idóneos en el aula, el estudiante ampliará sus horizontes y la universidad ejercerá de forma responsable su función social. La etapa de estudio en la universidad debe quedar grabada de por vida como una valiosa experiencia y cada materia puede agregar algo en ese camino. En el derecho de familia confluyen diversas áreas del conocimiento legal y social. Esto hace muy propicio el uso de los métodos de aprendizaje basados en casos y problemas. Este manual no es un libro de casos, pero hay que decir que el texto fue escrito con una idea inicial que es la de promover el debate, a través de la forma en que se expone la información. Así, el estudiante o incluso el colega abogado, podrán tomar la información básica que brinda este libro como punto de partida para la pregunta o el debate. La vía elegida para ello es evitar las afirmaciones tajantes o la censura *a priori* de cualquier pregunta. Pero, sobre todo, pretendo que quien lea este manual no se sienta juzgado o reprendido por pensar, por dudar o por preguntar.

Cualquier selección de contenidos puede ser controvertida, hay cierta arbitrariedad en el autor al elegir qué se incluye y qué no se incluye en un texto de estudio. Pero esa es justamente la labor del profesor, tomar decisiones. La elección de capítulos, títulos, subtítulos, la extensión de cada tema, las citas bibliográficas y las clasificaciones y enfoques de cada instituto jurídico, implican decisiones del autor y, por supuesto, pueden ser debatidas. Cada capítulo tiene su propia importancia y la ilación de ideas en este texto intenta no inducir prioridades, ya que todos

---

11. Norberto Bobbio, por ejemplo, planteó hace más de medio siglo que las normas del derecho internacional público no agotan su influencia en la relación entre Estados, sino que están llamadas a marcar pautas en los vínculos entre las autoridades locales y las personas, e incluso entre los mismos individuos en sus relaciones cotidianas. Esto lo llevó a señalar que es necesario asumir un pluralismo jurídico, ya que el origen normativo es variado, y no quedan las normas circunscriptas a los Estados nacionales. De esta manera, sostiene el pluralismo jurídico como una alternativa para mantener los clásicos principios liberales (*El tiempo de los derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1991).

los temas de la materia son valiosos. El docente debe honrar el principio de transparencia al aclarar a sus estudiantes desde qué perspectiva está emitiendo una opinión y cuáles son sus puntos de vista.

Hay una guía básica y esquemática de los principales contenidos de la materia “Derecho de Familia”, tal como se cursa en la mayoría de las universidades argentinas. Además de buscar coherencia entre la bibliografía y la forma de enseñanza, aquí intentaré promover formas de evaluación variadas, que apunten a distintas habilidades que debe tener un abogado. Ya hablamos de la flexibilidad en el pensamiento para poder imaginar diferentes soluciones ante una situación, habilidad que se practica a través de la resolución de casos y problemas complejos. Hay que decir que esos casos a veces tienen una solución correcta y otras equivocada, pero también hay casos que se tornan en dilemáticos porque no hay una respuesta unívoca. Estos casos también sirven para la enseñanza y la reflexión, ya que amplían los horizontes de pensamiento y la flexibilidad mental.

Este texto está escrito de la forma más fluida que me fue posible, para favorecer el ejercicio de la argumentación jurídica sobre los temas que componen la asignatura “Derecho de Familia”. Se trata de un libro que puede ser leído por cualquier interesado en la materia, pero que requerirá seguir la ilación de un texto extenso. A pesar de ceñirse a la explicación sintética de las normas, consideramos que esta obra puede contribuir a pensar las soluciones jurídicas, en particular a través del debate en el aula. Por supuesto que cada profesor le agregará su lectura, su propia interpretación, su impronta. Y esperamos que también los estudiantes sumen sus propias inquietudes e ideas y las compartan a través de la participación y el diálogo en clase.

El libro de texto no puede reemplazar las clases, que constituyen un espacio de encuentro y diálogo. Pero la lectura sí puede favorecer el intercambio de ideas, como punto de partida para el debate. O sea que esta dinámica dialéctica entre actividad en el aula y lectura se puede retroalimentar en una espiral beneficiosa para el proceso de aprendizaje. Para ello se debe permitir (y hasta alentar) el disenso como vía para pensar juntos. En esta actividad de retroalimentación entre objeción y diálogo se debe evitar cualquier intento de mostrar la superioridad moral o ética de unas posiciones respecto de otras.

La variedad y extensión de los temas del Derecho de Familia pueden provocar una perplejidad inicial en el estudiante, pero pronto la superará al conocer los conceptos claves y las discusiones jurídicas que contienen. El alumno puede quedar atónito ante la intensidad de algunas polémicas en este campo del conocimiento, pero también ese color fuerte que caracteriza a muchas de las opiniones puede mover al interés en participar en clase. Recordemos que muchas de las controversias en nuestra materia exceden el ambiente jurídico para constituir debates sociales que se expresan a través de los medios de difusión masiva. De allí que esté tan cruzada por el sentido común, y eso es una ventaja inicial en cuanto al anclaje del tema, pero también puede constituir un obstáculo ya que el lenguaje jurídico no siempre es coincidente con las formas de expresión coloquial.

Posiblemente el desafío más importante de este libro sea el de lograr explicar de forma simple, sin perder la complejidad de cada tema. He intentado condensar cada uno en capítulos y subtítulos relativamente extensos, para evitar la lectura telegráfica, ya que este libro no es un diccionario, ni una enciclopedia ni un código comentado, ni por supuesto la propia norma. Desde ya, ello implica jerarquizar información y seleccionar contenidos, una tarea inevitable para cualquier docente. Confío en que cada colega que lo lea se apropie de sus contenidos y lo utilice como una vía para la gratificante y vital labor de pensar el derecho.

Otra habilidad que pretendemos que desarrollen los futuros abogados es la expresión oral. ¿Es indispensable tal habilidad para el ejercicio profesional de la abogacía? No de forma excluyente, pero reconocamos que la elocuencia ayuda mucho en varios sentidos. En primer lugar, saber expresarse bien de manera verbal es una gran ventaja en una carrera profesional y es importante practicar esto en cada asignatura. Pero además la expresión oral es un excelente mecanismo para comprender mejor. El político y autor alemán del siglo XIX Friedrich Engels decía que “lo que no se sabe expresar, no se sabe”. Podríamos afirmar que es una opinión no menos ingeniosa que controvertida. Pero aun sin llegar a un juicio tan tajante, creo que el ejercicio intelectual de expresar una idea en voz alta puede ser una verdadera ayuda a la organización del pensamiento. Por eso aspiro a que este manual

constituya un incentivo para el debate en el aula, con docentes que abran y promuevan esa instancia de intercambio de ideas.

Finalmente, debo reconocer que en la orientación pedagógica de este manual está latente la experiencia de más de veinte años como docente de la asignatura “Derecho de Familia y Sucesiones”. Inicié mi labor como ayudante alumno en la Universidad de Buenos Aires en 1995, en el curso a cargo de mi maestro y amigo Osvaldo Pitrau. Guardo una afectuosa gratitud y reconocimiento a Osvaldo por su generosidad, como así también a otros maestros que influyeron en mi forma de enseñar, como Graciela Medina, Leandro Vergara, al recordado Abel Fleitas Ortiz de Rozas y al gran Enrique Mariscal.

# CAPÍTULO 1

## EL DERECHO DE FAMILIA

*Reconstituyendo retrospectivamente la historia de la familia, Morgan llega, de acuerdo con la mayor parte de sus colegas, a la conclusión de que existió un estadio primitivo en el cual imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.*

**Friedrich Engels**

*El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*

### LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN SOCIAL

¿Debe un abogado de familia necesariamente tener una perspectiva u opinión sobre qué es la familia? Generalmente cada persona tiene sus propias nociones sobre la familia, originadas en el sentido común y sin una reflexión jurídica o sociológica sólida. La palabra “familia” arrastra connotaciones valorativas, religiosas, económicas o jurídicas. Desde la segunda mitad del siglo XX existe un consenso que se consolida cada vez más con el transcurso del tiempo, acerca de la variabilidad de formatos, estilos o modelos familiares y, por lo tanto, ya es una obviedad decir que no existe un único tipo de familia.<sup>1</sup> Aun así vale la pena sostener el término “familia” como un genérico portador de significados variables y hasta contradictorios entre sí.

La sociedad está organizada a través de un sistema complejo de clasificaciones y jerarquías que llegan hasta la familia o, según otras perspectivas, surge de ella. A pesar de su apariencia natural e inmutable, la organización familiar es una construcción cultural con variaciones

---

1. La palabra “modelo” está utilizada muchas veces sin un adecuado rigor sobre su significado epistemológico. Lamentablemente se suele asimilar el término a “definición” o incluso a “idea” o “perspectiva”. El término “modelo” tiene varias acepciones, y posiblemente la que mejor aplique si se quiere hacer referencia a “tipos de familia” sea la de un “prototipo”. En epistemología, la palabra “modelo” se define como una construcción teórica para explicar el desarrollo de una teoría, significado que no se aplica a la mayoría de las referencias que se hacen en el campo jurídico.

en el tiempo y en el espacio. Se trata de una entidad culturalmente creada y que se enlaza con otras instituciones, para cumplir diferentes funciones y cubrir necesidades del ser humano, tanto en su faz individual como comunitaria. Muchos autores en las ciencias sociales han planteado el carácter funcional de la institución familiar con la supervivencia y reproducción de las relaciones sociales. Por un lado, reproduciendo mano de obra para el trabajo social, pero por otro, educando a esos futuros integrantes de la sociedad.

Los cuidados recibidos por otro individuo tienen especial trascendencia en la especie humana, en particular en el lapso que va desde su nacimiento hasta que pueda abastecerse por sus propios medios. Pero la importancia del núcleo familiar supera estos cuidados para formar una compleja red de intercambios. A partir de la prohibición universal del incesto, se articula otra regla universal como es la exogamia, es decir la elección de pareja fuera del propio grupo de pertenencia. Esto favorece el intercambio social y permite el paso de la naturaleza a la cultura, de la organización biológica a la organización social. Esto es de gran importancia, ya que aceptado el carácter cultural de estas relaciones, podrán superarse los prejuicios valorativos, religiosos y jurídicos sobre la familia como ente natural.<sup>2</sup>

Este texto tiene una perspectiva más jurídica, pero bien vale la pena saber que cada solución legal tiene como punto de partida una concepción sobre qué es la familia y qué conductas se esperan de sus integrantes en las diferentes etapas de la vida. Lo que aquí intento resaltar es que las normas tienen un componente histórico que no podemos obviar. Lo que hoy consideramos correcto socialmente, puede no serlo dentro de unas décadas, al igual que hay diferencias de creencias en distintos lugares del mundo. Esta diversidad en el tiempo y el espacio debe servirnos para entender y aceptar que las soluciones legales son particulares de una sociedad específica, en un momento determinado

---

2. El antropólogo social Bronislaw Malinowski es uno de los que comprobó también esta variabilidad cultural en torno a la organización familiar. La corroboración proviene de múltiples trabajos de campo de antropólogos quienes, incluso antes de Claude Lévi-Strauss, documentaron acerca de que sobre la relación biológica entre el niño y sus progenitores, se podían construir diferentes formas de organización familiar sin que ello significara la negación de los lazos afectivos paterno-filiales (*Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, Planeta DeAgostini, 1985).



de la historia. No son axiomas universales. Lo peor que podemos hacer es sacar una conclusión general de unos pocos hechos particulares.

Analizaremos a continuación algunos antecedentes históricos, pero aclarando que no tienen ninguna clase de pretensión de universalidad, ya que es imposible sintetizar la historia de todas las culturas en todo el planeta. Pero tomaremos la tradición latina y especialmente el derecho romano como un valioso antecedente por su influencia en el mundo jurídico occidental. Una figura central en ese derecho romano era el *pater familiae*, que encabezaba una estructura piramidal y encarnaba a la máxima figura de autoridad. Los demás integrantes de la familia le debían lealtad y obediencia. Este *pater familiae* ocupaba el lugar de líder de su mujer e hijos, disponiendo libremente de los bienes familiares, aunque hay que aclarar que esos bienes podían ser usufructuados por los otros integrantes del grupo. Predominaba el carácter magnánimo y de cuidado por el núcleo familiar, aunque esto implicaba un amplio poder total sobre bienes y personas. Tales potestades fueron diluyéndose en parte con el surgimiento del cristianismo en Europa, por ejemplo respecto de “vender” el trabajo del propio hijo a otro *pater familiae*. Esto se conocía como el *ius vendendi*, pero se asimilaba más a una locación de servicios con pago por adelantado, por lo cual se le daba el nombre de *in causa mancipi*, que enfatizaba que se trataba de una situación temporal. En el año 212 después de Cristo, el emperador Caracalla prohibió este procedimiento, salvo para los casos extremos en los cuales el padre no tuviera sustento económico para dar alimentos a sus hijos. Esta limitación también rigió con otros gobernantes romanos, como Diocleciano y Constantino. Finalmente, el *ius exponendi*, llamado “derecho de exposición”, lo ejercía el padre al aceptar o no al hijo recién nacido. La forma ritual se desarrollaba justo después del nacimiento, cuando el padre alzaba al hijo o no. Esto último era la señal del rechazo, lo cual dejaba al niño en condición de expuesto, de donde surgió el término “niños expósitos”.

El *pater familiae* tenía amplias facultades, aunque también importantes responsabilidades por lo que los integrantes del grupo hicieran en la comunidad. En el derecho romano había distintas vías para entrar en la familia y se distinguían entre el modo natural,<sup>3</sup> que era ser

---

3. Se consideraba “legítimo” al hijo que nacía dentro del matrimonio, o sea después de 180 días desde la celebración del matrimonio y antes de 310 días de disuelto el vínculo.

engendrado en *iustae nuptiae*, y el modo jurídico, que podía consistir en una adopción,<sup>4</sup> en la adrogación<sup>5</sup> o en la *conventio in manus*.<sup>6</sup> A lo largo del tiempo, diferentes acuerdos económicos acompañaron los actos jurídicos familiares. Así, por ejemplo, la dote que pagaba el jefe familiar era una manera de apoyo a la unión matrimonial, y si bien no era obligatoria en todos los sistemas jurídicos, constituyó una costumbre extendida. Incluso en algunas legislaciones también se reconocían las arras, que era un contrato por el cual el novio (o su familia) le donaban a la novia un conjunto de bienes antes del matrimonio.<sup>7</sup> Algunas de esas prescripciones quedaron en el pasado, pero pueden servir para estudiar los orígenes y antecedentes de nuestras actuales instituciones jurídicas.

El matrimonio ha tenido a su vez distintas clases de prohibiciones, algunas de las cuales hoy se mantienen y otras que nos resultarían odiosas por su rasgo discriminatorio. Sólo por explicitar un ejemplo extremo, en el año 365 d. C. el emperador romano Valentino declaró la *profesio iuris*, que prohibía lo que denominaba los “matrimonios mixtos” con el propósito de mantener una supuesta “pureza racial”. Incluso en aquella época esto provocó importantes polémicas, lo cual llevó a desarrollar un sistema de excepciones a esa regla. Pero también recordemos que durante muchos siglos no se toleró la idea misma de un matrimonio entre personas del mismo sexo, algo que hoy en día es común en muchos países del mundo. Durante el período feudal se forjó una impronta que dura hasta la actualidad. El cristianismo como movimiento religioso, que además tiene enorme impacto cultural, influyó enormemente en materia familiar. El Concilio de Trento fue una reunión de la jerarquía de la Iglesia Católica

---

4. La institución de la adopción en el derecho romano establecía entre dos personas una relación análoga a la que creaban las *iustae nuptias* entre el hijo y el jefe de familia, teniendo como principal objetivo la continuación del culto familiar.

5. Se trata también de una forma genérica de adopción, en la cual el adoptante es consultado sobre si desea incorporar como “hijo legítimo” a alguien que no tiene ese vínculo con otro padre. Pero también se consulta a quien será adoptado. O sea que se consulta a ambas partes y también al *populus*, ya que producirá una transferencia de los bienes del adoptado al adoptante.

6. Era el acuerdo por el cual una mujer salía de la órbita de cuidado de su familia de origen, para pasar a depender de quien sería su marido.

7. En la tradición histórica, lo que se conoce como “arras matrimoniales” tenía un fuerte contenido simbólico y estaba constituido por un intercambio de monedas entre los novios durante la ceremonia de matrimonio. El ritual representaba el hecho de compartir los bienes materiales para una vida en común.

en el siglo XVI, en la cual se debatieron algunos cánones muy importantes en materia de matrimonio.<sup>8</sup> Si bien ya existían normas en cuanto a la celebración, en ese encuentro se establecieron parámetros sobre la solemnidad del acto, la publicidad, la certificación en los libros eclesiásticos, los testigos e incluso también la posibilidad de dispensas para algunos impedimentos, por ejemplo el matrimonio de una persona católica con otra de otra religión, siempre que hubiera un compromiso de educar a los hijos en la fe cristiana. Con la llegada de los europeos al continente americano se produjeron diversas transformaciones en las costumbres de los habitantes, muchas veces a través de la amenaza de exterminación y otras a través de la evangelización.<sup>9</sup> Así, por ejemplo, uno de los objetivos de la conquista que alegaban los europeos era terminar con la poligamia, que era común entre muchos pueblos originarios.

A partir del inicio de la modernidad se comenzaron a producir transformaciones sociales y culturales que apuntan hacia una mayor valorización del individuo y su libre voluntad. Según ese liberalismo político, ya no son solamente las costumbres las que determinan la forma de vida. Con el desarrollo tecnológico, su correlato en las formas mecanizadas e informatizadas de producción, la prescindencia de la mano de obra masiva y el crecimiento demográfico, fue perdiendo sentido la tradicional forma de socialización del individuo. La familia pierde importancia como núcleo de reproducción biológica de mano de obra debido a que las nuevas formas de producción prescinden de planteles numerosos. A su vez pierde importancia relativa su función educadora en la medida en que dejó de ser el único medio de acceder al individuo en su formación temprana.<sup>10</sup>

---

8. Este Concilio de Trento duró nueve años y el motivo de la convocatoria había sido emitir una condena a la doctrina de Lutero y su reformismo. De allí que se conociera también como el “Concilio de la Contrarreforma”.

9. Bartolomé de las Casas, un religioso español con gran sensibilidad por el dolor del prójimo, denunció muchas de las crueles formas de dominación que se utilizaron durante ese proceso de colonización.

10. Émile Durkheim afirmaba que “el niño debe ser preparado en vistas a la función que será llamado a cumplir”, dando sentido al presente infantil, a la generación en formación, en su proyección social y política futura. Esta determinación no se refiere solamente a una preparación individual sino también a la ubicación y la concepción global, que incluye una autorreferencia del ser humano en la sociedad. La ubicación del individuo es determinada por el ambiente en que se desarrolla, de allí la importancia de la familia como institución (*La educación moral*, Buenos Aires, Schapire Editor, 1972).

La aceptación lisa y llana del principio de la voluntad autónoma parece suponer una equivalencia real de los individuos. En esta idea los seres humanos nacen iguales, lo cual constituye un enorme avance con respecto a las nociones de la Edad Media. Aunque hay que mencionar que aquella idea de igualdad tiene un origen muy anterior, que se remonta hasta los inicios del cristianismo. Con el liberalismo político, la igualdad de los individuos, que devenían en ciudadanos, aparejaba como consecuencia que se considerara a la sociedad como emergente de un “contrato social”. Cada individuo daba su consentimiento, elemento esencial que se testimonia en la soberanía popular. No sólo autores clásicos han tomado este argumento demostrativo para identificar al titular de la soberanía. En efecto, son los precursores del liberalismo europeo quienes, con diversos matices, anticiparon y dieron forma a la teoría del contrato social.<sup>11</sup> Es difícil entender los debates subyacentes en derecho de familia si no hay una idea clara sobre la noción de la autonomía del individuo y sus derechos, así como también de la tensión que existe entre tal idea liberal y las presiones del orden público. No solamente en nuestro país, sino en todo el mundo existe esta tensión entre individuo y moral grupal, algo que se expresa especialmente en el derecho de familia.

En 1865 el Poder Ejecutivo Nacional encomendó a Dalmacio Vélez Sarsfield la redacción del proyecto de Código Civil; recordemos que la Nación Argentina se hallaba aún en sus comienzos en lo político y en lo legislativo. Desde el punto de vista de la solvencia técnica, la elección de Vélez Sarsfield no merecía ningún reparo ya que era un jurista de relieve, de sólida preparación y conocedor de la evolución legislativa de su época. Era un activo político y había estado próximo a Juan Manuel de Rosas. Luego de su caída volvió a cargos importantes en la vida pública, como diputado y miembro de la convención bonaerense. Vélez Sarsfield había ejercido la cátedra de economía política y su preparación cultural no era en modo alguno ajena al pensamiento y doctrina de los economistas clásicos, a partir de Adam Smith. De modo que a su versación

---

11. John Rawls apela al llamado “contrato instrumental”, que intenta “generalizar y llevar la teoría tradicional del Contrato Social representada por Locke, Rousseau y Kant, a un nivel más elevado de abstracción”. Se trata de una valiosa evolución teórica y que en materia jurídica logró mostrar que no hay necesariamente una contradicción entre valores como la libertad y la igualdad (*Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995).

jurídica unía el sentido práctico de su experiencia como político y la disposición de los medios intelectuales aptos para manejarse con los supuestos económicos de su realidad circundante. Hay que decir que al darse a publicidad el Libro I del proyecto de Código Civil, se suscitó una agria discusión entre Vélez Sarsfield y Juan Bautista Alberdi.<sup>12</sup> Finalmente, ese código fue sancionado “a libro cerrado” por el Congreso de la Nación el 25 de septiembre de 1869 y tuvo vigencia entre el 1º de enero de 1871 y el 1º de agosto de 2015. A partir de esta última fecha, comenzó a regir el actual Código Civil y Comercial.<sup>13</sup>

El Código Civil que redactó Vélez Sarsfield significó en muchos sentidos una consagración de la política liberal revolucionaria que había dado fundamento a la independencia respecto de España. Aquella norma era de avanzada para el momento histórico; por ejemplo, consagraba la igualdad civil, declaraba abolidos los mayorazgos, establecía la igualdad hereditaria y la sucesión entre cónyuges, daba personalidad a la mujer en el matrimonio elevándola a la condición de socia del marido, permitía la investigación de la paternidad natural y reconocía el principio de la libertad de las convenciones.<sup>14</sup>

Hay que tener en cuenta que el motor ideológico de la independencia argentina fueron las ideas liberales. Esa misma perspectiva es la que en Europa había promovido la formación de los Estados modernos a partir de ideas democráticas y republicanas, dejando atrás los sistemas monárquicos. En el plano jurídico esto tenía consecuencias, ya que durante el sistema colonial se aplicaban distintas ordenanzas,

---

12. De alguna forma, ese debate fue una representación de la discusión que se había dado años atrás en Alemania entre Thibaut y Savigny. Thibaut era cultor del iluminismo racionalista y creía que podía codificarse todo el derecho privado a partir de los principios democráticos. Por otro lado, Savigny representaba a la conocida Escuela Histórica del Derecho, que planteaba cuestiones más cercanas al romanticismo alemán, el nacionalismo y el respeto por las tradiciones. De allí que prefiriera una maduración paulatina de la legislación, que recuperara el “espíritu del pueblo”.

13. Sancionado a través de la Ley N° 26994.

14. La pretensión de juzgar normas de hace casi un siglo y medio con las pautas actuales constituye un anacronismo, es un razonamiento que no tiene validez. El texto de la propia Ley N° 340 abría la posibilidad a futuras reformas: “La Suprema Corte de Justicia y Tribunales Federales de la Nación, darán cuenta al Ministro de Justicia, en un informe anual, de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica la aplicación del Código así como de los vacíos que se encontrasen en sus disposiciones para presentarlas oportunamente al Congreso”.

como la que en 1549 sancionó Carlos V y que prohibía a cualquier extranjero venir a los dominios españoles, salvo que tuviera licencia del rey. En la etapa colonial las instituciones más trascendentes funcionaban en España y eran los Consejos de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla, que sancionaban normas aplicables en las colonias americanas. Recién en 1811 los extranjeros tuvieron libertad para entrar, permanecer o salir del país. La denominada Asamblea General Constituyente y Soberana del Año 1813 proclamó la “libertad de vientres”, que implicaba que cualquier persona que naciera a partir de ese momento era considerada libre, aun cuando su madre fuera esclava. Además, en ese momento se suprimieron los títulos de nobleza y se derogó el servicio personal que prestaban los descendientes de poblaciones originarias. Pero a pesar de esos avances, se mantuvieron ciertas restricciones que hoy consideraríamos absurdas y discriminatorias; por ejemplo estaban prohibidos los matrimonios entre nativos y españoles.

La Constitución Nacional que se sancionó en 1853 asimiló los derechos de los nacionales y extranjeros a través del reconocimiento a los habitantes. Se trataba de una fórmula diseñada para facilitar el ejercicio del derecho a la enorme cantidad de personas que habían formado parte de la inmigración a la República Argentina. El primer Código Civil argentino traía inicialmente unas pocas normas sobre matrimonio, ya que se delegaban muchos aspectos de ese acto en los correspondientes grupos religiosos a los que podrían pertenecer los contrayentes. Recién el 2 de noviembre de 1888 se sancionó la Ley N° 2393, de matrimonio civil, en medio de una fuerte polémica entre posturas laicas y religiosas. Aquellos debates por la secularización provocaron un clima de enfrentamiento ideológico, pero posiblemente el motivo más relevante para desarrollar esta política estatal tenía que ver con cuestiones de relevamiento censal y de control de los nacimientos y defunciones.<sup>15</sup> La seguridad jurídica requería que fuera el Estado el que tomara el control fehaciente de las celebraciones y registros de los matrimonios. Además, el proyecto de

---

15. En su discurso en el Senado de la Nación en septiembre de 1867, Eduardo Wilde planteó que un argumento razonable para avanzar en la legislación civil del matrimonio estaba sustentado en las deficiencias que tenían los registros parroquiales. Esto impedía un conteo riguroso pero además no ayudaba a crear el clima de seguridad jurídica que requería una nación moderna (Recalde, Héctor, *Matrimonio civil y divorcio*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1986, p. 136).

inclusión inmigratoria traía ínsito un mensaje de pluralismo en lo religioso, algo en lo cual no se avanzó demasiado ya que tampoco se avanzó mucho en la separación entre Iglesia católica y Estado. Este vínculo ha tenido una manifestación muy intensa en el derecho de familia, incluso con una marcada influencia en el actual Código Civil y Comercial.

En el marco de la historia de esta normativa, una de las nociones subyacentes es la del orden público, la cual no tiene una definición unificada, por lo tanto depende mucho de quién la enuncie y en qué contexto. El orden público podría ser genéricamente definido como la cristalización de los valores básicos de una sociedad, y está relacionado con otro concepto tan amplio y ambiguo como la moral. No se trata de normas precisas, expresamente consagradas, y por ello plantea un dilema respecto de los principios de legalidad y de reserva, consagrados en nuestra Constitución Nacional:<sup>16</sup> es una noción muy compleja y su imposición podría resultar arbitraria si no hay una norma que indique expresamente y con claridad cuál es la conducta que se desea evitar. La paulatina emancipación de las normas jurídicas de los preceptos religiosos es un trayecto con marchas y contramarchas, ya que la tentación de imponer pautas morales a los otros es aún poderosa. Veremos a continuación cómo estas nociones no pertenecen exclusivamente a una rama del derecho, sino que pueden ser analizadas desde distintos puntos de vista.

## LA RELACIÓN CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Tarde o temprano todas las personas van a estar cara a cara con prescripciones del derecho de familia. De allí que cualquiera tiene experiencias vitales que lo emparentan con nuestra rama del derecho, de la cual quizás por eso sea tan fácil opinar. En el derecho de familia se puede ver claramente aquella tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público, entre el libre deseo individual y la costumbre arraigada en el

---

16. El artículo 19 de la Constitución Nacional es una norma que debemos conocer a la perfección y aplicar de forma permanente en derecho de familia: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Veremos a lo largo de los distintos temas que esta prescripción puede (y debe) aplicarse a toda la materia.

grupo. O bien, como se describió en las ciencias sociales y especialmente en la antropología sociocultural de fines del siglo XIX, la diferencia radical entre la sociedad del contrato y la sociedad de la tradición.<sup>17</sup>

El sistema jurídico es uno solo y las ramas no son sino divisiones y clasificaciones con fines operativos. Se divide para estudiar y para designar la competencia. Las ramas del derecho se constituyen de manera paulatina, generalmente con más criterios políticos que científicos. No quiero con ello afirmar que no existan fundamentos, pero la condición del derecho como ciencia tiene características particulares.<sup>18</sup> Claro que la autonomía del derecho de familia tiene consecuencias concretas. Por otra parte, hay una dificultad para separar las definiciones del lenguaje jurídico en derecho de familia de aquellas nociones que provienen del lenguaje coloquial.<sup>19</sup> También hay una tensión permanente entre definiciones jurídicas y otras que provienen de otras ciencias. En el derecho de familia emerge muy claramente un vínculo entre normas jurídicas y situaciones cotidianas, algo que no se ve tan fácilmente en otras ramas del derecho. Existe una relación directa entre organización familiar y procesos socio-económicos. Se entiende la organización familiar desde las reglas para la elección de una pareja hasta la socialización temprana del niño y su escolarización.

---

17. El antropólogo social francés Georges Balandier considera que fueron Henry Maine y Lewis H. Morgan (este último señalado como el padre de la antropología social del siglo XIX) quienes iniciaron los principales estudios sobre la familia en las sociedades primitivas, buscando regularidades que permitieran hallar algunos patrones en la evolución de la organización humana (*Antropología política*, Barcelona, Ediciones Península, 1969, p. 15). Hoy en día no son tan aceptadas las posturas evolucionistas, pero esto no le quita valor a los estudios sobre el matrimonio y la familia en las diferentes culturas, en particular para constatar la variabilidad en los formatos.

18. Hans Kelsen marca la separación entre las ciencias naturales y el derecho: "Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza" (*Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, p. 55).

19. La epistemóloga argentina Francis Korn plantea que la investigación académica no es diferente entre las ciencias, siempre que se guarde cuidado respecto a la comprobación de los hechos y la rigurosidad del pensamiento (*Investigación social. Errores eruditos y otras consideraciones*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 1990, pp. 153-155). En igual sentido, los juristas Carlos Alchourrón y Eugenio Bullygin consideran que el divorcio entre lógica y derecho ha tenido lamentables consecuencias (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987).



El derecho de familia es una disciplina autónoma desde hace mucho tiempo, pero que se halla cruzada por las demás ramas del derecho, que influyen de manera sustancial en el enfoque teórico y la intervención práctica. Por otra parte, hay que decir que hoy en día no subsisten aquellas diferencias tajantes entre ramas del derecho. Incluso es posible que nunca hayan sido verdaderas brechas de magnitud, ya que, por ejemplo, hasta mediados del siglo XX los derechos personalísimos, a los que hoy incluimos casi automáticamente en el ámbito *iusprivatista*, estaban considerados dentro de la órbita del derecho público.<sup>20</sup> Esta relación entre lo público y lo privado en el ámbito jurídico se ha consolidado a lo largo del siglo XX, en particular a partir de la aprobación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas. Como se desarrollará más adelante en este mismo capítulo, se trata de un vínculo de operatividad directa y con un alto grado de impacto en materia jurídica.

No son solamente el derecho constitucional o el derecho internacional público los que impactan en materia familiar. Muchos de los conflictos familiares están atravesados por la intervención de organismos administrativos. Esta intervención en ocasiones está originada por compromisos internacionales de derechos humanos que asumió el Estado nacional con relación a la protección de derechos de grupos específicos de la población, como los niños, las mujeres, los ancianos o las personas con discapacidad. En todos esos casos se han creado organismos administrativos para que apliquen las políticas públicas de protección y promoción de derechos.

La filosofía del derecho aborda prácticamente todo el panorama jurídico, aunque para circunscribir temas de debate recurrente podríamos mencionar la igualdad entre los individuos, a partir de funciones distintas dentro de un núcleo familiar. La noción actual de igualdad dista mucho de aquellas del liberalismo clásico, y hoy una serie de medidas de acción positiva acuden en auxilio de los grupos vulnerables. ¿Cuál es el fundamento de estos estatutos específicos para algunos grupos de la población? Veremos en distintos temas del derecho de familia que se necesitan muchos apoyos y la asistencia es una de las bases de lo que se suele mencionar como solidaridad familiar. También la perspectiva *iusfilosófica* tendrá impacto en el rol de los jueces en la aplicación de las normas.

---

20. Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ra. edición, 2004.

Desde la bioética se presentan debates más que interesantes sobre temas que solemos incluir en derecho de familia, como las técnicas de reproducción humana asistida, que tanta conmoción causaron en materia de filiación. ¿Cuáles son las situaciones en las cuales el consentimiento para una intervención terapéutica debe ser dado por una persona menor de edad y cuándo deben ser sus progenitores quienes lo hagan? ¿Qué sucede si hay una discordancia de criterios, en el marco de la autonomía progresiva respecto del ejercicio de la capacidad jurídica? Por supuesto que también hay debates muy interesantes respecto de decisiones familiares que pueden tomar personas con discapacidad mental o intelectual; por ejemplo, contraer matrimonio. ¿Cuáles serán los criterios para evaluar la autorización judicial para celebrar un matrimonio válido entre personas con discapacidad mental o intelectual? Este tema aparece en varios capítulos, ya que pone en tensión la noción de la racionalidad de esas decisiones, en términos de actos jurídicos que requieren algo más que el tradicional consentimiento.

Hay resonancia importante de las relaciones familiares en el derecho laboral, tanto en el inicio del vínculo (edad para iniciar un oficio y eventual autorización de los progenitores), como también respecto a las relaciones durante el empleo; por ejemplo las licencias por maternidad. Pero veremos en el capítulo sobre régimen patrimonial del matrimonio que se establece una situación particular acerca de los contratos entre cónyuges. Y también tienen estrecho vínculo ambas ramas del derecho respecto de las causales para la interrupción de la relación de trabajo, por ejemplo en aquellos casos de despido arbitrario por embarazo.

Le dedicaremos un capítulo a los aspectos procesales en el ejercicio del derecho de familia, ya que hay varias aristas que se destacan respecto de otra clase de procedimientos. Pero es importante también señalar que el propio acceso a la justicia constituye una preocupación no solamente del poder político sino también del ámbito judicial e incluso de quienes ejercemos esta rama del derecho. Es imposible ignorar las dificultades que sufren muchas personas para poder plantear sus controversias en una instancia judicial, por lo cual en ese capítulo se analizarán algunas de las prescripciones que en esa materia trae nuestra legislación, incluso tomando en cuenta algunos documentos internacionales como las Cien Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad.

El derecho de familia tiene también mucho para tomar de los estudios de la sociología del derecho, en particular en lo referente al análisis del resultado de la aplicación de las normas. La formulación normativa parte de una noción universal, pero que se aplica en una diversidad de contextos sociales. Los trabajos relacionados con la constitución de identidades de género, consolidación de colectivos vulnerables, la valoración de la legitimidad del sistema jurídico o la conformación de las burocracias estatales son solamente algunos de los temas que nos tocan de cerca, de allí la importancia de abrir el derecho de familia a tales perspectivas. La sociología del derecho tiene una amplia tradición en la doctrina jurídica y permite analizar fenómenos sociales sin asumir *a priori* que la ley siempre dirige las conductas humanas.<sup>21</sup>

La propia formación de ramas del derecho constituye un valioso punto de análisis y al cual siempre vale la pena prestar atención, ya que se trata de un proceso dinámico y con permanentes propuestas de expansión. En cercanía con nuestra materia, en las últimas décadas se ha planteado que necesitan ser consideradas ramas del derecho algunas áreas como el derecho de la ancianidad,<sup>22</sup> el derecho de la salud,<sup>23</sup> sin mencionar otras áreas con recorridos un poco más consolidados como los derechos del niño o estudios de género. De alguna manera, si cada área va logrando autonomía, es posible que el derecho de familia acabe siendo una muy amplia rama del derecho, que a su vez agrupe a otros subcampos.

Finalmente, hay que destacar el valor de la interdisciplina, pero advirtiendo la enorme complejidad que tiene esta confluencia. De hecho hay diferentes enfoques acerca de qué es realmente la interdisciplina. Hace algunas décadas se utilizaba el término “multidisciplina” y ahora incluso

---

21. Recordemos que en este ámbito ya hay otra clase de objeto de estudio y se corre el eje de los enunciados normativos, como ha planteado Hans Kelsen: “La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o efectos” (*op. cit.*, p. 97).

22. Aída Kemelmajer de Carlucci ha postulado esta área, a partir de una transversalidad entre actuales áreas como el derecho civil, comercial, administrativo y penal (“Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina: ¿hacia un derecho de la ancianidad?”, en *Revista Chilena de Derecho*, abril de 2006, vol. 33, N° 1, pp. 37-68).

23. Miguel Ángel Ciuro Caldaní insiste desde hace tiempo en instituir al derecho de la salud como una rama autónoma debido a la complejidad propia de los conflictos que allí se tratan y que exceden las posibilidades de las tradicionales áreas (“Filosofía trialista del derecho de la salud”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 28, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, año 2004/2005, pp. 19-31).

ya se habla de “transdisciplina”, todas nociones con sutiles variaciones en cuanto a cómo enfocar un problema desde distintas perspectivas teóricas y metodológicas. Es ese un intrincado y valioso debate epistemológico, pero que excede a este texto sobre derecho de familia, por lo cual nos conformaremos aquí con afirmar la necesidad de consultar a los profesionales de cada área cuando corresponda. Por supuesto que también es meritorio que el abogado amplíe su perspectiva con lecturas de otros campos, pero no habría que confundir eso con interdisciplina realmente, ya que la profundidad de esas lecturas no es equiparable a la que puede aportar un especialista del otro campo. Un uso superficial de las perspectivas interdisciplinarias nos puede llevar a deslizamientos conceptuales, tal como vemos a veces en colegas de otras áreas que hacen un uso promiscuo de términos jurídicos. Un típico problema es que hay términos “exportados” (o “contrabandeados” sería mejor decir) que luego regresan a su campo pero ya con nuevos significados. He allí uno de los peligros de la interdisciplina mal utilizada: que creamos que hablamos el mismo idioma y no siempre es así. Como a nadie le gusta asumir limitaciones de interpretación, se suelen producir equívocos que pasan desapercibidos y ello promueve una retórica que pasa por conocimiento científico sin haber pasado previamente por los procedimientos de refutación. Se trata de un falso diálogo entre disciplinas y que banaliza la noción misma de interdisciplina. Por eso defiendo la perspectiva interdisciplinaria, pero con la condición de no perder precisión en el propio campo del conocimiento, mucho menos en el área jurídica donde es indispensable un lenguaje preciso.

Más allá de los cruces con otras ramas del derecho, hay que reafirmar que nuestra materia todavía mantiene un profundo anclaje en el derecho civil, al cual básicamente pertenece por diversas razones históricas pero también por congruencia en cuanto a temas tratados y normas aplicables. Pero el derecho civil se interpreta de manera congruente con los principios de derechos humanos que surgen de la Constitución Nacional. No es sencilla una subsunción tan amplia, tomando en cuenta la amplitud del bloque de constitucionalidad federal, pero veremos a continuación que tal desafío se erige como un objetivo estimulante para el pensamiento jurídico. Analizaremos cuáles son algunos de estos instrumentos internacionales de derechos humanos y cómo su influencia ha ganado lugar en la interpretación de las normas locales.

## COMPROMISOS INTERNACIONALES EN DERECHOS HUMANOS

La protección jurídica del ser humano ha variado en distintos momentos de la historia, conforme a los sistemas políticos vigentes. En el estado actual de las ideas políticas, el ser humano es el propio centro de la protección jurídica y se ha consolidado la idea del respeto por el individuo. Recordemos que esa perspectiva antropocéntrica constituye una idea muy asociada con el liberalismo político y los sistemas democráticos. Pero la democracia como régimen político tiene relativamente poco tiempo de vigencia en la humanidad; no olvidemos que el surgimiento de los Estados modernos se remonta a poco más de dos siglos.

Los tratados internacionales de derechos humanos son una fuente directa para la interpretación legal y hay que decir que esto no es una novedad legislativa. A veces sobreactuamos el impacto de las nuevas normas, ya que la llamada constitucionalización del derecho privado es ahora expresada de manera explícita en el Código Civil y Comercial, pero ya existía y había tenido manifestaciones muy concretas en derecho de familia. Así, por ejemplo, en 1985 se sancionó la norma que contenía principios originados en un valioso instrumento internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>24</sup> Esta norma traía prescripciones acerca de la prohibición de discriminar entre hijos nacidos en el matrimonio o fuera de él, por lo cual era indispensable que la República Argentina modificara su legislación interna. Además, la igualdad al interior de la familia se debía expresar en lo que en ese momento se denominaba “patria potestad” compartida entre padre y madre (antes de ese momento, el padre tenía mayores prerrogativas que la madre). También fue citado este tratado internacional de derechos humanos en los debates previos a la sanción de la norma que habilitó la posibilidad de recuperar la aptitud nupcial luego de un divorcio.<sup>25</sup>

24. Se trata de la Ley N° 23264 sobre equiparación de la *patria potestad* entre hombres y mujeres, pero que también eliminaba la distinción entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Esta igualación obedecía a un mandato muy claro y concreto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ratificada por la Ley N° 23054 en 1984.

25. La Ley N° 23515 provocó una gran controversia en 1987 pero, como se desarrollará en los próximos capítulos, aquella norma tenía como antecedente un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que había declarado inconstitucional la prohibición de nuevas nupcias para quien estuviera separado legalmente.

Hay que decir además que la influencia del derecho constitucional en el derecho civil en general es un proceso a nivel global y con importantes antecedentes históricos. Así hay que mencionar el Código Civil italiano de 1942, que fue sancionado bajo el influjo del movimiento fascista, encabezado por el dictador Benito Mussolini, aliado de los nazis en la Segunda Guerra Mundial. Se trataba de un código con una fuerte influencia de la ideología fascista, de neto corte corporativista y, más allá de su carácter autoritario en muchos sentidos, tenía también una impronta tuitiva en materia familiar. Muchas de sus soluciones podían ser interpretadas a la luz de otras normas de derecho público (nacionales e internacionales), lo cual limitaba aquel influjo tan atado a la moral y el orden público. Precisamente fueron las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, y en particular el horror de los regímenes nazis o fascistas, lo que motorizó la redacción de instrumentos internacionales de derechos humanos, de corte liberal y con la incorporación de garantías para los individuos.

¿Por qué en nuestro país la influencia constitucional sobre el derecho de familia está ligada a los tratados internacionales de derechos humanos? Básicamente porque la propia Constitución Nacional tiene normas sobre la familia, pero además porque incorpora a aquellos tratados internacionales. Son dos expresiones de un mismo fenómeno, es decir la influencia permanente del derecho público sobre el derecho privado, borrando fronteras ficticias entre las ramas del derecho.

Los tratados internacionales de derechos humanos son operativos, cuestión que fue debatida por varias décadas, pero de la cual no queda duda en la República Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994. Incluso durante un par de años la Corte Suprema había sostenido de forma muy clara ese principio, aclarando que tenían vigencia directa y operativa, sin necesidad de mediación de leyes locales.<sup>26</sup> Por lo tanto, no es nueva la jerarquía normativa de los tratados internacionales con respecto a las leyes argentinas, que proviene de la Convención de Viena

---

26. "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492, LL1992-C-543, "Halabi", Fallos: 332:111 en reenvío a la doctrina de Fallos: 239:459; C.S. 27/12/1957, "Siri Ángel", JA 1958-II-478, Fallos: 241:291 y Fallos: 315:1492). Germán Bidart Campos ha planteado que el bloque de constitucionalidad federal excede al propio texto de la Constitución Nacional y debe ser tomado como referencia en cuanto a principios o valores para la interpretación jurídica (*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1996).

sobre los Tratados.<sup>27</sup> Como ya fue planteado en el capítulo anterior, no hay divisiones tajantes entre el derecho público y el derecho privado, en tanto que las relaciones entre los individuos deben también ajustarse a ciertas pautas establecidas por las normas estatales. Esto se ha enfatizado en las normas debido a que podemos constatar que también los particulares pueden afectar derechos fundamentales de otras personas, y allí es donde los Estados asumen el rol de salvaguardia de esas garantías. Por supuesto que también en materia civil rige la operatividad y jerarquía de esas normas internacionales<sup>28</sup> y hay muchas disposiciones contenidas en estos instrumentos que impactan en nuestra materia. De hecho, algunos de estos tratados internacionales están directamente dirigidos a grupos específicos de la población y con gran injerencia sobre la vida familiar.

¿Por qué las normas que surgen de los tratados entre Estados nacionales influyen directamente en la vida de los ciudadanos? Porque lo que conocíamos como la comunidad jurídica de los Estados hoy agrega como un factor fundamental la producción de textos legales dirigidos a la aplicación directa hacia los ciudadanos. Es este uno de los fundamentos del surgimiento de lo que se conoce como el sistema internacional de los derechos humanos. El estudio de la interacción entre el derecho nacional y el internacional tiene una larga tradición, ya que están en juego valores como la independencia política y la autonomía legislativa de cada Estado. De allí que se busque una armonización, que tome en cuenta la existencia de diferentes instancias. Desde la época de Savigny que el derecho privado estudia sistemáticamente estos fenómenos, exaltando la validez universal de algunos derechos en el marco de una comunidad jurídica de los Estados. En el derecho privado las relaciones jurídicas se

---

27. Aprobada por Ley N° 19865 (octubre de 1972), pero que entró en vigencia el 27 de enero de 1980, en su artículo 27 refiere la preeminencia de los tratados suscriptos sobre las leyes nacionales.

28. El artículo primero del Código refiere a sus fuentes, en los siguientes términos: "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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho". Asimismo, el segundo artículo dice: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

forman entre individuos y no entre corporaciones de derecho público. Aunque aquella distinción no es tan absoluta, ya que las relaciones entre individuos están también mediadas por normas estatales. Así, quienes deseen contraer matrimonio legalmente válido deberán cumplir con las normas que el Estado les imponga, de igual manera que los progenitores deben cumplir con la responsabilidad parental y así en cualquier otra institución del derecho familiar.

Los primeros tratados internacionales de derechos humanos tenían un enfoque universal, generando prescripciones para todos los habitantes. Pero desde hace algunas décadas las normas del sistema internacional se comenzaron a orientar más hacia la defensa de grupos específicos de la sociedad, como las mujeres, los niños, los ancianos y las personas con discapacidad. De esta forma se intenta proteger a estos grupos vulnerables a través de medidas de acción positiva.<sup>29</sup> Esta perspectiva además propone una acepción de igualdad más novedosa y proactiva. Es decir que la acción estatal no se limite a castigar conductas ilícitas que violen la igualdad, sino que además promueva medidas de protección concretas, que remuevan barreras, y que promueva el ejercicio efectivo de derechos. Claro que se trata de un programa muy ambicioso, con una retórica jurídica y política que no siempre logra consumarse en hechos concretos.

La globalización no es un proceso tan novedoso, ya que desde hace siglos en materia jurídica se ha intentado agilizar el intercambio a través del reconocimiento de actos celebrados en otros lugares. Así, en materia de ley aplicable a la forma extrínseca de los actos jurídicos, corresponde la regla de *locus regit actum*. En tanto que el acto jurídico para ser válido debe cumplir con las formas que exige la ley del lugar de su celebración. Este principio permite dar validez a los actos jurídicos celebrados en el extranjero, por ejemplo, un matrimonio. Claro que habrá un límite y es que no viole por algún motivo el orden público internacional del país receptor. Esto puede significar una barrera entre diferentes sistemas normativos y obstaculizar el ejercicio regular de derechos civiles. Cada país tiene lo que se conoce como su propio “orden público internacional”, o sea un límite a la tolerancia a la vigencia de normas extranjeras que no encajan con el sistema local. Esta es

---

29. Así también lo enuncia el inc. 23 del art. 75 de nuestra Constitución Nacional.



otra demostración de la tensión permanente que hay en derecho de familia entre el orden público y la autonomía de la voluntad individual.

Cuando decimos que el fenómeno global no es tan novedoso, nos referimos a que los procesos de intercambio o influencias a través de normas o de costumbres sociales son inmemoriales. Así, por ejemplo, la invasión de los bárbaros produjo serias modificaciones en las pautas sociales del Imperio romano, incluso a pesar de la claridad jurídica de la codificación de Justiniano. A su vez, en la Edad Media esas normas se mantuvieron, con el condimento del fuerte impacto del derecho canónico. La noción que hoy tenemos de la autonomía de la voluntad no sería realmente posible sin el surgimiento del concepto de sujeto, que proviene del inicio de la modernidad. Recordemos que el antiguo derecho germánico sostenía que las leyes se aplicaban a las personas por razón de su raza. La idea de una igualdad universal recién cobra fuerza en la última parte del siglo XVIII. La noción jurídica predominante durante el período feudal en Europa, si bien tenía influencia del derecho romano, por otra parte tomaba del derecho germánico esa noción de estatutos para grupos específicos. La diversificación de derechos provenía de esa estratificación en clases sociales, que ni siquiera formalmente tenían igualdad de derechos. Hoy retomamos algunas nociones de aquel estilo de legislación según estatutos, como ya veremos en los capítulos sobre los derechos del niño o sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En síntesis, no se puede afirmar que la influencia de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho de familia sea un fenómeno reciente ya que hay varios antecedentes de un impacto directo, como se mencionó respecto a la legislación argentina en materia de matrimonio y responsabilidad parental en los años 1985 y 1987 respectivamente. Se trata de una tendencia de larga duración y con diferentes expresiones en las distintas latitudes. Si bien hay que admitir que la mención en la reforma constitucional de 1994 le dio un impulso nuevo, aun cuando la preeminencia de estas normas internacionales es previa.



## CAPÍTULO 2

# PARENTESCO

*La prohibición del incesto posee, a la vez, la universalidad de las tendencias y de los instintos y el carácter coercitivo de las leyes y de las instituciones.*

**Claude Lévi-Strauss**

*Las estructuras elementales del parentesco*

### LA PROHIBICIÓN UNIVERSAL DEL INCESTO

La definición de parentesco no surge claramente de la ley pero, de forma sintética, podríamos decir que son parientes quienes comparan ancestros. Este vínculo de parentesco entre dos individuos puede tener diferentes orígenes, aunque eso no define realmente qué es el parentesco sino que, en el mejor de los casos, apenas tiene efectos clasificatorios. La relación de parentesco puede ser en línea recta o colateral, diferencia que veremos más adelante que es significativa. También se distingue a los parientes por su cercanía o por su lejanía, según grados, y de esa distancia derivan múltiples efectos jurídicos. Veremos que la construcción de las categorías de parentesco y las prohibiciones que de allí surgen constituyen una de las más poderosas e influyentes reglas en la humanidad.

Para la teoría antropológica clásica, la prohibición universal del incesto constituye la principal y primigenia norma social de la humanidad, que permitió desarrollar la complejidad cultural y los intercambios entre clanes y tribus. A continuación describiremos y analizaremos brevemente esa famosa teoría. El creador del psicoanálisis, Sigmund Freud, desarrolla este tópico en un texto que intercala la perspectiva psicológica con la antropológica.<sup>30</sup> Para ello, considera estudios de an-

---

30. Sigmund Freud, en *Tótem y tabú*, realiza una serie de afirmaciones, muchas de las cuales han sido refutadas, en particular aquellas que asimilaban el “salvajismo” a la neurosis. Sin embargo, quedan en pie muchas de las proposiciones de este trabajo y, en particular, aquellas relacionadas con la constitución subjetiva del objeto deseado a partir de normas sociales. El antropólogo Lévi-Strauss analiza la elección preferencial de parejas desde la perspectiva sociológica, desnudando el componente estructural

tropólogos del siglo XIX que habían tomado nota de una pauta organizadora fundamental de lo que denominaban las sociedades primitivas, y que era la regla de la exogamia. Esto significa que los jóvenes tenían prohibido casarse con un integrante de su círculo cercano (clan, familia) y debía concordarse un matrimonio con alguien de otro grupo. Freud une totemismo y exogamia debido a que cada clan tenía como símbolo un tótem, por lo cual esa pertenencia identifica al individuo con sus parientes. Tal unión entre totemismo y exogamia no es compartida por muchos antropólogos que consideran que solamente es una conjetura de Freud sin ninguna base empírica de comprobación. En cambio, las normas sobre exogamia sí tienen mucha documentación que la refleja y explicaciones sobre sus consecuencias.

Más allá del debate sobre la existencia o no de una relación causal entre totemismo y exogamia, es muy interesante la utilización que Freud realiza a partir de una narración clásica griega, *Edipo Rey*, mostrando cómo y por qué nos horroriza el incesto.<sup>31</sup> Paradójicamente, la relación incestuosa entre Yocasta y su hijo Edipo seguramente no se hubiera producido si el protagonista del relato hubiere conocido su verdadero origen. En ese texto, según Freud, se expresa el deseo inconsciente del hombre por unirse a su propia madre y matar a su padre. La trama de esa tragedia hace que los hechos sucedan aparentemente por el equívoco sobre el origen del protagonista, pero desnuda los deseos ocultos del hombre, para lo cual la cultura elabora un dispositivo de prohibición. Para Freud, las normas sociales vienen a contener un impulso instintivo, pero contenido y hasta repudiado a través de la abominación pública que provoca en la comunidad una unión sexual de esa clase.

Mas el incesto no queda limitado al vínculo sexual entre padres e hijas o madres e hijos. También se extiende a la relación entre hermanos y, en algunas comunidades, a otros parientes colaterales. En síntesis, las limitaciones en aquellas sociedades se extendían a los integrantes

---

que tiene la elección de compañero o compañera sexual, en desmedro de lo que conocemos como amor romántico.

31. *Edipo Rey* es una tragedia escrita por Sófocles, que se estima data del siglo V a. C. y que relata cómo Edipo se convierte en rey de Tebas, mata a su padre (sin saber que lo era) y se casa con su madre (sin saber tampoco que Yocasta era su madre). Esta tragedia es considerada una de las mayores obras maestras de este género, por sus múltiples lecturas posibles y por la densidad de sus personajes.

del clan totémico y los castigos no provenían solamente del grupo familiar cercano sino de toda la comunidad. Recordemos que numerosos estudios antropológicos hallaron distintas formas de organización familiar. En muchas de estas culturas, los niños llamaban “padre” no solamente a quien los engendró sino también al hermano de su madre. O incluso, en algunos casos, a cualquier hombre que hubiera podido ser su padre, en tanto integrante del clan. Según Henry Morgan, tal es una consecuencia del ancestral matrimonio grupal.<sup>32</sup>

El antropólogo Claude Lévi-Strauss expresa cómo esta prohibición universal del incesto aparece en distintas culturas. Esta condición de universalidad estaría dándole a la prohibición del incesto un carácter que va más allá de lo cultural, según Lévi-Strauss. Es decir, se trataría de una norma que es cultural, pero a la vez es natural porque todas las sociedades en la humanidad la obedecen. Entonces, esta norma sería la llave del inicio de la complejidad cultural, porque –como recién lo mencionamos– esta restricción es a la vez natural y cultural. Y la consecuencia de la prohibición del incesto es que obliga a buscar pareja en otro clan o tribu y eso lleva a emparejamientos externos. De tal forma, se promueve la constitución de vínculos pacíficos y comerciales entre grupos humanos, lo cual con el tiempo derivará en formas jurídicas contractuales.

La perspectiva psicoanalítica no es incompatible con el análisis antropológico en cuanto a la incorporación de una regla social a la subjetividad individual. Así, el horror al incesto se construye desde lo social pero se instala en la persona; influye mucho en la construcción de su futura subjetividad, que incluye la elección de una pareja. La represión a través del tabú o de las normas formales tiene un propósito social que se expresa en los intercambios sociales, más allá del pequeño grupo de pertenencia.<sup>33</sup>

---

32. Henry Morgan era un abogado norteamericano que a mediados del siglo XIX se dedicó al estudio etnológico, y es considerado uno de los padres de la antropología social moderna. Muchas de sus teorías tienen un fuerte sesgo evolucionista y de hecho se especula con que su teoría del matrimonio grupal se basara en observaciones e hipótesis de Charles Darwin acerca de las hordas de simios superiores y sus pautas de apareamiento, según las cuales los machos no dominantes debían buscar fuera del grupo a sus compañeras sexuales (Lévi-Strauss, Claude, *Las estructuras elementales del parentesco*, Barcelona, Planeta, 1985, cap. 6).

33. También se ha debatido mucho acerca de las causas biológicas que desaconsejan las reglas de la endogamia para la elección de compañero o compañera sexual, ya que el mayor rango de combinación genética reduce la probabilidad de la recurrencia de algunas enfermedades.

Como cualquier tabú, su violación provoca culpa pero también da lugar a una cierta ambigüedad moral, por lo cual las reglas deben insistir en su cumplimiento y la represión de las conductas prohibidas. Se trata, entonces, de una prohibición moral pero también legal; más adelante veremos que tiene efecto respecto de los impedimentos matrimoniales.

## CÓMPUTO Y EFECTOS DEL PARENTESCO

En términos legales, el parentesco es la relación jurídica que existe entre individuos que tienen una vinculación como ascendientes, descendientes o parientes colaterales. Los parientes pueden serlo en línea recta (ascendientes o descendientes) o colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, primos). Expresado en términos coloquiales, los ascendientes en línea recta son los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos y así sucesivamente. De manera simétrica, los descendientes en línea recta son los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos y su descendencia, alejándose en un grado por cada generación. Parientes como los tíos, hermanos o primos son colaterales, o sea que para que se vincule un hermano con otro se deben unir a través del ancestro en común. De esta forma se contabiliza también cuál es la distancia en grados entre parientes.

El parentesco puede estar originado por la reproducción biológica, por la afinidad (derivada del matrimonio), la adopción, o bien como resultado del uso de técnicas de reproducción humana asistida.<sup>34</sup> Es decir, el parentesco es un vínculo que básicamente proviene de dos órdenes: la naturaleza o la ley. En el primer caso por la consanguinidad y, en el segundo, a través de la celebración de matrimonio (aclaremos que no entre los cónyuges, sino que el vínculo se produce con los parientes del cónyuge, que serán parientes afines). Además del matrimonio como origen del parentesco, también surge por la adopción o por llevar adelante un proceso de nacimiento mediante las técnicas

---

34. Es esta una definición un poco genérica, que por ese motivo no dice mucho, pero acorde a lo que surge del artículo 529 del Código Civil y Comercial, que titula "concepto" sin dar ninguno, ya que se limita a decir cuáles son las fuentes del parentesco, sin decir qué es. De cualquier manera, lo que se discute aquí es quiénes son parientes de un individuo, cuál puede ser el origen de ese vínculo y cuáles las consecuencias jurídicas de esa relación.

de reproducción humana asistida.<sup>35</sup> Podríamos decir que todos los seres humanos estamos biológicamente ligados de alguna forma, somos la gran familia de la especie humana y tenemos antiquísimos ancestros comunes. Pero las grandes migraciones hicieron que la especie humana ocupe paulatinamente todo el territorio del planeta y se diversifiquen expresiones fenotípicas (rasgos externos característicos).<sup>36</sup>

El sistema de parentesco es una clasificación de los individuos según su progenie y puede utilizarse para definir la familia. Sin embargo, los vínculos de parentesco no siempre configuran en la práctica relaciones familiares, ni mucho menos afectos o entornos domésticos. El hecho biológico del nacimiento debe ir acompañado por una acción de emplazamiento en el estado de familia. Esto no sucede directamente en los casos de utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, donde –como ya lo veremos más adelante– se requerirá de la expresión de lo que se conoce como voluntad procreacional. También veremos en el capítulo de adopción que las vinculaciones con los progenitores y el entorno familiar pueden surgir por esa institución. Pero la forma más usual de adquisición del parentesco es el nacimiento, o sea la consanguinidad.

Una vez establecidas las relaciones de parentesco, se definen obligaciones y derechos que tendremos respecto a quienes son nuestros parientes. Estas diversas consecuencias jurídicas constituyen lo que conocemos como efectos del parentesco. ¿Cuáles son estos efectos? Podemos catalogar básicamente a los principales efectos en asistenciales y de impedimentos. Entre los primeros se destaca la obligación de alimentos entre parientes, aunque hay que aclarar que no abarca a todos los parientes sino a los ascendientes, descendientes y a los hermanos y medio hermanos (o también llamados bilaterales y unilaterales). Expresado de otro modo, los parientes que se deben alimentos entre sí son los que se ubican en línea recta o hasta segundo grado en

---

35. En el capítulo sobre filiación se avanzará un poco más sobre este procedimiento, en lo atinente a las consecuencias jurídicas sobre el estado de familia que tendrá un individuo nacido a través de estos métodos.

36. Hay que aclarar que tal variabilidad morfológica no afecta en nada a la igualdad del genoma humano. Esto es importante recalcarlo ya que todavía existen falsas creencias o prejuicios sobre “razas”, una noción que no puede aplicarse a la especie humana porque no hay variabilidad genotípica.

línea colateral. En cuanto a las prohibiciones o impedimentos, los hay en diferentes áreas, por ejemplo en materia procesal, donde pueden invalidarse testimonios en procesos judiciales por la relación de parentesco. Pero posiblemente el impedimento más importante es el de contraer matrimonio, aunque nuevamente aquí hay que aclarar que no abarca a todos los parientes sino solamente a aquellos en línea recta y hasta segundo grado en línea colateral.

Los parientes tienen derecho de comunicación entre sí, de forma correspondiente con la obligación de asistencia. Este derecho de comunicación no requeriría de ninguna gestión o trámite legal si no existieran conflictos familiares y obstáculos fácticos para el ejercicio de este derecho. Si hubiere situaciones de discordia entre parientes que impidan la comunicación con otros (generalmente los niños pequeños), entonces se podrá hacer valer esta prerrogativa. Específicamente, nuestro sistema dispone medidas para que aquellos parientes que tienen a su cargo el cuidado de niños, adultos imposibilitados de moverse por sí solos y personas con discapacidad mental o intelectual, no impidan de forma arbitraria la comunicación con otros parientes cercanos.<sup>37</sup> Por supuesto que si hubiera un motivo fundado, tal impedimento no sería arbitrario; esta ponderación será realizada judicialmente por la vía procesal más rápida prevista en cada ley local, así como eventualmente un régimen de visitas para los parientes.

Para saber qué efectos se aplican en cada caso hay que saber quiénes son los parientes, o sea cómo se mide la distancia o cercanía, los grados de parentesco. Recordemos entonces que ese parentesco se medirá entre individuos, a través de líneas y grados. Las líneas pueden ser medidas en forma recta (ascendiente o descendente), o bien colateral. Los grados del parentesco, es decir vínculos entre dos personas que pertenecen a

---

37. La redacción del artículo 555 refiere a personas con capacidad restringida, adecuándose a la terminología del resto del Código Civil y Comercial. Sin embargo, sería más adecuado utilizar la nomenclatura que surge de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que además es más claro respecto al objetivo de esta prescripción. Por ejemplo, un pródigo tiene una restricción a la capacidad y este artículo no parece aplicar a esos casos. Asimismo, pueden existir personas con padecimientos mentales o bien con dificultades cognitivas pero que no han tramitado el proceso de restricción de la capacidad. Los parientes cercanos en este caso son los hermanos y los ascendientes y descendientes sin límite si son por naturaleza y hasta primer grado en el caso de afinidad. Excepcionalmente podrá pedirlo también quien alegue un interés legítimo.



generaciones sucesivas, se miden siempre en relación con un camino que se va trazando desde y hacia un ascendiente y un descendiente. Por lo tanto, para vincular a un hermano con otro habrá que ir hacia el padre o la madre de ambos y de allí volver a bajar. Eso hace que estos hermanos se hallen en un segundo grado.<sup>38</sup> La relación entre un padre y un hijo (o viceversa) es de primer grado en línea recta. De forma subsiguiente, el vínculo entre un abuelo y su nieto (y viceversa, por supuesto) será de segundo grado y también en línea recta. Con un bisabuelo será en tercer grado, con un tatarabuelo en cuarto y así sucesivamente.

Para computar la distancia o cercanía del vínculo de parentesco entre parientes colaterales, hay una mayor complejidad porque se deben contabilizar los grados hasta el antecesor común y luego volver a bajar desde ese tronco común al pariente con el que estamos analizando ese cómputo. Así reiteramos el ejemplo de los hermanos, que están en segundo grado en línea colateral, ya que para vincularlos hay que ir hasta el tronco común, o sea su progenitor. Si quisiéramos computar la distancia en el parentesco entre primos, habría que ir hasta el tronco en común, o sea el abuelo de ambos.

Es importante aclarar que los cónyuges no tienen entre ellos parentesco, aunque sí quedarán respectivamente vinculados por afinidad con los parientes de su cónyuge. Entonces, una persona tendrá un vínculo de parentesco con los parientes de su cónyuge en el mismo grado que este pero por afinidad y no por naturaleza. Así, una suegra será pariente en primer grado en línea recta por afinidad. Ahora bien, los parientes de cada cónyuge no tendrán entre ellos vínculo de parentesco. Es decir, los que llamamos coloquialmente cuñados son parientes, por afinidad en segundo grado colateral. Pero los que llamamos concuñados no tienen vínculo de parentesco entre sí.

## ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

La obligación alimentaria entre parientes es exigible solamente entre aquellos vinculados en línea recta por naturaleza en todos los

---

38. El artículo 531 distingue entre hermanos bilaterales o unilaterales, lo que coloquialmente se suele denominar como hermanos y medio hermanos, según si comparten uno o ambos progenitores.

grados y por afinidad solamente en primer grado (suegros, yernos, nueras). En línea colateral solamente se deben alimentos los parientes que se hallan en segundo grado, o sea hermanos bilaterales y unilaterales. En caso de existir varios parientes pasivamente legitimados, estarán obligados preferentemente los más próximos. Ahora bien, si hay dos parientes en igualdad de vínculo de parentesco, deberán ambos proporcionarlos, para lo cual el juez fijará diferentes cuotas para cada uno, según el patrimonio y las cargas familiares de cada uno de ellos.<sup>39</sup> En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por aquellos que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, se encuentran obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

Las obligaciones alimentarias, cualquiera fuera su origen, no pueden ser compensadas, ni renunciadas, ni cedidas. Se trata de un principio de orden público que hace a la protección de los más vulnerables dentro del núcleo familiar. En cambio, los alimentos devengados y no percibidos sí podrían ser objeto de las transacciones mencionadas. Otra característica de los alimentos es que son irrepetibles, o sea que, una vez pagada una prestación, no puede reclamarse su devolución. Cuando mencionamos el pago de la cuota es porque esa es la prioridad, el cumplimiento a través de una suma de dinero periódica. Ello no obsta a que el obligado pueda pedir de forma fundada que la prestación sea cumplida de otra manera.

Los alimentos entre parientes tienen ciertas características que los diferencian de otras obligaciones análogas; por ejemplo, la prestación alimentaria que deben proporcionar los progenitores a sus hijos en el ejercicio de la responsabilidad parental. La prestación de alimentos entre parientes comprende algunos rubros algo ambiguos: lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica. Si fuera menor de edad, también abarcaría el rubro educación. Por

---

39. El artículo 538 fija algunas pautas pero no agota todos los supuestos. Por ejemplo, nada dice sobre el caso de existencia de un pariente más cercano pero con imposibilidad de pagar una cuota o bien la existencia de uno más lejano (siempre pasivamente legitimado, claro) que cuente con muchas mejores condiciones para proporcionar una cuota. Una solución acorde al régimen general alimentario hace que quien reclama los alimentos pueda llamar a contribuir a quien está más alejado incluso cuando haya otro más próximo. Sería el ejemplo de un hermano pudiente, a pesar de la existencia de padres o hijos.

supuesto que jugará como uno de los requisitos indispensables que el obligado esté en condiciones de prestar esos alimentos. Quien reclama los alimentos es el que necesita probar que sus medios económicos son insuficientes para cubrir las necesidades mínimas, además de la imposibilidad de adquirirlos a través de su trabajo, pero sin que sea relevante cuál ha sido la causa por la cual se halla en tal situación.

Si existieren otras personas a las cuales no se demandó, el que resultare obligado (durante la demanda o incluso después de la sentencia) puede pedir que este otro pariente sea convocado. Debe ser alguien que esté en igual vínculo de parentesco o aun más cercano a quien sí fue demandado. Si fuere más cercano, ese obligado desplaza al que fue demandado, mientras que si es un pariente de igual grado concurrirá en la contribución. Además, para poder contribuir en la prestación deberá tener la posibilidad fáctica de hacerlo. El titular del derecho a reclamar alimentos podrá hacerlo por sí a todos los obligados de manera concurrente. La prohibición de repetición no correrá entre los deudores alimentarios, que podrán reclamarse entre sí por lo pagado por uno y que deba repetir por la proporción que correspondía a otro co-obligado.

Los alimentos deben tramitar de la manera más rápida posible, ya que se trata de una necesidad acuciante y cuyo origen es la solidaridad familiar. De allí que se deba utilizar la vía procesal más breve que exista en cada jurisdicción (las normas adjetivas son legisladas por cada provincia). Otra característica acerca del trámite que trae la legislación de fondo es que la petición por alimentos no debe ser acumulada a otra pretensión. También la ley prevé la fijación de una cuota que se denomina de alimentos provisorios, en cualquier momento de la tramitación de la causa. Obviamente, la sentencia en estos juicios puede ser objeto de recursos, pero en ese caso tal apelación deberá ser otorgada con efecto devolutivo, es decir que mientras se decida sobre los agravios expresados se deberá dar cumplimiento a la prestación alimentaria establecida. Recordemos además que el carácter irrepetible de los alimentos hace que incluso en el caso en que prosperara la apelación (de forma total o parcial), lo ya recibido no deberá ser devuelto.

Las sentencias en materia de fijación de una cuota alimentaria tienen efecto retroactivo al día de la interposición de la demanda o de la interpelación fehaciente al obligado, siempre que la demanda hubiera sido presentada en un lapso no mayor a los seis meses. Antes de la

sentencia en un proceso el juez puede dictar medidas cautelares que ordenen una prestación provisoria y también que promuevan las garantías para asegurar el pago de esos alimentos. Entre estas medidas se destacan la posibilidad de declarar solidariamente responsable de la deuda alimentaria al empleador que incumpla la orden de depositar una suma de dinero dispuesta por resolución judicial.<sup>40</sup> La ley otorga entonces amplias facultades a los jueces para que ayuden al acreedor de una obligación alimentaria a perseguir con efectividad su crédito.

La obligación alimentaria no es vitalicia. Por el contrario, puede cesar por distintas causas. La primera es el fallecimiento de alguna de las partes (alimentante o alimentado). En segundo lugar, puede cesar esta obligación porque no se configuran más todos los requisitos para la obligación (por ejemplo un importante cambio en el caudal económico). Finalmente, cesa la obligación alimentaria si quien recibe la prestación incurre en una conducta contra el alimentante que pueda ser considerada como causal de indignidad. El proceso judicial por el cual se tramite el cese de esa obligación será el mismo que el que utilizó para fijar la cuota, o sea el más breve que prevea la ley local. A través de esa misma vía tramitarán los procesos de aumento o reducción de la cuota alimentaria.

---

40. El artículo 552 del Código Civil y Comercial incursiona incluso en detalles sobre tipo de tasa de interés que deberán aplicar los jueces para los alimentos devengados y no percibidos, ya que en muchos casos se acumulan importantes deudas y en un contexto inflacionario puede provocarse una devaluación de los montos adeudados.

## CAPÍTULO 3

# MATRIMONIO

*... jamás ella respondió otra cosa sino que por entonces no quería casarse y que, por ser muchacha, no se sentía hábil para poder llevar la carga del matrimonio.*

**Miguel de Cervantes Saavedra**  
*Don Quijote de la Mancha*

### MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN O COMO CONTRATO

El matrimonio es una institución social que, en diferentes lugares del mundo y en distintos momentos de la historia, ha tomado diversas formas. No podríamos entonces decir que exista un matrimonio *universal* sino que dependerá de la particularidad de cada sociedad en un momento determinado de la historia. Una definición sencilla podría decir que el matrimonio es la unión de dos personas que comparten una relación amorosa que los lleva a transitar juntos por etapas vitales íntimas y trascendentes. Lo que más adelante intentaremos desarrollar son las características básicas del matrimonio como acto jurídico.

El énfasis que aquí pondremos en los efectos prácticos no desmerece la riqueza teórica que contiene el valioso y tradicional debate sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Pero aunque sea de manera sucinta, corresponde mencionar las principales corrientes de pensamiento sobre qué es el matrimonio. Existe en el derecho de familia un antiguo y constante debate sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. ¿Es un contrato o es una institución? ¿O se trata de una forma intermedia, un contrato *sui generis*? Cada una de estas tres alternativas tiene su fundamento y obviamente cada quien puede tomar la postura que le resulte más convincente.

¿Por qué sería un contrato? Porque para su celebración requiere de la amalgama de dos voluntades, que confluyen con el propósito de producir efectos jurídicos. Por supuesto que esta postura no niega que muchas de las cláusulas están predisuestas. Este formato previo no se origina en

ninguna de las dos partes que suscribe el contrato, sino de la autoridad estatal. Pero un contrato de consumo no deja de ser un contrato, incluso cuando existan limitaciones en sus disposiciones. Quienes sostienen esta postura también podrían argumentar que, de hecho, cada matrimonio es distinto a los demás. Así, en la práctica los cónyuges van creando sus propias normas y hábitos, en el marco de su derecho a la intimidad.

Quienes sostienen que el matrimonio es una institución, enfatizan la trascendencia y obligatoriedad de las prescripciones que contiene. Esas disposiciones plantean un cierto y acotado diseño de vida conyugal, lo cual impone conductas respecto a uno mismo, al otro cónyuge y al resto de la comunidad. Tales pautas están lejos de ser sencillamente alterables por la mera voluntad de las partes, por lo tanto la voluntad individual no tiene incidencia determinante. Ello no significa necesariamente que se le reste trascendencia al libre albedrío como eje de la conducta humana, pero esta debe ceñirse a mandatos predeterminados por la institución matrimonial. Cuando uno elige contraer matrimonio se ciñe a un estilo de vida, acepta las reglas que trae consigo esa institución y es juzgado por ello por la comunidad. En cualquier caso, se trata de una institución en la que se ingresa de manera voluntaria y de la que se podría salir también, a través del divorcio.

La tercera tesis, intermedia, propone entender al matrimonio como un contrato, pero *sui generis*, o sea con particularidades tan específicas que no permiten una verdadera negociación de las cláusulas por parte de los contrayentes. Deben adecuarse a cláusulas predispuestas, a las cuales ninguno de ellos puede renunciar. Esta posición algo ecléctica toma lo más convincente de cada una de las posiciones anteriores y de algún modo asume que se trata de una situación jurídicamente híbrida. En la experiencia de quienes han estado casados no suele haber una respuesta certera y definitiva sobre el rango de libertad para establecer acuerdos sobre el estilo de vida matrimonial. En ello influyen las expectativas del entorno familiar y social, por lo cual, incluso cuando los cónyuges tengan una idea de cómo vivir su matrimonio, en la práctica están limitados por los condicionamientos sociales.

En la primera codificación civil argentina no estaba presente una legislación detallada del matrimonio, ya que cada pareja podía concurrir a su culto religioso para celebrar allí la unión. Muchas actas matrimoniales estaban entonces en registros eclesiásticos. La creación de un registro

civil junto a la reglamentación secular implicó una dura lucha política entre el Estado argentino de fines del siglo XIX y la Iglesia católica. Ahora se anuncia expresamente en las normas sobre matrimonio que se defenderán dos principios centrales para este vínculo: la libertad y la igualdad. De allí que el matrimonio hoy contempla situaciones de transformación social y se adapta al clima cultural mundial. Entonces ya no tiene vigencia la noción de matrimonio como unión intersexual, al menos en muchos países que aceptan la unión matrimonial entre personas del mismo sexo.<sup>41</sup>

Si bien en diferentes países avanzó esta postura en las últimas décadas, hay que recordar que en muchas legislaciones se optó por reconocer las uniones civiles que tenían efectos similares, pero sin darle el estatuto de matrimonio, reservado hasta entonces a la unión entre hombre y mujer. Actualmente la tendencia en el mundo es proclive al reconocimiento de estas uniones, con igualdad de derechos respecto a las parejas heterosexuales. Muchas personas homosexuales fueron perseguidas y estigmatizadas en diferentes épocas y lugares. A veces de un modo encubierto y otras con una crueldad transparente. Así, por ejemplo, se calcula que fueron asesinadas cincuenta mil personas por su presunta homosexualidad en los campos de concentración nazis. El dictador Joseph Stalin consideraba que la homosexualidad era una desviación burguesa y por lo tanto debía ser castigada de manera ejemplar. Otro famoso dictador del siglo XX, el español Francisco Franco, no consideraba la homosexualidad como un delito, pero sí como una contravención, y enviaba a los homosexuales a *granjas de rehabilitación*. Para dar un ejemplo del clima cultural que se vivía en la España de ese entonces, en un juicio por homicidio se consideró exculpado a quien mató a otro que lo había llamado *maricón*. Se consideró que lo mató en estado de emoción violenta provocada por el insulto. En nuestro país, si bien existían estereotipos y muchas acciones discriminatorias, la homosexualidad nunca fue tipificada como un delito.

---

41. En la Argentina, esta ampliación surge de la Ley N° 26618, conocida como Ley de Matrimonio Igualitario. No se trata de una denominación precisa, ya que el carácter "igualitario" se define en relación con algo o alguien, no en abstracto. La igualdad que aquí estaba en juego era la de las parejas homosexuales en relación a las heterosexuales. Tomando en cuenta ese debate en particular, el adjetivo correcto sería "igual". El término "igualitario" pretende enfatizar una lucha política a través de la propaganda estatal; como vemos nuevamente las parejas, el matrimonio y la familia no son algo solamente privado sino que constituyen formas de intervención pública.

Como ejemplo de un elemento contractual pero con tradición institucional, mencionaremos finalmente los esponsales. Los esponsales son la promesa de matrimonio que realiza uno de los integrantes de una pareja amorosa y que es aceptada por la otra parte. Contiene la determinación genérica de un momento en el cual se celebrará el matrimonio, aunque no necesariamente con certeza fija. Proviene de una tradición histórica, que incluso puede rastrearse en las bodas acordadas entre familias y que se relacionaba en algunos casos con el pago que una de las partes realizaba a otra, a modo de compensación. Esto ha tenido una supervivencia relativamente reciente como es la institución de la dote, que en el derecho español antiguo constituía un pago que el padre de la novia hacía al novio, para afrontar los gastos de la vida de casados. Por supuesto que se entendía que la mujer no trabajaba y que prácticamente no tenía capacidad jurídica respecto a esos bienes. En nuestro país esa situación de disminución jurídica perduró hasta 1919, cuando se sancionó la Ley N° 10903, que disponía la plena capacidad jurídica de la mujer casada respecto de los bienes.

Al igual que la dote, los esponsales han entrado en desuso en cuanto a su extrema formalidad. La dote también era una institución muy arraigada en el derecho romano y que influía notoriamente en las posibilidades de contraer matrimonio, ya que era un precio que pagaba el padre de la novia al futuro esposo de su hija. Se mantuvo en diferentes sistemas legales de todo el mundo, hasta que también entró en desuso con la Modernidad, particularmente a partir del predominio del amor romántico como forma de elegir pareja y de la autonomía de la voluntad como principio político y jurídico. Pero en el derecho romano los esponsales<sup>42</sup> eran muy trascendentes y los padres lo celebraban cuando sus hijos eran aún muy pequeños; recordemos que en ese entonces era muy normal la mortalidad infantil y que la expectativa de vida era de cuarenta años, no existía el período que ahora conocemos como adolescencia y las personas adquirían aptitud nupcial cuando orgánicamente estaban en condiciones de procrear. Se establecía la forma solemne que tendría esa promesa pública a través del intercambio de anillos, para simbolizar la alianza entre familias, y con la presencia de testigos.

Si bien los esponsales podían ser rescindidos, tal cancelación era grave e implicaba en la Roma antigua una obligación de resarcimiento.

---

42. *Espondere* viene del latín y significa la promesa de matrimonio y su aceptación.



En cambio, no daban lugar a una compensación si la rescisión provenía de una falta de acuerdo respecto a la dote, ya que básicamente se trataba de una transacción económica. Otra vía para la cancelación de los esponsales era que se alegara y se comprobara una infidelidad, aunque también hay registros de reclamos debidos a que la novia “se convirtió en fea” o sufrió una grave enfermedad, o incluso si desapareció y durante más de tres años no se conoció su paradero. Por supuesto que los esponsales quedaban sin efecto si alguno de los novios contraía matrimonio con otra persona. Se trata de una institución que perduró durante siglos con diferentes significaciones, pero que con el advenimiento de los Estados modernos perdió fuerza, a tal punto que ninguna de las legislaciones de las naciones americanas surgidas en el siglo XIX, con excepción de Bolivia, mantiene esta institución de los esponsales.

En la actualidad argentina no tienen valor los esponsales de futuro; de hecho, quienes los celebraran no tendrían acciones legales para hacerlos cumplir si la otra parte se negara a celebrar el matrimonio. De igual manera, tampoco se pueden reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento de esa promesa de amor, aunque sí pueden existir acciones legales si se hubiera producido un enriquecimiento sin causa por parte de uno de los exnovios. Si hubieran existido donaciones de uno de los novios al otro, podrán reclamarse las respectivas restituciones. En este caso, por supuesto, deberá regir un elemental principio de proporcionalidad, ya que no tiene ninguna razonabilidad que se reclamen todos los regalos realizados durante la relación de noviazgo. Corresponderán entonces solamente aquellas donaciones de bienes de importante valor económico y que expresamente se hubieren realizado con motivo de la futura boda. No está de más aclarar que la trascendencia económica que pueda representar un regalo dependerá de la condición de cada individuo.

## IMPEDIMENTOS

Los impedimentos son causas para no permitir la celebración de un matrimonio. Constituyen prohibiciones específicas, algunas de las cuales pueden ser salvadas a través de los procedimientos que la propia ley indica, pero algunos constituyen un límite insalvable. El Código Civil y Comercial utiliza un término originario del derecho canónico y es el de “impedimentos dirimentes”. Esta noción proviene de una antigua

clasificación que distinguía entre “impedimentos dirimentes” e “impedimentos impeditivos”. En tal clasificación, los impedimentos dirimentes eran aquellos que no podían ser salvados bajo ningún concepto. Los impedimentos impeditivos, en cambio, eran prohibiciones más livianas, ya que podían ser resueltas sin acarrear necesariamente una nulidad en el caso de una celebración que hubiere violado dichos impedimentos. Hay que aclarar entonces que en la actualidad esa distinción ha modificado su denominación y ahora la ley refiere a impedimentos absolutos y relativos. Para la legislación actual, los impedimentos absolutos son los que no pueden ser salvados, mientras que los relativos pueden ser pasados por alto o corregidos a través de procedimientos previstos específicamente para evitar la nulidad de ese matrimonio.<sup>43</sup>

Nuestro ordenamiento enumera una serie de prohibiciones o impedimentos para contraer matrimonio. Los impedimentos son los siguientes:

- el parentesco<sup>44</sup>
- matrimonio anterior (o ligamen), mientras subsista
- tener menos de dieciocho años
- la falta de salud mental (permanente o transitoria)
- la participación en el homicidio del cónyuge anterior de quien se quiere desposar

Hay que aclarar que el impedimento de parentesco no se aplica necesariamente a todas las personas que sean “parientes”. Por ejemplo, podrían perfectamente contraer matrimonio quienes sean primos hermanos entre sí. El impedimento por parentesco se aplica a ascendientes, descendientes y hermanos. O sea, a los parientes en línea recta en todos los grados, cualquiera que fuera el origen del vínculo. Y en línea colateral solamente alcanza a los hermanos (unilaterales o bilaterales).

---

43. Se ha distorsionado la noción clásica de absoluto o relativo, que tenía que ver con otra distinción: si la prohibición de contraer matrimonio era absoluta, esa persona no se podía casar con nadie, en cambio cuando era relativa había un conjunto de personas con las cuales no podía celebrar matrimonio. Absoluto o relativo ahora parece referir a la noción de intensidad, lo cual constituye una novedad.

44. El artículo 403 del Código Civil y Comercial enuncia tres tipos de impedimentos por parentesco, a saber: parentesco en línea recta en todos los grados cualquiera sea el origen del vínculo; entre hermanos bilaterales y unilaterales y afinidad en línea recta en todos los grados.

Tampoco podría contraer matrimonio quien ya está casado y estuviera vigente ese ligamen. Los avances en la digitalización de los datos de los registros civiles en todo el país podrán en el futuro evitar que una persona cometa bigamia, pero en el pasado no era tan sencillo detectar esas situaciones. Por supuesto que si la autoridad pública descubriera que se celebró un matrimonio a pesar del impedimento de ligamen, ese acto será nulo.

Otro impedimento para casarse es la falta de edad legal. Se trata de una norma que ha variado a lo largo de la historia, tanto en nuestro país como en el mundo. Antes de 1962, la edad mínima para contraer matrimonio era de 12 años para la mujer y 14 para el varón. Precisamente en ese año la República Argentina ratificó la Convención de Nueva York y la edad se elevó a 14 y 16 años respectivamente. Esos rangos de edad hoy nos resultan excesivamente tempranos e inadmisibles tanto desde la perspectiva legal como desde el sentido común. Hasta es perturbador saber a qué edades se constituían parejas para contraer matrimonio hace apenas un siglo en nuestras sociedades, pero hay que tener en cuenta que han variado las nociones que limitaban la niñez, la adolescencia y la adultez. Por supuesto que además de la variación de las normas y las costumbres en el tiempo, también hay variabilidad según los diferentes lugares. En 1928 la antropóloga social Margaret Mead publicó los resultados de una investigación etnográfica en las islas Samoa, la cual alcanzó luego mucha fama, con la que demostró que el fenómeno de la adolescencia es básicamente sociocultural. O sea que la adolescencia no constituye una categoría absoluta y atemporal, sino que se trata de una calificación que adoptó la ciencia médica en algún momento y hoy también tiene consagración legal.<sup>45</sup> En concreto, para la ley actual si la persona que desea contraer matrimonio es menor de

---

45. Margaret Mead mostró en sus investigaciones etnográficas cómo las distintas culturas gestionan de diferente forma las etapas de la vida y las tareas asignadas a los grupos etarios. Esto de ninguna forma puede ser tomado como una relativización de los estándares de nuestra sociedad actual. Los pedófilos suelen acudir a estos ejemplos como un intento para justificar su patológico deseo sexual por los niños o niñas. Por eso es necesario aclarar que el eje de las investigaciones en otras culturas no es justificar las conductas en nuestra propia sociedad, sino mostrar la variabilidad cultural y las construcciones sociales en los contextos históricos (*Adolescencia y cultura en Samoa*, Madrid, Paidós Ibérica, 1990).

dieciséis (16) años, en todos los casos será necesaria una autorización judicial, con o sin la anuencia de sus progenitores.

O sea que la edad legal para celebrar matrimonio es dieciocho (18) años, aunque hay excepciones.<sup>46</sup> Ante esa falta de edad nupcial, el contrayente que tuviera ya dieciséis (16) años puede remediarlo a través de la autorización de sus progenitores o representantes legales. Si no tuviera esta autorización de los progenitores, podrá solicitar una dispensa por parte del juez competente. La resolución judicial para conceder esa dispensa deberá ponderar el grado de madurez del o los solicitantes para asumir las consecuencias de la celebración del matrimonio. También deberá atender a las posibles objeciones que puedan tener los progenitores o representantes legales, objeciones que tienen una larga tradición en nuestro sistema jurídico. Esta acción, conocida como juicio de disenso en el derecho indiano, consistía en un proceso para determinar si los padres sostenían la oposición a que su hijo o hija contrajera matrimonio. En diferentes legislaciones aparece este proceso, y uno de los más resonados casos en la época colonial fue protagonizado por Mariquita Sánchez, cuando pidió permiso al Virrey para casarse con Martín Thompson. Recordemos que el Código Civil argentino se sancionó en 1869 y entró en vigencia en 1871, pero este tema no fue incluido ya que el legislador consideró que este y otros aspectos vinculados al matrimonio debían ser resueltos por cada culto religioso, hasta que en 1882 el Estado tomó intervención directa en el asunto y durante la gestión de Juárez Celman se crearon registros civiles seculares, con agrias controversias con la Iglesia católica, que tenía antes esa función. Finalmente, en 1888 se sancionó una ley sobre matrimonio civil.<sup>47</sup>

Tampoco podrían contraer matrimonio aquellas personas que tuvieran “falta de salud mental”, ya fuera de forma permanente o transitoria, mientras le impidiera tener discernimiento para el acto matrimonial. “Falta de salud mental” es una expresión algo genérica y requiere de una interpretación armónica. No debe perderse de vista que quien carece de discernimiento no realiza propiamente lo que jurídicamente entendemos como “conducta”, por lo tanto no le resulta atribuible la autoría

---

46. El artículo 404 unifica dos soluciones distintas, la autorización de los progenitores y la dispensa judicial.

47. Ley N° 2393.

de los hechos o actos. Sin embargo, este impedimento se puede salvar también a través de una dispensa judicial que, igual que en el caso de quienes no tienen la edad legal, requerirá de una entrevista personal con el juez. Aquí se agrega la producción de un informe técnico interdisciplinario que buscará establecer si quien tiene una discapacidad mental o intelectual puede comprender suficientemente qué significa la vida matrimonial y sus consecuencias. Desarrollaremos más a fondo este tema en el capítulo sobre discapacidad y familia.

Posiblemente, el impedimento más enrevesado sea aquel que no está basado en la edad, la condición de parentesco o el estado civil de uno de los contrayentes, sino en su conducta anterior. Se trata de un caso muy particular, en el cual uno de los novios hubiere participado en el homicidio doloso del excónyuge del otro. O sea, que hubiere eliminado de forma ilícita un obstáculo para contraer matrimonio con una persona en particular, incluso si al momento de cometer el homicidio no tuviera como propósito esa futura unión matrimonial. Para que opere este impedimento la participación criminal puede ser en calidad de autor, cómplice o instigador. El cumplimiento de la condena no redime del impedimento, ya que el objetivo es no permitir que pueda surgir una unión matrimonial como consecuencia del delito de homicidio.

## EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO: VALIDEZ Y NULIDAD

El matrimonio es un acto jurídico con características solemnes, que debe ser celebrado necesariamente ante una autoridad estatal competente.<sup>48</sup> Como cualquier acto jurídico, requiere la expresión de la voluntad de quienes lo celebran, en este caso, los dos cónyuges. Este consentimiento debe ser puro y simple, no puede estar sometido a ninguna modalidad. Los contrayentes no disponen de la posibilidad de modificar los alcances del matrimonio en alguna de sus facetas. In-

---

48. Nuestro Código en su artículo 259 define al acto jurídico como el “acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. El artículo 407 aclara que si hubiera oficial estatal que ejerciera su función públicamente, aunque sin competencia, no quedará comprometida la existencia del matrimonio. Para esta subsistencia debe existir buena fe de al menos uno de los contrayentes. Se entiende razonablemente que esta prescripción alude a funcionarios de los respectivos registros civiles.

cluso, si alguno de los contrayentes expresara que solamente presta su consentimiento con plazo, condición o cargo, igualmente se considerará válido el matrimonio, pero esa manifestación se tendrá como no expresada. Por ejemplo, si ambos manifestaren que contraen matrimonio pero renuncian a la posibilidad de divorciarse en el futuro, tal restricción autoimpuesta no tendrá ninguna entidad.

Como ya dijimos antes, el acto jurídico tiene elementos, como el sujeto, el objeto, la causa y la forma. El consentimiento es la expresión de la voluntad y para que el acto celebrado sea válido, no deben existir vicios sobre la voluntad. El acto voluntario lícito según nuestra ley es aquel que se celebra con discernimiento, intención y libertad, manifestado por un hecho exterior. Por lo tanto, si hubiera violencia, dolo o error no existiría realmente un acto válido. En materia de matrimonio se agregan algunos requisitos extras, como por ejemplo el error sobre las cualidades personales del otro contrayente, una noción un tanto vaga porque permitiría a alguien alegar que contrajo matrimonio con alguien de quien creía que tenía otras virtudes. Las características de la vida en común pueden demostrar aspectos que no nos gusten de la otra persona, pero ello no puede dar lugar a invocar este error en las cualidades del otro. Como en muchos otros casos, se deja la apreciación sobre la esencialidad de esa circunstancia personal a la consideración del juez.

Si antes de la celebración de un matrimonio alguien descubriera que se configura alguno de los impedimentos que fija la ley, podría realizar la denuncia ante el Ministerio Público, que si lo considera procedente interpondrá una oposición al matrimonio. Pero de forma directa solamente podrán plantear la oposición a la celebración quienes tuvieran legitimación activa, o sea el cónyuge de quien pretende contraer otro matrimonio o los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los contrayentes. En todos los casos, la oposición debe necesariamente estar fundada en alguno de los impedimentos legales. Quien recibirá la oposición es el oficial público del correspondiente registro civil y tal presentación deberá detallar los datos del oponente y cuál es concretamente el impedimento que alega. Si tuviere documentación que acredite su oposición, deberá también agregarla en ese trámite administrativo. En caso de no tenerla, pero saber de su existencia, deberá denunciar tal hecho y si fuera posible indicar dónde están esos datos. El oficial público deberá poner en conocimiento de los contrayentes esa oposición y

ellos podrán reconocerla o refutarla. En el segundo caso, se enviará al juez competente para que prosiga la sustanciación de ese trámite por la vía procesal más breve que prevea la ley local. Obviamente que la boda no tendrá lugar hasta tanto se resuelva si efectivamente se configura el impedimento denunciado. Si, en cambio, la oposición no prospera, se celebrará el matrimonio. En caso de que se dé uno de los dos impedimentos que permiten la dispensa judicial (falta de edad legal o falta de salud mental), si es solicitado el proceso de dispensa este podrá tramitar luego de comprobado el impedimento.

El matrimonio debe celebrarse ante el oficial público del domicilio que corresponda a uno o ambos contrayentes. El lugar no es obligatoriamente el edificio de esa repartición pública, ya que la ley permite elegir otro. Pero en el primer caso se requerirán dos testigos, mientras que si se hace en otro espacio que no sea el registro civil, deberán ser cuatro testigos. Los contrayentes tienen obligación de presentar sus datos completos, incluyendo si con anterioridad ya hubieran contraído otro matrimonio. En este último caso deberán agregar copia de la sentencia de divorcio (o nulidad) o bien certificado de defunción del excónyuge. Por tratarse de un acto solemne, se realizará una detallada acta que quedará asentada en el registro civil, con una copia para los cónyuges. El acta es el documento apto para probar la existencia del matrimonio, aunque también podrá ser tenida en cuenta la libreta de familia que expide el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, como organismo administrativo competente en esta materia. Si por razones justificadas no se contare con esos documentos, se podrán intentar otros medios para probar el vínculo, pero siempre con la premisa de no tomar como prueba concluyente la posesión de estado en sí misma.

La formalidad y solemnidad del acto pueden ceder solamente en el caso de un inminente peligro de muerte de uno de los contrayentes. En tal caso, cualquier funcionario judicial tendrá facultades para celebrar el matrimonio y luego enviará al oficial público del registro civil el acta correspondiente. Por supuesto que deberá constar claramente un dictamen médico que acredite ese peligro de fallecimiento. Otra modalidad distinta es el matrimonio a distancia, que permite que cada uno de los contrayentes exprese su consentimiento ante la autoridad competente, pero en lugares distintos. Si se llegara a celebrar el matrimonio a pesar de la existencia de alguno de los impedimentos legales, se podrá

demandar la nulidad de ese acto. En este punto, nuestra ley distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa, según qué clase de impedimento se violó. Así, los casos en los cuales el impedimento admite dispensa, serán de nulidad relativa. En cambio, es de nulidad absoluta el matrimonio celebrado en violación de alguno de los impedimentos que no contemplan la posibilidad de ser dispensados por un juez.

Tienen legitimación para demandar la nulidad del acto aquellos mismos que podían también oponerse al matrimonio, pero ahora agregando además a los cónyuges.<sup>49</sup> En el caso del impedimento por falta de edad legal, la petición de nulidad será inadmisibles luego de llegar el o los cónyuges a la edad permitida para casarse. En el caso de matrimonio a pesar de la falta de salud mental de uno de los contrayentes, ambos pueden demandar si desconocían el impedimento. En cambio, si uno conocía la falta de salud mental y continuó la cohabitación, pierde el derecho de pedir la nulidad. Lo mismo para el cónyuge que hubiera tenido un padecimiento mental y luego hubiera recuperado su salud: si luego de la recuperación de sus plenas facultades mentales continuara conviviendo y no pidiera la nulidad, también estaría consintiendo el matrimonio. O sea que transcurrido el plazo de un año de la recuperación y no iniciada la acción de nulidad, se considera consentido el acto matrimonial. Si la petición de nulidad es presentada por otro de los legitimados y contestada por ambos cónyuges, que pretenden validar su unión, la sentencia que denegare la nulidad tendrá los mismos efectos que la dispensa judicial.

La sentencia de nulidad no podrá acarrear efectos que perjudiquen los derechos adquiridos por terceros de buena fe que hubieran contratado con cualquiera de ellos. Debe destacarse que esta especie de inmunidad de los derechos de los terceros no depende de la buena o mala fe de alguno de los cónyuges ante los impedimentos o vicios del acto matrimonial. Se considera que un contrayente tenía buena fe si al momento de la celebración del acto ignoraba que hubiera un impedimento para casarse con esa otra persona. Tal ignorancia o incluso error deben ser excusables y contemporáneos al acto; lo mismo sucede en el

---

49. El artículo 425 del Código Civil y Comercial aclara que en el caso de vicio del consentimiento, sólo corresponderá la legitimación al cónyuge que lo hubiera sufrido, pero deberá para ello cesar la convivencia en un lapso no mayor a los treinta días de haber conocido el vicio o cesada la violencia.



caso de que uno de los cónyuges haya sido víctima de violencia, tanto por parte del otro contrayente como de un tercero. Esta buena fe hace que a pesar de terminar anulado, el matrimonio produzca efectos durante el tiempo que duró hasta su anulación. Recordemos que pueden haber existido movimientos patrimoniales, y una de las consecuencias de la nulidad es la disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Así, en caso de haberse producido un desequilibrio económico entre los cónyuges durante el período de vigencia del matrimonio, se aplicarán las normas relativas al divorcio en análoga situación.

Podría ser que solamente uno de los cónyuges hubiera tenido buena fe cuando contrajeron matrimonio, mientras que el otro lo hizo de mala fe. Esta diferencia entonces generará distintos resultados para cada uno de ellos, ya que los efectos del matrimonio solamente serán válidos para aquel que ostentara precisamente buena fe. Por lo tanto, ese cónyuge de buena fe en el matrimonio nulo podrá solicitar una compensación económica en los términos de un divorcio, podrá revocar las donaciones que le hubiere hecho al otro cónyuge, demandarlo por daños y perjuicios y también elegir el régimen patrimonial que más conveniente le resulte (incluso cuando originalmente hubieren optado por el otro régimen). También podría darse el caso en el cual ambos cónyuges fueran de mala fe, entonces ese matrimonio no producirá ninguna clase de efecto y, si hubieran adquirido bienes, se distribuirán utilizando las reglas que se aplican a una sociedad que no fue constituida de manera regular. Lo que se deberá tener en cuenta es no producir perjuicios a los terceros que hubieran contratado de buena fe con alguno de ellos o con ambos.

Durante muchos años se mantuvo un debate sobre si en algunos casos correspondía aplicar la nulidad del acto jurídico o bien su inexistencia. Se trata de dos aspectos incompatibles, ya que si reúne los requisitos esenciales, el acto existe, lo cual no implica que se pueda peticionar su nulidad. Si el acto no tuviera los requisitos básicos de existencia, o sea el consentimiento de ambos cónyuges expresado ante la autoridad competente, no existiría.<sup>50</sup> La categoría de la inexistencia del acto jurídico matrimonial aparece expresamente en Francia,

---

50. El artículo 406 del Código Civil y Comercial menciona a esos requisitos, indispensables para la existencia del matrimonio.

con el Código Civil de Napoleón, a inicios del siglo XIX. Se utilizaba en particular para matrimonios entre personas del mismo sexo, pero además para cubrir la ausencia de nulidades implícitas. Este último es un axioma equivocado ya que la ley priva de efectos a los actos que no contienen los requisitos exigidos. Por otra parte, la inexistencia se distingue de la nulidad porque puede ser declarada de oficio, a partir de la denuncia de cualquier individuo o por propia iniciativa judicial, y no requiere del complejo sistema de legitimación para oponer la nulidad. También hay que decir que un acto inexistente no es pasible de confirmación ni por el tiempo ni por otro acto de las partes o del juez.

Para llegar a la nulidad de un matrimonio es indispensable la tramitación del correspondiente proceso y la culminación en una sentencia que lo declare nulo. Pero la nulidad del matrimonio solamente puede ser iniciada en vida de ambos cónyuges; el fallecimiento de uno de ellos hace caducar esa acción. Hay sin embargo situaciones excepcionales que pueden evitar esa caducidad.<sup>51</sup> Una de ellas es el caso de bigamia, es decir cuando la nulidad se plantea por la violación al impedimento de ligamen. En tal situación, si una persona intenta la acción contra el nuevo matrimonio de quien aún es su cónyuge, aunque luego fallezca se deberá continuar con ese proceso. De igual manera se hará cuando se tratare de una oposición a contraer matrimonio en las mismas circunstancias. También podrá iniciarse esa acción de nulidad si quien la demanda es el cónyuge superviviente del segundo matrimonio (el que fue celebrado a pesar del impedimento de ligamen). Para ello será indispensable acreditar que, cuando contrajo matrimonio, no tenía conocimiento del impedimento. La tercera excepción es un poco más amplia, ya que otorga una posible legitimación a descendientes y ascendientes, siempre que esa declaración fuera indispensable para poder dar curso a otro proceso.

---

51. El artículo 714 del Código Civil y Comercial enuncia tres casos en los cuales no se producirá la caducidad, pero siempre que quien lo presentara fuere uno de los cónyuges. En cambio, para el Ministerio Público no existe la posibilidad de iniciar una acción de nulidad de un matrimonio si no están vivos en ese momento ambos cónyuges.

## CAPÍTULO 4

# EFEKTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

*Pero yo creo que cuando las mujeres caen, la falta es de sus maridos, pues o no cumplen con sus deberes y vierten nuestros tesoros en regazos extraños, o estallan en celos...*

**William Shakespeare**  
*Otelo*

### DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNUGES

El matrimonio se inicia con su celebración y termina con la muerte de uno de los cónyuges (o la sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento), el divorcio o la declaración de nulidad. Mientras dure el matrimonio, cada uno de los cónyuges tendrá una serie de obligaciones hacia el otro, que no puede eludir ni siquiera cuando su pareja se desentienda de sus deberes. Quienes contraen matrimonio se obligan a prestar asistencia al otro, apoyo en un sentido amplio. Esto abarca cooperación, convivencia y un deber moral de fidelidad. Claro que la ley no indica cuáles serían las sanciones si no se cumplen algunas de esas obligaciones.

¿Cómo puede evaluarse el efectivo cumplimiento de estas obligaciones genéricas? La vida en pareja puede llevar a la elaboración y consolidación de estilos distintos de matrimonio, sobre la base de acuerdos cotidianos. Pero el matrimonio tiene algunas pautas que se presentan como constitutivas de su naturaleza (ya sea como contrato o bien como institución, según cuál postura se elija). A diferencia de las llamadas obligaciones naturales, las obligaciones civiles se caracterizan porque confieren el derecho a exigir su cumplimiento. Esta exigibilidad resulta compleja cuando se trata de situaciones de convivencia que se perciben desde una subjetividad muy condicionada por las emociones. Pero como se trata de un vínculo jurídico (además de la ya referida relación sentimental), debemos analizar cómo pueden evaluarse posibles incumplimientos y saber cuáles pueden ser las consecuencias que prevé la ley.

Se ha debatido mucho con relación a la obligación de fidelidad que tienen los cónyuges entre sí, ya que resulta un poco ambigua la mención a un “deber moral”. He aquí un interesante desafío para la interpretación jurídica porque, si bien nuestro sistema legal expresa que existen obligaciones entre los cónyuges, no hay sanciones dispuestas en caso de incumplimiento. Si un hombre engaña a su mujer, ella no tendrá acción legal para hacer valer esa infidelidad como una conducta culpable que conlleve consecuencias jurídicas especificadas de antemano en la norma. Pero aun así el legislador consideró valioso como axioma que se incluyera a la fidelidad como una obligación, cuanto menos en lo moral. Sin embargo, un tema delicado y controversial es si el Estado debe involucrarse en convicciones morales íntimas que no tienen relevancia jurídica. Es probable que no haya sido una buena idea incluir un consejo moral en un texto normativo tan relevante como el Código Civil y Comercial.

En torno a la convivencia también hay que mencionar que se trata de una obligación sin sanción por su incumplimiento. ¿Qué entidad puede tener entonces como norma jurídica? Los cónyuges suelen convivir, pero también podrían optar por tener viviendas separadas (siempre que tuvieran –claro está– esa posibilidad económica). ¿Acaso un acuerdo para vivir cada uno en una vivienda está prohibido por la ley? De ninguna manera; cada pareja puede elegir cómo desarrollar su propio proyecto personal. Los deberes entre los cónyuges constituían una guía hace muchos años, cuando se requería de una causa para solicitar el divorcio. Hoy en día han perdido sentido, porque la ley les permite a los individuos que peticionen el divorcio sin expresar una causa. Entonces, la convivencia se transforma en una pauta que da la ley, pero cuyo incumplimiento no tiene expresas consecuencias jurídicas.

Dentro de esas ambigüedades que han quedado en el texto normativo, la asistencia es una obligación que puede expresarse de forma más tangible. Si bien abarca muchos aspectos (materiales y morales), hay algunos requerimientos que pueden ser fácilmente evaluados. Así, por ejemplo, la obligación de asistencia abarca el deber de alimentos entre sí, incluso durante una eventual separación de hecho. La obligación de asistencia rige durante el matrimonio, pero veremos que también se extenderá luego de su disolución. Es posible que tal grado de protección sea exagerado y esté desbordando al tan citado principio de solidaridad

familiar, ya que en ese caso no existe más familia.<sup>52</sup> Pero tal obligación cesará si quien recibe alimentos se vuelve a casar o inicia una unión convivencial. También cesará la obligación alimentaria si el beneficiario ataca u ofende a quien la brinda, en los términos de las conductas que en el derecho sucesorio son causales de indignidad.<sup>53</sup> Esta excepción de fijar alimentos luego del divorcio tendrá lugar cuando quien solicita los alimentos sufriere una enfermedad grave y que fuera preexistente al divorcio. Ese padecimiento debe ser de tal magnitud que impida que esa persona pueda solventar sus propios gastos a través de un empleo remunerado. También deberá acreditar que no cuenta con recursos económicos que le permitan afrontar sus gastos. Por lo tanto, si luego del divorcio esa persona recibió una compensación económica por parte de su excónyuge, ya no podrá reclamar estos alimentos. Es decir que la compensación económica y los alimentos entre excónyuges (luego del divorcio) son incompatibles, de igual modo que si en el divorcio hubo un convenio regulador que hubiera incluido esta prestación alimentaria, se utilizarán esas pautas. Como vemos, se trata de una obligación con características curiosas, ya que además de estar fijada entre quienes no tienen parentesco ni vínculo legal, es la única que se transmite del acreedor alimentario a sus herederos. Pero, por otra parte, no puede tener una duración mayor al plazo que duró el matrimonio entre los excónyuges y, como cualquier otra prestación alimentaria, se extinguiría si no persisten los requisitos iniciales básicos.

Es difícil que en la práctica se plantee el caso de una demanda judicial entre dos personas durante la vigencia de su matrimonio y en plena convivencia, pero debemos decir que el legislador argentino contempló esta situación. Estos alimentos entre cónyuges deberán ser

---

52. Quizás podemos buscar una explicación a esta solución exorbitante: a nuestros legisladores les resulta perturbador que dos personas que se amaban dejen de hacerlo o se separen por cualquier otro motivo. Esta especie de ultra matrimonialidad o derecho subjetivo que emana “de los recuerdos” constituye una sobreprotección hacia el excónyuge que reclama alimentos, y es una medida que quizás se origine en nobles intenciones del legislador, pero crea serias dudas sobre la consistencia lógica de nuestro sistema legal.

53. El artículo 433 del Código Civil y Comercial, que trata sobre los alimentos debidos al cónyuge con quien no se convive, remite expresamente a las nueve causales de indignidad que están expuestas en el artículo 2281, las que enfocan maltratos u ofensas hacia el causante, pero que pueden ser perdonadas por este. El artículo 434, que trata sobre los alimentos entre excónyuges, también pone las causales de indignidad como motivo para el cese de la prestación.

brindados tomando en cuenta cuál de ellos es el que trabaja dentro del hogar y se dedica a la crianza de los hijos menores de edad.<sup>54</sup> Esos alimentos serán fijados tomando en consideración si hay atribución de vivienda para uno de ellos, de quién es la propiedad del inmueble donde tiene sede la vivienda y cuál es la calificación (en el caso del régimen de comunidad, propia o ganancial), cuál es el aporte que hace cada uno a las tareas cotidianas y de cuidado de hijos menores de edad, el tiempo que han transcurrido en convivencia durante el matrimonio y también el lapso que lleva la separación de hecho.

Finalmente, hay que decir que las personas casadas no tienen obligación recíproca de identificarse de manera pública y genérica como cónyuge del otro. Así, ninguno de los cónyuges necesita modificar su nombre por causa del matrimonio. Sin embargo, cualquiera de ellos puede optar por usar también el apellido del otro. Si se disuelve el vínculo por divorcio o nulidad, deberá dejar de usarlo.<sup>55</sup> En el caso de disolución por muerte es diferente, ya que el viudo puede continuar usando el apellido del cónyuge fallecido hasta que contraiga nuevo matrimonio o constituya una unión convivencial.

## DIVORCIO, CONVENIO REGULADOR Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA

El divorcio de una pareja no requerirá controvertir hechos de manera judicial, ni tampoco que ambos cónyuges acuerden en la decisión de la ruptura. Es decir que, sin necesidad de justificar ante nadie, ni siquiera de expresar una causa, cualquiera de los cónyuges puede peticionar ante un juez su divorcio. Así se disuelve el vínculo matrimonial, sin que haya un período mínimo establecido; si quisieran ambos o uno solo, se pueden divorciar al otro día de haberse casado. Claro que el divorcio –como

---

54. Sería una ingenuidad creer que los roles están siempre tajantemente determinados, ya que en la mayoría de las situaciones se entremezclan funciones y se comparten tareas en el hogar. Es posible que el legislador se haya dejado llevar por estereotipos tradicionales con relación al vínculo entre hombre y mujer. En la mayoría de los casos, los alimentos son solicitados luego de finalizada la convivencia.

55. El artículo 67 del Código Civil y Comercial da la posibilidad de realizar tal adición con el prefijo “de” o sin esa preposición, a modo de un segundo apellido y, en el caso previsto de disolución del matrimonio, quien usa el otro apellido tiene la posibilidad de solicitar al juez el mantenimiento en ese uso, a lo cual el juez podrá autorizar si se acreditan motivos razonables.

ya se dijo— no es un trámite administrativo sino un proceso judicial, al que se deberá concurrir con patrocinio letrado. Ello implica que se deberán cumplir algunos pasos que conforman el proceso de divorcio y que son colaterales a la petición de la disolución del matrimonio. A continuación veremos que algunos de estos puntos a resolver son de carácter económico, mientras que otros tienen que ver con efectos personales.

Hemos visto que el matrimonio conlleva una serie de obligaciones, en particular respecto de los hijos menores de edad. Luego de un divorcio, las obligaciones persisten y no hay ningún motivo que justifique que uno de los progenitores se desentienda de tales deberes. Durante el proceso de divorcio deberán ser acordadas o bien debatidas en el proceso y resueltas por el juez. Si hay hijos menores de edad se produce una de las cuestiones más sensibles, ya que se debe acordar con quién convivirán esos niños, qué régimen de comunicación se establecerá con progenitor no conviviente y cómo se sostendrán económicamente. Veremos más adelante que los niños deben tener una participación activa en estas decisiones que les incumben directamente, y que estas deben contemplar su interés superior. No es un equilibrio sencillo porque generalmente cada progenitor cree estar haciendo lo mejor por ellos.

Otro de los temas colaterales en el proceso de divorcio es el acuerdo por los bienes, un tema álgido y controversial. Podrían ponerse de acuerdo los cónyuges al momento de presentar el divorcio y acompañar un convenio, que deberá ser revisado y eventualmente homologado por el juez. Como ya dijimos antes, el divorcio no necesita un motivo para prosperar, depende de la mera voluntad de uno o de ambos cónyuges. Pero antes de dictar sentencia el juez debe constatar que existieren propuestas para regular los puntos arriba mencionados; si no existieran las propuestas no se puede tramitar el divorcio. La propuesta puede presentarse ya acordada por ambas partes, pero también por una sola de ellas y podrá controvertirse por cuerda separada, es decir que el juez puede dictar la sentencia de divorcio mientras que tramitan las condiciones del convenio regulador. Por supuesto que si no hay acuerdo no estaríamos propiamente ante un convenio, sino que será la autoridad judicial la que resolverá.

Junto con la propuesta se puede ofrecer prueba, para que oportunamente se produzca. A su vez, el juez deberá llamar a los cónyuges para reunirse en una audiencia, intentando llegar a un acuerdo. En

caso de no lograrlo, este resolverá en cada uno de los puntos en controversia. Hay que mencionar que no hay un predominio absoluto de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que el juez deberá revisar el acuerdo y analizar si no se produce un aprovechamiento abusivo de una parte en perjuicio de la otra, y muy especialmente si ello deriva en un perjuicio a los intereses de los niños, niñas o adolescentes que pudieran componer el grupo familiar.

Uno de los aspectos que puede contener el convenio regulador es una compensación económica que uno de los excónyuges reconoce al otro. Es posible que esto forme parte del acuerdo, pero lo más probable es que constituya un punto litigioso entre la antigua pareja. Como ya fue dicho aquí, esta compensación inhibe la posibilidad de reclamar alimentos entre excónyuges; quien optare por una no podrá reclamar la otra. Por eso, el convenio contribuye a dar certidumbre a ambas partes y anula la posibilidad de futuros reclamos, pero ello no significa que no pueda revisarse ese acuerdo si hubiere un cambio abrupto o sustancial de las circunstancias fácticas. Esta posibilidad de revisión subsiste aun luego de una homologación judicial de un acuerdo, así como también respecto de la sentencia que decide sobre esos puntos. Pero el inicio de la acción de compensación no puede ser posterior a los seis meses luego de la sentencia de divorcio; de lo contrario, caduca la posibilidad de accionar por la compensación.

¿Cuál sería la causa de esta obligación de compensación? Si siguiéramos lo expuesto por la norma, la causa adecuada sería el propio matrimonio y su ruptura. Cuesta entender totalmente esa atribución a dos hechos que son perfectamente lícitos: casarse y separarse para disolver el vínculo. Es posible que haya que interpretar que lo que en realidad motiva la compensación es un complejo proceso que se desarrolla en el tiempo y que da como resultado final un empobrecimiento de una parte y un enriquecimiento de la otra. Se trata de una prestación que no es alimentaria pero que puede ser periódica. Está pensada a favor del cónyuge a quien el divorcio le produjo un empeoramiento de su situación económica. Este presupuesto debe ir acompañado por un desequilibrio manifiesto respecto a su expareja, ya que tiene un propósito de equilibrar situaciones. Por supuesto que la compensación no podrá equiparar patrimonios, ya que quizás los puntos de partida fueron disímiles y no es objetivo de la norma que el matrimonio



constituya una instancia igualadora. Pero tampoco debe constituir un trayecto que deje como resultado una notoria desventaja de uno de los integrantes respecto del otro.

La forma de pago de esta compensación puede ser concretada a través de una renta temporaria. Pero esta solución es excepcional y se debería fijar un plazo de vigencia, ya que no se trata de una cuota alimentaria. Como cualquier crédito, su pago puede ser pactado en dinero pero también de otra manera en que acuerden las partes, lo cual incluye la posibilidad de fijar el usufructo de un determinado bien. Recordemos que a modo de una tutela efectiva, la norma faculta al juez para exigir garantías reales o personales que de alguna forma aseguren el cumplimiento de las obligaciones emergentes de un convenio regulador. Si estas garantías no estuvieran a la vista, el juez no debe homologar un acuerdo.

Si no hubiera un entendimiento por parte de los cónyuges o ex-cónyuges, deberá resolver el juez. Recordemos que el divorcio tramita con independencia del convenio; alcanza con presentar una propuesta. Los criterios que deberán tomarse en cuenta están fijados en la ley, aunque el juez deberá ponderar cómo articular las diversas circunstancias.<sup>56</sup> Estas variables incluyen el estado patrimonial de cada uno de ellos al inicio y al final del matrimonio, una especie de comparación entre dos fotos. A partir de ese presupuesto inicial de la diferencia patrimonial entre ambos cónyuges, se podría ver qué tanto contribuyó el menos favorecido con el más próspero en actividades mercantiles, industriales o profesionales, a modo de una colaboración que redundó en una mejora unilateral.

También se deberá analizar cuál ha sido el aporte que brindó cada uno a las tareas en el hogar, especialmente la crianza de los hijos menores de edad. Esto se debe analizar con la proyección de las tareas que luego del divorcio se están distribuyendo respecto del cuidado y educación de los niños. El juez tendrá en cuenta además la capacitación laboral que tuviera el cónyuge que solicita la compensación, así como sus posibilidades de acceder a un empleo. Podría tener que ver con el hecho indemnizable si se establece como premisa que esa per-

---

56. El artículo 442 del Código Civil y Comercial enuncia seis criterios diferentes, que el juez debe encargarse de poner en la balanza para evaluar.

sona no se capacitó laboralmente ni adquirió destrezas prácticas en el mercado de trabajo porque estuvo dedicada a las tareas hogareñas.

No hay posibilidad de coexistencia simultánea de una compensación económica con una cuota alimentaria posterior al divorcio; son dos figuras incompatibles entre sí. En lo que se asemejan es en la excepcionalidad del remedio luego de la extinción del vínculo conyugal. Pero también rige el principio de solidaridad familiar, por lo cual ante una situación grave de necesidad de uno de los excónyuges, el otro podría reclamar una cuota alimentaria. Hay que señalar que uno de los aspectos que la ley contempla para fijar la compensación es la ponderación de la edad y el estado de salud de los cónyuges y eventualmente de los hijos. Se trata de un criterio más acorde con el de una pensión alimentaria y que no tiene nada que ver con un merecimiento previo. También tiene un cariz alimentario el criterio de la atribución de la vivienda familiar, tanto en el caso de ser un inmueble de titularidad de uno o de ambos cónyuges, como también si es arrendado, cuestión que veremos a continuación.

## ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA

La atribución de la vivienda para uno de los cónyuges significa que uno de ellos puede continuar habitando en el inmueble que ambos ocupaban durante el matrimonio, aunque el otro sea el titular de dominio. Es un derecho real desmembrado de la nuda propiedad y se otorga de manera excepcional, ante situaciones de necesidad de uno de los excónyuges, que no debe contar con otra vivienda. La atribución de la vivienda familiar puede ser peticionada por una de las partes y otorgada por el juez.<sup>57</sup> Pero también la atribución del uso de la vivienda puede ser libremente pactada a través del convenio regulador. Aclaremos que no se trata de la atribución del dominio, sino del uso. Incluso veremos más adelante que no constituye un derecho vitalicio, sino que puede culminar por diferentes causas.

Atribuir es dar, asignar, dejar algo a otro, y aquí lo que se está atribuyendo es el uso de una vivienda a quien continuará habitando. El sistema legal protege así a quien tiene una necesidad acuciante de un

---

57. El artículo 443 del Código Civil y Comercial enumera las pautas para la atribución de la vivienda familiar.

techo y no puede afrontarlo por sus propios medios, a modo de una extensión del deber de solidaridad. No es una asignación que emerge en razón de un merecimiento o de una indemnización, al modo de las compensaciones. Más bien se pretende dar solución práctica a una situación de necesidad. Tradicionalmente se otorgaba el uso de la vivienda familiar a la mujer viuda, de forma de postergar cualquier acto de disposición por parte de los herederos del inmueble que fuera sede del hogar conyugal. Ese bien no deja de integrar el acervo hereditario, pero hay una limitación para los herederos, que deben postergar su derecho sucesorio sobre ese bien específico durante un lapso de tiempo.

Veremos a continuación que en algunos casos se aplica para quien queda conviviendo con hijos menores de edad y que, además, la medida puede ser fijada por un plazo específico. El juez determinará el plazo de duración de ese beneficio, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, una medida que puede ser revisada en cualquier momento si hay una modificación relevante en los hechos. Recordemos que el uso puede ser conferido tanto de manera gratuita como a través del pago de una locación que se puede establecer judicialmente.

El juez, para otorgar esta atribución del uso de la vivienda, deberá tomar en cuenta varias pautas. Algunas de ellas son objetivas (como la existencia de hijos, la falta de recursos de uno de los cónyuges) y otras subjetivas (las probabilidades de obtener los medios económicos suficientes para mantenerse). Finalmente, hay también criterios intermedios, que mezclan componentes objetivos con subjetivos. Así, se analizará la edad y el estado de salud de cada uno de ellos, para cotejarlo en relación con sus respectivas situaciones económicas y sus probabilidades de obtener por sí los medios económicos para sufragar el gasto en vivienda. En particular se deberá evaluar si uno de los excónyuges ha quedado en una situación económica más desventajosa que el otro para proveerse por sus propios medios de una vivienda. Este criterio se parece bastante al de la compensación, ya que incorpora la noción de la desventaja entre quienes fueron cónyuges y las perspectivas de progreso económico. Por otra parte, tiene una relevancia especial si hay hijos en común y cuál de los progenitores tiene a su cargo el cuidado personal, con referencia específica a la convivencia. No aclara la norma si esto forma parte de una prestación alimentaria por parte del progenitor titular

del inmueble hacia sus hijos, pero no hay motivo para no considerarla así, incluso si formara parte de una prestación más amplia.

Para hacer frente a distintas situaciones que pueden presentarse, el juez puede utilizar variadas alternativas que apunten a una resolución equitativa para ambos cónyuges (o excónyuges, según el caso). Así, podrá establecer una renta compensatoria para quien no usará la vivienda y tiene derechos de titularidad sobre ella. Por otra parte, puede limitar la posibilidad de enajenación al solicitar que ambos expresen acuerdo en tal solución, ya sea titularidad de uno solo de ellos o ambos fueren condóminos. Por supuesto que cada una de estas soluciones debe ser inscrita en el correspondiente registro de la propiedad inmueble para ser oponible a terceros. En cualquiera de los casos se trata de una limitación al derecho de propiedad del titular del inmueble para producir una redistribución de recursos entre los excónyuges, y que habrá que ponderar como parte de las prestaciones alimentarias ya que no refiere a una liquidación de bienes, tema que se aborda en el capítulo sobre el régimen patrimonial del matrimonio. En el caso de tratarse de un contrato de locación sobre el inmueble que fuera sede de la vivienda familiar, se deberá continuar con la relación hasta la finalización del acuerdo, sin afectar las garantías ya constituidas. Esto implica que aunque el cónyuge al que no se le atribuye la vivienda no hubiera firmado el contrato, tiene derecho a permanecer allí hasta la finalización de ese contrato de locación. Además de la vigencia contractual, se mantiene la obligación de pago por parte del cónyuge (o excónyuge) que no habita en esa vivienda y que había suscripto el contrato.

¿Cesa en algún momento este derecho? Sí, cesa el derecho de atribución de vivienda por el cumplimiento del plazo previsto, pero también si hay cambios relevantes en las circunstancias que le dieron origen. Por ejemplo, cuando se modificaran sustancialmente las condiciones económicas del o la titular de ese derecho. Finalmente, también cesará este derecho si la persona a quien se atribuyó la vivienda comete una ofensa contra el titular que pudiera ser considerada como causal de indignidad en un proceso sucesorio.

## CAPÍTULO 5

# RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

*¿No es usted la señorita Smith, hija del banquero multimillonario Smith?  
¿No? Perdone, por un momento pensé que me había enamorado de usted.*

**Groucho Marx**

### OPCIÓN ENTRE LOS DOS RÉGIMENES Y NORMAS COMUNES

Desde la perspectiva del amor romántico, puede parecer un poco contraproducente interponer el factor económico en cuestiones afectivas. Sin embargo, ese régimen constituye una de las cuestiones principales en el derecho de familia. El derecho privado ha desarrollado un paulatino proceso de actualización en este campo, que durante el siglo XX tuvo muchos puntos altos y que hoy nos influyen profundamente. La propia noción de propiedad ha variado mucho, de allí que hoy analizamos los procesos de apropiación de la riqueza de un modo más amplio.<sup>58</sup> La noción de derechos adquiridos parece solamente patrimonial, sin embargo puede aplicarse claramente al derecho de familia, en cuanto a varios aspectos de las relaciones que se establecen en este campo. Si bien el objetivo explícito de los vínculos familiares no es el beneficio económico (al menos no se lo suele manifestar de manera expresa) hay claramente situaciones de asistencia y protección de algunos individuos por parte de otros. Ese auxilio no es meramente físico o afectivo, sino que también incluye relaciones económicas.

El régimen patrimonial del matrimonio es el conjunto de normas y principios que rigen el vínculo económico entre los cónyuges. Afecta principalmente la distribución de los bienes a la disolución del

---

58. León Duguit fue uno de los precursores del pensamiento *iusprivatista* moderno, a partir de su crítica a la noción “metafísica” y absoluta del derecho privado, que planteó una idea novedosa para los inicios del siglo XX como era la función social de la propiedad (Alegre, Marcelo, “A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del derecho privado”, en *Revista Pensar el Derecho*, publicación digital de la Facultad de Derecho, N° 0, Buenos Aires, 2012).

matrimonio pero también la responsabilidad ante deudas que alguno de ellos pueda contraer ante terceros. Las personas casadas entre sí tienen un régimen patrimonial en común que afecta algunos aspectos de sus actividades económicas, pero debemos recalcar que siempre mantienen su individualidad. No debemos ver a un matrimonio como “una sociedad” ya que cada individuo sigue siendo titular de sus propios derechos y obligaciones. Eso sí, en algunos casos veremos que ante los terceros, ambos tendrán ciertas responsabilidades por algunas de las deudas que pudiere contraer su cónyuge, según la naturaleza del gasto realizado.

Nuestro sistema contempla la opción entre dos regímenes, el de comunidad y el de separación de bienes. La pareja puede elegir al celebrar el matrimonio por cualquiera de los dos regímenes, y a falta de una elección expresa se le asignará el régimen de comunidad. Durante la vigencia del matrimonio podrán cambiar de régimen, para lo cual deberán inscribir esa decisión, para que sea oponible a terceros.

Más allá de la existencia de dos regímenes diferentes (la comunidad y la separación de bienes) hay normas comunes a todos los matrimonios, cualquiera sea el régimen que elijan. Tales disposiciones tienen carácter imperativo y por lo tanto no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes, o sea que son irrenunciables. Vemos que en esta materia predomina el orden público, con pocas excepciones para la autonomía de la voluntad. Una de las principales obligaciones es la de la contribución que cada uno de los cónyuges asume respecto al sostenimiento del hogar y de los hijos comunes y también a los hijos del cónyuge si fueran menores de edad o con discapacidad.<sup>59</sup> Obviamente, esta obligación genérica se pondera de forma proporcional a la capacidad económica de esa persona.

En ambos regímenes hay algunas limitaciones para la disposición de ciertos bienes en particular. Así, aunque el inmueble en el cual tiene sede la vivienda familiar sea propiedad de uno solo de los cónyuges, este no podrá enajenarlo de su patrimonio sin que el otro cónyuge brinde su asentimiento a tal acto. Esta limitación a la disposición del inmueble donde funciona la vivienda familiar también se

---

59. En la redacción del artículo 455 se enuncia de manera separada a la discapacidad de la restricción de la capacidad y, si bien son diferentes situaciones, una es más amplia que la otra ya que la restricción de la capacidad se aplica a personas con discapacidad mental o intelectual.

extiende a los muebles que hubiera en ella y fueran indispensables para habitarla.<sup>60</sup> Así como el titular no puede disponer de ese inmueble sin el asentimiento de su cónyuge, tampoco un tercero podrá ejecutar sobre ese bien una deuda, salvo que hubiere sido adquirida por ambos cónyuges, o bien por el titular con el asentimiento del otro cónyuge. Para esta limitación en la ejecución, la deuda debió ser contraída luego de la celebración del matrimonio. Esta prescripción no rige para los bienes muebles no registrables, pero sí podría reclamarse de forma excepcionalmente cuando el bien que se enajena sea indispensable para el hogar o para el otro cónyuge en su uso personal o laboral.

El principal requisito para otorgar este asentimiento es que no puede ser genérico y debe ser otorgado específicamente para un acto jurídico. Se excluye la posibilidad del mandato al otro cónyuge para este asentimiento, justamente porque podría existir una colisión de intereses. Recordemos que el mandato es un contrato que sí está permitido entre cónyuges e incluso sin la obligatoriedad de rendir cuentas de lo percibido, salvo una cláusula que la fije. De hecho, si hubiera una ausencia obligada de uno de los cónyuges, la actuación del otro podrá ser considerada un mandato tácito o gestión de negocios. Por otra parte, la negativa a dar el asentimiento debe ser razonable y proporcional porque de lo contrario el titular podrá pedir al juez que autorice el acto de disposición. El mismo trámite judicial deberá realizar el propietario si el otro cónyuge está ausente o es una persona con capacidad de obrar restringida.

La gestión de los bienes de cada una de las personas casadas es separada, cada uno dispone de lo suyo y es responsable de las deudas que asume. Ahora bien, hay una excepción: las deudas asumidas para solventar las necesidades del hogar y la educación de los hijos.<sup>61</sup> Son esas las únicas deudas que devienen obligaciones solidarias entre ambos, aunque sólo uno de ellos la hubiera contraído.

---

60. El artículo 456 del Código Civil y Comercial agrega que será nulo el acto si se realizara una enajenación sin el correspondiente asentimiento del otro cónyuge. El plazo para demandar la nulidad o bien la restitución es de seis meses de extinguido el régimen matrimonial; luego de ello se considerará consentida la disposición a través del asentimiento implícito que significa la omisión del reclamo.

61. Se refiere a los mismos supuestos que el deber de contribución, o sea hijos comunes y también a los hijos del cónyuge si fueran menores de edad o con discapacidad.

Poco tiempo antes del acto de celebración del matrimonio, los contrayentes podrían dejar asentados en un documento ciertos datos relacionados con su situación patrimonial previa. Así pueden realizar un inventario de bienes, con una valuación estimada de los valores monetarios que representan y también con el pasivo, o sea, una enunciación de las deudas adquiridas. Se suele llamar a estas declaraciones “convenciones matrimoniales”, aunque en la mayoría de los casos no se trata realmente de un acuerdo bilateral, sino de enunciaciões que eventualmente podrían servir ante una futura liquidación. Tampoco es una convención la expresión acerca de cuál de los dos regímenes patrimoniales elegirán para su matrimonio y, más allá de su enunciación, deberá luego ser inscripta en el acta matrimonial, así como también cualquier modificación posterior en la opción inicial (de lo contrario no será oponible a los acreedores). De estas llamadas convenciones matrimoniales, lo único que tiene el carácter de contrato consensual son las donaciones que se realizan de un cónyuge a otro con motivo de la boda, aunque como queda claro, no son matrimoniales sino precisamente prematrimoniales.<sup>62</sup>

Estas denominadas convenciones matrimoniales requieren de una forma solemne, por lo tanto deberán ser realizadas mediante escritura pública. Pero si se incorporara otra clase de acuerdo o declaración en materia patrimonial, no tendrá valor ya que el régimen patrimonial que elijan tendrá un carácter imperativo, que no puede quedar condicionado por la autonomía de la voluntad de las partes. En el caso de no celebrarse el matrimonio, quedarán sin efecto y las donaciones quedan revocadas porque no se cumple con la condición por la cual fueron hechas. De igual manera si el matrimonio quedara anulado.

## EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD

Es el régimen más común y está basado en la formación de una masa común de bienes entre ambos cónyuges. Esos bienes serán distribuidos de manera igual al momento de la liquidación. Este sistema rigió tradicionalmente en el derecho argentino y se lo puede definir

---

62. El artículo 450 del Código Civil y Comercial prohíbe que los contrayentes menores de edad realicen esta clase de donaciones.



como una comunidad restringida, ya que se aplica solamente a lo que denominaremos bienes gananciales. El régimen de comunidad es más complejo que el régimen de separación de bienes porque requiere de la calificación de todos los bienes. El objeto de calificar es saber cómo se conformará la comunidad, para que al momento de la disolución se practique la correspondiente liquidación.

En este régimen, los bienes que se adquieran a partir de la celebración del matrimonio serán calificados como bienes gananciales, mientras que los bienes que se tenían antes del matrimonio se calificarán como bienes propios. Veremos que la calificación de bienes es, en realidad, un poco más compleja debido a la gran cantidad de excepciones que existen al principio general que enunciamos. Pero antes de profundizar en este tema es necesario reiterar que la existencia de esta comunidad no significa que los bienes que adquiere un cónyuge sean de ambos, por el sólo hecho de estar casados. Los bienes gananciales de cada cónyuge son de cada uno, no de ambos (salvo que los adquirieran de manera conjunta, en condominio). O sea que la calificación constituye una ficción jurídica, que tendrá consecuencias directas al momento de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Es el momento para aclarar también que lo que conocemos como “sociedad conyugal” no tiene realmente personalidad jurídica. Por el contrario, es una masa que se conformará al momento de la disolución para liquidar por mitades los bienes gananciales que fueron adquiridos durante el matrimonio. Para determinar de qué modo hacer esto, es necesario conocer bien cómo funciona la calificación de los bienes.

Los bienes que adquieran los individuos que están casados y bajo este régimen de comunidad, se calificarán como propios o como gananciales. Es fundamental no confundir la noción de “bien propio” como calificación con la titularidad de dominio en tanto “propiedad”. Por ejemplo, si una persona adquiere un bien estando ya casada bajo el régimen de comunidad, ese objeto es de ella, pero no es “propio” en términos de calificación, sino que es “ganancial” porque lo adquirió luego de la celebración del matrimonio y con dinero proveniente de su salario. Es algo confuso que la norma utilice entonces la misma palabra para dos significados diferentes, “propio” en tanto calificación y “propio” en referencia a que es de su “propiedad” o más exactamente “dominio”. Cuando hablemos de régimen patrimonial del matrimonio,

se entenderá que el uso del término refiere a la calificación entre bienes propios y gananciales.

Cada bien tiene una sola calificación, no puede ser un poco propio y otro poco ganancial. ¿Qué pasa si es adquirido con una parte de dinero ganancial y otra parte de dinero propio? Se le atribuirá la calificación según cuál hubiera sido el aporte mayor, y en el caso de ser iguales, se calificará como ganancial. Esto no tendrá perjuicio para nadie al momento de la disolución y liquidación, ya que se reconocerá una recompensa al otro. Por ejemplo, si hubiera un porcentaje de un bien que es propio, al momento de liquidarse se compensará a través del reconocimiento de la recompensa. Luego de analizar la calificación se podrá ver más claramente en qué situaciones puede corresponder una recompensa para uno de los cónyuges o para la comunidad (recordando que eso que llamamos “comunidad” no tiene entidad propia hasta el momento de la disolución y liquidación).

Entonces reiteremos el principio básico del régimen de comunidad: los bienes o derechos adquiridos luego del matrimonio son gananciales; los que ya se tenían antes, son bienes propios.<sup>63</sup> Pero la excepción más importante es que serán propios los que fueran recibidos luego del matrimonio pero a título gratuito (herencia, legado o donación). Si se trata de una donación remuneratoria, habrá que analizar el valor del servicio para ver si son equivalentes (en cuyo caso se desvirtúa la gratuidad y no sería propio). La otra excepción importante es la que conocemos como “subrogación real”, o sea la permuta de un bien propio por otro, ya durante el matrimonio. Es decir que el nuevo bien ingresa al patrimonio bajo la vigencia de la comunidad, pero aun así se califica como propio, debido a que reemplaza a otro bien que era también propio.

El mismo criterio se utiliza para la reinversión de dinero originado en la venta de un bien que estaba calificado como propio. Por ejemplo: si alguien vende un inmueble que tenía desde antes de casarse (bajo el régimen de comunidad) y con ese dinero compra otro inmueble. Como ahora esa persona está casada, el bien debería ser calificado como ganancial. Sin embargo, por tratarse de una reinversión del dinero que proviene de un bien propio, se mantendrá la calificación de bien propio.

---

63. El artículo 464 del Código Civil y Comercial luego del principio general enuncia dieciséis situaciones que no siempre siguen la regla general, e incluso algunas constituyen excepciones al criterio básico.

Ahora bien, podría darse el caso de que el inmueble que se adquiriera tenga un valor un poco mayor y entonces corresponderá una recompensa hacia la sociedad conyugal. Pero si el aporte de dinero ganancial fuere mayor a la reinversión del propio, entonces el bien incorporado será ganancial, con una recompensa por parte de la comunidad hacia el cónyuge que trajo el inmueble inicial que era propio. El criterio de la subrogación real se aplica a la permuta, a la reinversión de lo obtenido por la venta de bienes que eran propios, pero también a los créditos o indemnizaciones que vienen a subrogar a otro bien que era propio.

Así como los frutos de los bienes propios se calificarán como gananciales, los productos de los bienes propios mantendrán la calificación de propios. Esto se justifica en que los productos no son renovables, disminuyen la sustancia.<sup>64</sup> Ahora bien, este principio tiene una excepción importante en minas y canteras, cuyos productos serán gananciales. En cuanto al ganado, es un fruto natural pero se le da una solución jurídica híbrida a su calificación, ya que se utiliza un criterio mixto: a las crías que reemplazan al plantel original se les da la misma calificación. O sea que si hay veinte cabezas de ganado, las crías que vengan a mantener esa cantidad mantienen la calificación. Si el ganado era propio, las crías serán propias. Ahora bien, en cuanto las crías superen la cantidad del plantel original, cada individuo que exceda de aquella cantidad será calificado como ganancial, ya que es un fruto (como veremos más adelante, el principio es que los frutos de los bienes propios se califiquen como gananciales). Además de la cantidad, podría mejorar la calidad del ganado y por lo tanto su precio de venta. En tal caso, las crías se calificarán como gananciales pero se deberá una recompensa al cónyuge que aportó el ganado originario.

Si la adquisición del bien es posterior al matrimonio, pero se origina en un acto jurídico anterior, ese bien será calificado como propio. Por ejemplo, cuando se trata de un acto jurídico previo al matrimonio, que es impugnado por nulidad. Se controvierte la validez del acto en la acción de nulidad, pero si la sentencia confirma al acto, el bien será propio aunque esa resolución judicial sea dictada ya durante el matrimonio. Igualmente si los bienes regresan al patrimonio por nulidad de un acto anterior.

---

64. El artículo 322 del Código Civil y Comercial indica la diferencia entre frutos y productos, dando también las definiciones de frutos naturales, industriales y civiles.

La accesión es uno de los modos de adquisición legal de las cosas cuando un bien mueble queda inseparablemente unido a un inmueble; de allí que el titular del inmueble lo sea también de lo que se incorporó. Por lo tanto, si se produce accesión a un bien propio, el bien incorporado también será propio pero podría corresponder una recompensa a la sociedad conyugal si agrega valor al conjunto. También habrá recompensa a la comunidad si se sufragan mejoras o adquisiciones a un bien propio. No así, en cambio, respecto de los gastos de mantenimiento de un bien propio. Asimismo, las partes indivisas adquiridas cuando ya era condómino y esa porción ya tenía la calificación de propia, por supuesto que respecto de la nueva parte adquirida con la correspondiente recompensa a la comunidad.

Si se comenzara a adquirir un bien antes del inicio de la comunidad y luego de ese momento se consolidara el pleno dominio, ese bien tendrá carácter propio. Ello no quita que no pueda haber una recompensa para la comunidad si se utilizaron bienes gananciales para extinguir un usufructo o cualquier otro derecho real. Los objetos de uso personal, incluyendo la ropa, son de carácter propio aunque se hubieran adquirido con dinero ganancial. Ahora bien, según el valor que representen, pueden originar una recompensa a favor de la comunidad. Lo mismo respecto de los utensilios o herramientas necesarios para ejercer oficio o profesión.

Se califican como propias las indemnizaciones por daños y perjuicios siempre que se originaran en consecuencias no patrimoniales; de lo contrario, se estaría evadiendo el criterio de la continuidad o subrogación real. Así, por ejemplo, si uno de los cónyuges sufre un daño físico, la reparación pecuniaria tendrá carácter propio. Justamente por eso el único rubro indemnizatorio que se calificará como ganancial será el lucro cesante. Pero, por ejemplo, una indemnización por daño moral será propia, igual que todos los derechos inherentes a la persona.

De igual manera es propio el derecho a jubilación, pensión o alimentos. Lo que será ganancial son las cuotas devengadas, del mismo modo que un salario. Finalmente, en cuanto a la propiedad intelectual en general, su derecho moral siempre será propio y del autor. Ahora bien, el valor pecuniario de la propiedad intelectual, artística o industrial tendrá su calificación como propia o ganancial según cuándo fue patentada, registrada o interpretada por primera vez.

Por otra parte, serán calificados como gananciales todos los bienes adquiridos a título oneroso luego del matrimonio y la iniciación del régimen de comunidad, así como los bienes adquiridos por hechos de azar (lotería, juegos, apuestas) o tesoros hallados. De igual modo serán gananciales los bienes que fueron comenzados a poseer durante la comunidad por cualquiera de los dos cónyuges y, como ya fue expresado, los frutos naturales, industriales o civiles, tanto de bienes propios como gananciales de alguno de los cónyuges.

Utilizando también el principio de subrogación real, cuando se permuta un bien ganancial luego de la extinción de la comunidad, el nuevo bien continuará la calificación de ganancial, de igual manera que la reinversión en caso de venta. También aquí se aplicarán recompensas si correspondiera a favor de uno de los cónyuges. El mismo criterio de subrogación se aplica respecto a créditos o indemnizaciones. La indemnización que sí tendrá carácter propio es la que perciba un cónyuge por la muerte del otro cónyuge, ya fuera a través de una acción de daños y perjuicios o del cobro de un seguro de vida. En este último caso se podrá reclamar una recompensa a la comunidad por el pago de las primas sufragadas durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Se debe tener en cuenta para la calificación de los bienes de dónde surge el derecho para incorporarlos, ya que si algo fue adquirido a título oneroso durante la vigencia de la comunidad, debe ser calificado como ganancial. Así, cuando hay un proceso judicial que tramita la validez o nulidad de un acto jurídico celebrado durante la vigencia de la comunidad, aunque la sentencia se emita luego de disuelta la comunidad, si la resolución confirma el acto impugnado, el bien será ganancial. De igual manera, los bienes que retornan al patrimonio por la nulidad, revocación, rescisión o resolución de un acto jurídico que fuera otorgado mientras regía la comunidad.

De forma análoga, aquellas mejoras o accesiones sobre bienes gananciales tendrán carácter ganancial. Si se produjeran luego de extinguida la comunidad, también tendrán carácter ganancial pero con recompensa al cónyuge propietario. Si ya fenecida la comunidad se adquieren partes indivisas de un bien sobre el cual ya se tenía una porción y era ganancial, las nuevas tendrán el mismo carácter, pero con recompensas para el cónyuge adquirente ahora con bienes propios. En caso de que se haya consolidado el dominio sobre un bien luego de

extinguida la comunidad, pero la adquisición fue durante su vigencia, el bien será ganancial, y puede corresponder una recompensa si el cónyuge adquirente pagó algo con sus bienes propios.

Si al momento de extinguirse la comunidad no se conoce con certeza la calificación de un bien, este deberá ser considerado ganancial. Los cónyuges entre sí pueden reconocer una calificación u otra, pero frente a terceros no será suficiente la declaración de ellos y, si pretenden oponer la calificación de un bien, deberán acreditarla. Una vía fundamental para acreditar la calificación es hacer constar el origen de los fondos con los que se adquiere un bien, especialmente respecto de los inmuebles. De otra forma, la prueba será muy compleja; de allí que el asesoramiento profesional idóneo a tiempo pueda evitar problemas en el futuro. Así, por ejemplo, en la escritura de compraventa de un inmueble durante la vigencia de la comunidad, deben aclararse específicamente los diversos orígenes que puedan tener los fondos. Esto puede evitar conflictos entre los cónyuges en el futuro y también con terceros.<sup>65</sup>

Como hemos visto, el titular de un bien es quien lo adquirió y si es una persona casada bajo el régimen de comunidad, ese bien será calificado como ganancial. Esa persona puede administrar y disponer del bien, con algunas limitaciones muy específicas para enajenar o gravar aquellos bienes que fueran registrables. En estos casos, deberá contar con el asentimiento de su cónyuge. De igual modo para las acciones, la participación en sociedades y establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.<sup>66</sup>

También los bienes pueden ser adquiridos conjuntamente, en cuyo caso la titularidad será de ambos cónyuges, lo cual deriva en que los dos podrán administrar y disponer conjuntamente. De hecho, si ninguno de los dos acredita que adquirió un bien, se considera que ese bien pertenece a ambos por mitades indivisas. ¿Qué sucede si no están de acuerdo en esa administración o en la posible disposición de esos

---

65. Recordemos que para los acreedores de alguno de los cónyuges tiene importancia el origen de los fondos porque podrán ir sobre los bienes propios de su deudor y también sobre los gananciales que adquirió. El artículo 467 enuncia esto, además de la responsabilidad sobre las deudas contraídas para conservación y reparación de los bienes gananciales, de las que también responderá quien no contrajo la deuda, pero solamente con sus bienes gananciales.

66. Se refiere a acciones nominativas no endosables, como también a las acciones no caratulares, pero no incluye a las que están autorizadas para la oferta pública.

bienes adquiridos conjuntamente? Deberán recurrir a la vía judicial y se aplicarán las reglas del condominio. Si la división de condominio afecta el interés familiar, no podrá llevarse a cabo. El “interés familiar” es un concepto un tanto genérico y esto otorga al juez una fuerte discrecionalidad. En el mismo sentido, también es difícil de discernir cuándo nos hallamos ante lo que la norma denomina “el propósito de defraudar” por parte de un cónyuge al otro.<sup>67</sup>

Reiteramos que el principio general es la gestión separada y que, salvo los casos excepcionales mencionados, cada cónyuge se debe hacer cargo de sus propias deudas.<sup>68</sup> Si se pagara una deuda luego de finalizada la vigencia de la sociedad conyugal con bienes gananciales, se deberá una recompensa a la comunidad en la liquidación. De igual manera si fuera al contrario, o sea que se pague con fondos propios una deuda que corresponde a la comunidad, entonces se deberá una recompensa al cónyuge que aportó ese dinero. Las recompensas se computarán al momento de la liquidación de la sociedad conyugal. Una de las particularidades del régimen de comunidad es que prohíbe a los cónyuges celebrar contratos entre sí. El fundamento tradicional para evitar los contratos entre esposos fue evitar que uno de ellos se enriqueciera a costa del otro, aunque también se tomaba en cuenta la seguridad jurídica de los terceros, de manera de imposibilitar maniobras entre ambos en perjuicio de acreedores.<sup>69</sup> Así, la doctrina ha interpretado que están prohibidos los contratos de compraventa, donación, cesión de derechos, dación en pago o permuta, pero por otra parte sí se permiten el mandato, la hipoteca, la

---

67. Si se comprobara que un cónyuge celebra un acto con el propósito de defraudar al otro, aunque ese acto esté dentro de sus facultades, el acto será inoponible al otro cónyuge, según el artículo 473 del Código Civil y Comercial. Por otra parte, el artículo 474 autoriza la administración sin mandato expreso, aplicando las normas del mandato o la gestión de negocios. Son normas un poco abiertas ya que dan amplio margen a los cónyuges pero luego las medidas que se toman pueden ser consideradas fraudulentas, aun cuando estuvieran dentro de lo que la ley autoriza, algo que está en el límite de la afectación del principio de legalidad.

68. Los artículos 469 y 470 reiteran que cada cónyuge administra y dispone de sus bienes, sean propios o gananciales. En este último caso, con algunas limitaciones que surgen del artículo 470, relacionadas con actos de disposición sobre bienes registrables y otros, para los cuales se requerirá del asentimiento del otro cónyuge.

69. El artículo 1002 del Código Civil y Comercial, cuando refiere a inhabilidades especiales para contratar en interés propio, incluye en su inciso “d” a “los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”.

fianza, el mutuo, el depósito o el comodato. También se ha interpretado que los cónyuges pueden celebrar un contrato laboral o pueden participar en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

La comunidad se extinguirá por el fallecimiento o muerte presunta de cualquiera de los cónyuges, por el cambio acordado por ellos al otro régimen patrimonial, por el divorcio o nulidad del matrimonio, o bien por la separación judicial de bienes. Cualquiera de los cónyuges puede pedir la separación de bienes al juez si considera que la mala administración del otro pone en riesgo sus bienes o si aquel fuera declarado en concurso o quiebra. Pero también se puede pedir separación judicial de bienes si están separados de hecho sin voluntad de unirse o cuando uno de ellos requiera la designación de un curador.<sup>70</sup> La separación de bienes no podrá afectar los derechos de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. Una vez resuelta esta separación, los cónyuges estarán alcanzados en sus relaciones patrimoniales por el régimen de separación de bienes. Después de finalizada la comunidad, si hay bienes, es posible que lleve un tiempo liquidarlos, por lo cual se creará un período al que se denomina indivisión poscomunitaria. Como recién se dijo, los bienes aún están indivisos entre los cónyuges pero la comunidad ya feneció. Mientras dure esta etapa, deberán ponerse de acuerdo los cónyuges sobre cómo administrar y disponer los bienes indivisos, ya que para algunos casos subsistirán algunas reglas de la comunidad.<sup>71</sup> El principio es que puedan usar de esos bienes conforme a su destino y sin afectar los derechos del otro cónyuge.

En la etapa de liquidación es donde se harán los cálculos sobre la masa de la comunidad, a la cual deben imputarse las recompensas a su favor, como así también las que correspondan a favor de cada uno de los cónyuges. Los valores que se tomarán en cuenta serán los vigentes

---

70. El artículo 477 utiliza una fórmula algo confusa al decir “por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero”. Recordemos que la declaración de incapacidad y la correspondiente designación de curador es excepcional y solamente para los casos en los cuales una persona no puede comunicarse de ninguna manera. No queda claro qué sucedería en los casos de restricción de la capacidad de obrar.

71. Por ejemplo, según el artículo 485 los frutos y rentas de bienes indivisos acrecen a la indivisión, por lo cual quien los administre deberá presentar una rendición de cuentas. De igual modo, el uso exclusivo de un bien puede dar derecho a una compensación a la indivisión (lo que antes era la comunidad).



en ese momento, para evitar cualquier desactualización por causa de procesos inflacionarios. Si cualquiera de ellos demostrara que durante la vigencia de la comunidad dispuso de un bien que estaba calificado como propio, se presumirá que ese valor benefició a la comunidad y por lo tanto cabrá una recompensa. Esa presunción quedará desvirtuada si el dinero se hubiera reinvertido, en cuyo supuesto se aplicará la subrogación real para mantener la calificación. En todos los casos, quien alega que le corresponde una recompensa deberá acreditarlo, sin limitaciones en torno a los medios probatorios.

El momento en el cual se harán valer las recompensas será el de la liquidación de la sociedad conyugal. Allí se computarán gastos que hizo uno de los cónyuges a favor de la comunidad (o viceversa) y se compensarán, para formar la masa que se partirá luego por mitades. Aquí tendrá que analizarse si los gastos hechos por uno de los cónyuges constituyen o no cargas de la comunidad y, en todo caso, cuál fue el origen de los fondos con los cuales afrontó tal deuda. O sea que para obtener el activo líquido ganancial (la masa) se saldarán las deudas con terceros y luego se computarán las recompensas. Finalmente corresponderá realizar la partición, o sea la asignación de los bienes concretos, y si hubiere dinero en efectivo, su distribución de acuerdo a lo calculado en la liquidación. Esta partición puede ser pedida en cualquier momento luego de la disolución de la sociedad conyugal, por cualquiera de los dos cónyuges. Como ya fue dicho, la masa partible está compuesta por los activos gananciales, que se distribuirán al cincuenta por ciento para cada uno. Respecto de algunos bienes, según sus características pueden ser asignados de manera preferencial a uno de los cónyuges, según su actividad profesional. Por ejemplo, si uno de ellos es músico y hay instrumentos musicales. Para los inventarios y avalúos se utilizarán las normas aplicables al proceso sucesorio.

## EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

A diferencia del régimen recién analizado (de comunidad), en la separación de bienes hay una regulación mucho más sencilla y escueta. Esto no significa necesariamente que no habrá conflictos, ya que como sabemos, hay un conjunto de normas comunes a ambos

regímenes que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes. Como ya hemos visto en el inicio de este capítulo, tales normas son imperativas y apuntan a sostener obligaciones entre los cónyuges y a responder ante terceros por deudas que correspondan al sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, así como a los de cualquiera de los cónyuges si fueran menores de edad o si fueran personas con discapacidad. También señalamos antes que la atribución de la vivienda familiar funciona en ambos regímenes, de igual forma que las limitaciones para enajenar un inmueble sin el asentimiento del otro (siempre que fuera sede del hogar familiar).

Más allá de esas limitaciones para disponer y de las normas genéricas que el sistema legal impone a cualquier matrimonio, en el régimen de separación de bienes predomina la libertad patrimonial de cada uno de los cónyuges. Básicamente, se mantiene la autonomía en la administración y disposición de los bienes de cada uno de los cónyuges aun luego de contraer matrimonio. Tiene mayor grado de armonía con una actualidad en la cual ambos integrantes de una pareja realizan tareas remunerativas y no necesitan del otro para el sostenimiento, más allá de las razonables pautas para distribuir los gastos comunes.

No existe aquí calificación de los bienes, ya que no se conforma una comunidad de bienes y ganancias. Los bienes son de propiedad de quien los adquiere, si bien el otro podrá hacer usufructo en la vida cotidiana, en el marco de los acuerdos de ambos cónyuges para llevar una vida en común. Sería absurdo que dentro del matrimonio se produjeran controversias entre los cónyuges por causa del uso de las cosas. En tal sentido, la división de bienes está diseñada y orientada para el caso de finalización del vínculo.

Cada uno de los cónyuges responde por sus deudas, aunque como ya fue reiteradamente mencionado, sí hay responsabilidad solidaria cuando se trate de obligaciones contraídas para solventar necesidades del hogar o de los hijos, así como también se mantienen las limitaciones respecto de la disposición de la sede de la vivienda familiar.<sup>72</sup> Es

---

72. El artículo 505 del Código Civil y Comercial remite al 461 ya desarrollado, en cuanto a obligaciones comunes a ambos regímenes (de comunidad y de separación de bienes). También remite a los artículos 455 y 456 con relación a la vivienda familiar y sus muebles indispensables, limitando su disposición por parte del titular a menos que cuente con el asentimiento del otro cónyuge.

importante enfatizar esto porque si bien la separación de bienes tiene una impronta de autonomía, ello no significa desentenderse del cónyuge ni mucho menos de las necesidades del grupo familiar.

La cuestión que puede provocar alguna desavenencia es la prueba acerca de la titularidad exclusiva de un bien. Por ejemplo, al momento de la disolución del matrimonio, ambos integrantes de la expareja podrían considerar que les corresponde el derecho sobre algún bien en particular. Nos referimos por supuesto a bienes muebles no registrables, ya que de lo contrario existiría precisamente el registro formalizado de la titularidad. La disputa por la titularidad de un bien puede convertirse en un litigio judicial y allí puede utilizarse cualquier medio de prueba. Si a pesar de todo no pudiera ser acreditada la propiedad exclusiva de uno de ellos, se considerará que ese bien pertenece a ambos, por mitades iguales.

Si bien en este régimen se constata un alto predominio de la autonomía de la voluntad, tal principio no es absoluto ya que hay situaciones en las cuales se deberá tomar como prioritario el interés familiar. Así, en el caso de un condominio sobre un bien que afecta precisamente a ese interés familiar, ninguno de los cónyuges podrá reclamar la división del condominio sin una autorización judicial que exija la previsión de dar cumplimiento a ese interés más amplio. De lo contrario, el juez deberá denegar esa división de condominio.

El régimen de separación de bienes cesa por la disolución del matrimonio y también por el cambio que decidan los cónyuges hacia el régimen de comunidad. Recordemos que para modificar el tipo de régimen no hay limitaciones, salvo que deben estar al menos en cada sistema un año. Cumplido ese plazo, pueden elegir la modificación todas las veces que lo crean conveniente, con la respectiva inscripción en el acta matrimonial.

En el caso de la disolución del matrimonio, cesa también el régimen patrimonial de este, pero es posible que queden bienes indivisos en común. Tanto los propios cónyuges como, en el caso de fallecimiento, sus herederos, podrán petitionar la partición que tramitará a través de los mecanismos previstos para la partición de las herencias.



## CAPÍTULO 6

### UNIONES CONVIVENCIALES

*Dime si molesto,  
dijo él al entrar,  
porque me marchó inmediatamente.  
No sólo molestas,  
contesté,  
pones patas arriba toda mi existencia.  
Bienvenido.*

**Eeva Kilpi**  
“Dime si molesto”

#### PREDOMINIO DEL ORDEN PÚBLICO

Las parejas se conforman de distintas formas y no siempre quienes se aman eligen el matrimonio como estilo de vida. Esto no debe invalidar la relación a los ojos de nadie, o al menos la ley civil no debe tomar posición en aspectos morales que no le incumben a nadie más que a quien entabla un vínculo personal. Durante la segunda parte del siglo XX se hicieron cada vez más habituales las uniones de hecho, ahora denominadas por nuestra legislación como uniones convivenciales. Fueron cada vez más los derechos que se les reconocían en protección al grupo familiar, pero nunca se llegó a la equiparación, ya que muchas personas podrían no querer acogerse al régimen del matrimonio. ¿Por qué si una pareja no quiere casarse la ley le aplica las normas del matrimonio? Por ejemplo, quizás no quieran quedar sujetos a un régimen patrimonial común (como ya vimos, aun el régimen de separación de bienes conlleva una serie de obligaciones comunes). ¿Es una buena solución limitar en este punto el libre albedrío de las parejas? ¿Por qué no respetar una decisión autónoma de adultos que no quieren quedar ligados por otro vínculo que no sea el de su deseo y su voluntad?

Se debatió por mucho tiempo en el ámbito jurídico si estas uniones de hecho (también llamadas concubinatos en la tradición jurídica)

debían tener los mismos o similares efectos que el matrimonio. De hecho, mucha gente cree que se equiparan, algo que los abogados debemos siempre aclarar que no es cierto. Durante siglos se enfatizaba en el acto de celebración como un momento solemne que distinguía de forma tajante al matrimonio del concubinato, al cual se le dio distintas valoraciones jurídicas y morales a través de las diferentes legislaciones. Por ejemplo, la ceremonia del matrimonio en el derecho romano estaba revestida de una gran rigurosidad en las formas porque era muy importante la distinción entre la institución matrimonial y el concubinato, a través de la *afectio maritatis*. Posteriormente, el cristianismo mantuvo la ritualidad del acto, con la bendición del sacramento como inicio propiamente del matrimonio.<sup>73</sup>

Una unión convivencial es una pareja que convive y comparte un proyecto de vida en común. De la misma manera que en materia de parejas matrimoniales, la ley no distingue entre parejas homosexuales o heterosexuales, pero sí exige que se trate de un vínculo afectivo de carácter singular, que sea público y notorio. Esta pareja debe tener cierto grado de estabilidad, o sea una permanencia que la distinga de una relación ocasional. Posiblemente, este requisito ya estaba implícito en la noción de un proyecto de vida común.

No cualquier pareja que habite bajo un mismo techo va a ser considerada como en una unión convivencial, y para que se le reconozcan efectos jurídicos deben concurrir ciertos requisitos formales. Por ejemplo, la edad y el parentesco: ambos convivientes deben ser mayores de edad y no tener parentesco en línea recta ni ser hermanos (unilaterales o bilaterales). Incluso, en los términos de nuestra legislación, los integrantes no deben tener tampoco impedimento de ligamen (estar casados con otra persona), ni tampoco mantener otra relación de convivencia en simultáneo. Para la constitución de una unión convivencial se requiere haber transcurrido dos años, ya sea con o sin registración.<sup>74</sup> La prueba para

---

73. Cuentan los relatos míticos que el novio llegaba a la casa de la familia de la novia y la retiraba simbólicamente. Les tiraban arroz como expresión de abundancia futura y cuando llegaban a la casa del futuro marido, la mujer no podía pisar el umbral que estaba ofrendado a Juno, por eso el novio debía alzarla para ese paso.

74. El artículo 510 del Código Civil y Comercial, en su inciso e), expresa que el plazo de los dos años es uno de los requisitos para la existencia de la unión convivencial. De allí que podamos inferir que para registrarla se debe ya haber cumplido ese plazo de duración.

demostrar la existencia de una unión es amplia, pero sin dudas que la registración tendrá prevalencia, ya que precisamente acredita el vínculo a través del trámite ante la autoridad administrativa competente.

Las uniones convivenciales se pueden inscribir (o registrar) en los registros civiles de cada jurisdicción, y este trámite requiere que sea solicitado conjuntamente por las dos personas que integran la pareja.<sup>75</sup> Así como se puede registrar la constitución de esta clase de vínculo, también se puede inscribir su extinción y los acuerdos o pactos que se celebren en varios aspectos, como por ejemplo en cuanto a la contribución económica de cada uno al hogar, la distribución de los bienes en caso de finalización del vínculo y la eventual atribución de la vivienda común en caso de ruptura. Veremos a continuación que la ley prevé una serie de soluciones para cada uno de estos puntos, sin perjuicio de aclarar antes que estas cuestiones pueden ser pactadas por los convivientes de otro modo.<sup>76</sup>

Estas convivencias constituyen una especie de institución con apariencia muy similar al matrimonio, aunque no debemos confundirlas porque hay diferencias trascendentes. En otros países tiene más sentido su regulación tan protectoria ya que hay lugares que limitan el matrimonio entre personas del mismo sexo. O incluso en nuestro propio país era una solución por la falta de inclusión legislativa del divorcio vincular y la posibilidad de contraer nuevo matrimonio. Pero una solución legal tan cercana a la equiparación entre el matrimonio y la convivencia no se justifica hoy en la República Argentina. La prolífica regulación sobre las uniones convivenciales denota cierta tendencia paternalista de la legislación argentina, que aquí se aleja del respeto por la autonomía de la voluntad individual y expresa un intenso predominio de la noción de orden público.<sup>77</sup>

---

75. A efectos probatorios, y no necesariamente constitutivos, ya que puede existir perfectamente una unión convivencial que no esté registrada.

76. Podría decirse que se trata de una falsa promesa de autonomía, porque si no pactan algo sobre estos puntos se les aplicarán las soluciones que surgen de la norma. A pesar de las muchas formas de asimilación indirecta entre uniones convivenciales y matrimonio, no deben confundirse porque no tienen todos los mismos efectos. Sólo por citar un ejemplo, los convivientes no tienen vocación sucesoria, a pesar de ser una creencia popularmente arraigada y que confunde incluso a los estudiantes.

77. El artículo 513 del Código Civil y Comercial está encabezado por el engañoso título de "Autonomía de la voluntad de los convivientes". Tan engañoso es que aun cuando

## LOS PACTOS DE CONVIVENCIA

El legislador argentino también optó en este punto por equiparar las uniones convivenciales con el matrimonio, quizás con el propósito de proporcionar una defensa a los bienes familiares. Dentro del reducido marco de discrecionalidad que el Estado le reconoció a las parejas para redactar estos pactos, se destaca la posibilidad de modificarlos en cualquier momento. Los pueden reformar o pueden optar por no hacerlos, pero en este último caso quedarán regidos por las normas que trae sobre este punto el Código Civil y Comercial.

Por supuesto que la vigencia de estos acuerdos está condicionada al mantenimiento de la unión convivencial. Para que sean oponibles a terceros, los pactos deben estar inscriptos en el registro civil y, si afectara a una vivienda, también en el registro de la propiedad inmueble. De forma análoga, si recayera sobre un automóvil, en el registro de la propiedad automotor. Como podemos ver, se trata de un sistema demasiado complejo que no se condice con la situación de una pareja que no desea casarse, e incluso no quiere tomar esa clase de compromisos, pero la ley se los impone.

El principio patrimonial de estas uniones es la separación de bienes, aunque con limitaciones para muchos actos, tal como en el régimen matrimonial. Si en la unión convivencial no se hubiera pactado nada entre los convivientes en materia de un régimen patrimonial se dejará libre la administración y disposición de los bienes de cada integrante de la pareja, ya que son titulares de dominio y se trata del libre ejercicio del derecho a la propiedad. Sin embargo, como ya fue mencionado, hay algunas limitaciones, aun sin pacto, concernientes a la vivienda familiar y a los muebles indispensables que se encuentran en ella. También hay equiparación respecto al deber de asistencia, contribución al hogar y responsabilidad por las deudas frente a terceros (recordemos que se trataba de aquellas obligaciones contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar y la educación de los hijos menores de edad o con discapacidad).

La decisión de convivir bajo un mismo techo en el marco de una unión convivencial otorga una protección especial a esa vivienda familiar. Por

---

los convivientes expresaran su libre voluntad, no podrían ir contra lo que disponen los artículos 519, 520, 521 y 522.



lo tanto, ninguno de los convivientes puede disponer de ese inmueble, ni tampoco de los muebles indispensables que contiene, sin el asentimiento de su pareja. Para que opere esta protección debe haber sido registrado este vínculo. No hace falta que esta cláusula forme parte de un pacto, ya que se aplica como parte de la regulación de las uniones convivenciales. Igual que en el matrimonio, no podría ser otorgado un mandato que incluya el asentimiento general previo.<sup>78</sup> En el caso de ser celebrada una compraventa sobre el inmueble donde está la vivienda familiar, sin que el conviviente hubiere dado su asentimiento, ese acto será nulo. El plazo que tiene el conviviente que impugna el acto para solicitar la nulidad de esa compraventa es de seis meses y comienza a correr desde que conoció el acto de enajenación (y siempre que la convivencia perdure).

Otra clase de proyección y asimilación de la regulación matrimonial sobre estas relaciones de convivencia está constituida por la protección de la vivienda familiar. Recordemos que se trata de una limitación a la posibilidad de ejecución de ese bien, y tiene lugar contra la pretensión de aquellos terceros que requirieran que ese inmueble fuera ejecutado por deudas que hubiera contraído uno solo de los convivientes (sin importar que sea el titular dominial del inmueble; de más está decir que un conviviente no titular obviamente no podría enajenar ni gravar ese inmueble). Para que proceda la ejecución del bien la deuda debió ser contraída por ambos convivientes, o bien por el titular pero con el asentimiento del otro miembro de la pareja.

Los convivientes pueden pactar también una forma de distribución de los bienes. Pero recordemos que si no existiera una cláusula específica en el pacto de convivencia sobre cómo distribuir los bienes que cada uno adquirió (o directamente no hubiere ningún pacto), cada cual conservará aquello que oportunamente incorporó a su patrimonio. Claro que esto no significa que uno de ellos no pueda interponer una demanda contra el otro por enriquecimiento sin causa, para demostrar que hubo participación o contribución en la adquisición de algunos bienes en particular. En este punto se aplicarán, entonces, los principios generales y aquellos relativos justamente al enriquecimiento sin causa.

---

78. Igual que en el régimen patrimonial del matrimonio, el juez podría autorizar que el bien sea enajenado a pesar de la falta de asentimiento, si fuera prescindible y el interés familiar no resultara comprometido. Así lo expresa el artículo 522 del Código Civil y Comercial.

La mayoría de estas equiparaciones con el matrimonio parecen adecuadas, o al menos tienen un poco más de justificación, en el caso de la existencia de hijos menores de edad, ya que podrían considerarse como medidas tuitivas con niños, niñas y adolescentes. Pero respecto de los adultos, la asimilación indirecta los hace ingresar obligadamente al sistema previsto para los cónyuges, a pesar de haber optado por evitar la celebración de un matrimonio.

## CESE Y COMPENSACIÓN

La unión convivencial finaliza cuando la pareja se separa, ya sea por voluntad de uno o de ambos o por fallecimiento.<sup>79</sup> Pero también concluirá si esa misma pareja contrae matrimonio. Obviamente, si uno de ellos contrae matrimonio con un tercero implica una separación, y por lo tanto ya no existirá la unión convivencial. No queda tan claro qué sucedería si uno de los convivientes diera por terminado el vínculo afectivo aunque se mantuviera la convivencia, situación muy común en la práctica por dificultades económicas de uno o de ambos integrantes. No podríamos decir que en ese caso haya necesariamente un mutuo acuerdo, pero le guste o no, el otro conviviente tendrá que aceptar la decisión de la ruptura de la relación afectiva. Ahora bien, tal voluntad unilateral debería ser notificada de manera fehaciente al otro conviviente para que esto tenga efectos jurídicos. Es decir, podría quedar pendiente la resolución habitacional de uno o de ambos mientras aún viven bajo el mismo techo, pero pueden dejar de constituir una unión si esto se notifica fehacientemente.

De manera análoga, y aunque parezca paradójico, podría suceder lo opuesto, o sea que cese la convivencia pero se mantenga el vínculo. Esto se justifica en los casos en los cuales esta interrupción de la cohabitación estuviera motivada por una circunstancia específica, por ejemplo un traslado laboral. Pero es necesario aclarar que, en ese caso, no haría falta realmente calificar esa separación temporaria como un cese de cohabitación. El problema podría surgir si se comienza a

---

79. El artículo 523 del Código Civil y Comercial enumera las causas y al fallecimiento lo equipara con la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes (inc. b).

utilizar un criterio expansivo para considerar qué es y qué no es una unión convivencial, ya que como hemos visto acarrea un sinnfín de obligaciones mutuas y ante terceros. Posiblemente, la clave de la interpretación esté en que la voluntad de vida en común se exprese necesariamente en la cohabitación y no en sostener una relación afectiva, por ejemplo un noviazgo. Con el cese del vínculo afectivo y de cohabitación, y también como una equiparación más con el matrimonio, uno de los exconvivientes podrá reclamar una compensación económica. Para sostener esa pretensión deberá demostrar que sufrió un empeoramiento de su situación patrimonial y que ello fue provocado por esa unión convivencial. Además de este factor objetivo, deberá acreditar que hubo un factor comparativo con su expareja que muestre un desequilibrio. Es decir, si los dos se hubieran perjudicado de manera equivalente por el vínculo no cabría ninguna reparación o compensación.

La forma de pagar tal obligación puede ser por medio de una suma única o bien a través de una renta periódica, que no podrá ser de mayor duración que el lapso que duró el vínculo de convivencia.<sup>80</sup> También el deudor podría ofrecer el usufructo de un bien o de un conjunto de bienes; esto deberá ser acordado por las partes o bien decidido por el juez a petición de una de ellas. Hay un plazo para reclamar esta compensación, que es de seis meses luego de la finalización de la convivencia.<sup>81</sup> Una vez solicitada la compensación económica, el juez deberá tener en cuenta algunos criterios para fijar su procedencia y, eventualmente, el monto de esa reparación. Para analizar con detenimiento si se produjo efectivamente un deterioro patrimonial en quien reclama la compensación, el magistrado deberá revisar la situación económica al inicio

---

80. El artículo 524 del Código Civil y Comercial no aclara si esta compensación puede ser solicitada por el conviviente que motivó la separación, por lo cual podría creerse que es indistinto. Sin embargo, si la causa de la compensación es la ruptura, sería un contrasentido que la otra persona deba pagar una reparación por una decisión justamente de quien ahora reclama la indemnización. Quienes quieran defender la lógica intrínseca de la norma posiblemente sostendrán que la compensación se apoya en el hecho objetivo del desequilibrio, pero aun así queda sin respuesta la situación paradójica de perseguir una reparación por el acto propio de la ruptura.

81. En realidad, el artículo 525 dice que esta acción caduca a los seis meses “de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523”. Es decir, aquí aparece implícita la posibilidad de una finalización de la unión convivencial sin que cese la cohabitación (he aquí uno de los problemas de llamar a la institución jurídica con la misma palabra que el fenómeno fáctico: “convivencia”).

y al final de la unión convivencial. De igual manera, también deberá hacerlo respecto del otro integrante de la pareja para ver si, tal como denuncia el peticionante, hubo un enriquecimiento. Si se constatará la primera condición objetiva para que prospere la acción, o sea el enriquecimiento y empobrecimiento opuesto y en simultáneo de ambos integrantes de la pareja, el juez analizará cuál era la dedicación que cada uno de ellos le brindaba a la familia. En el caso de que hubieran tenido hijos, cuál fue el rol que ocuparon durante la cohabitación, y también luego de finalizada. En este último supuesto se analizarían las circunstancias fácticas, pero también las proyecciones con relación a la asignación de tareas en la convivencia y los cuidados personales si los hijos fueran aún menores de edad. Se deberían incluir también las circunstancias sobre el estado de salud de los exintegrantes de la pareja y eventualmente de sus hijos, ya que esto impacta en las tareas realizadas y a realizar en el futuro.

Uno de los principales elementos a tomar en cuenta es la potencialidad de cada uno de ellos en el mercado de trabajo. Por ejemplo, si uno de ellos dejó de estudiar o de trabajar durante la vigencia de la convivencia, ese deterioro en su competitividad debe ser compensado. Claro que si se trató de una decisión voluntaria, basada quizás en un proyecto de vida compartido, no hay allí un acto ilícito que origine una indemnización. El legislador argentino ha considerado que ello amerita una compensación económica, quizás a manera de solución de equidad, y por ello toma en consideración el grado de capacitación profesional o laboral de cada uno de los exintegrantes de esa unión convivencial. Expresamente refiere a “la posibilidad de acceder a un empleo”, o sea que dependerá también de qué tipo de oficio desarrolla y las circunstancias del mercado de trabajo en cada momento específico; una predicción bastante compleja para cualquiera.

También se deberá tomar en cuenta el grado de colaboración, tanto en actividades mercantiles, industriales o profesionales, que prestó el conviviente perjudicado al que resultó beneficiado en la unión convivencial. Aquí se mezcla un poco la naturaleza de la obligación, ya que este criterio no tiene que ver con la equidad como pareja, sino que se trata de un reajuste por tareas que no fueron oportunamente remuneradas. Habría que ver qué sucedió si, por el contrario, existieron remuneraciones oportunamente por esa colaboración. Finalmente, se deberá tener

en cuenta la atribución de la vivienda familiar, otro de los aspectos en los cuales la unión convivencial se equipara al matrimonio. En el inmueble que fuera sede del hogar podrá seguir habitando quien tenga a su cargo el cuidado personal de los hijos menores de edad o con discapacidad. Además, se agrega una solución a una extrema necesidad de vivienda, que debe ir asociada a la imposibilidad de obtener en el corto plazo otro lugar donde habitar. Esta solución piadosa no aclara cuáles serían los criterios para analizar esa imposibilidad de obtener un techo donde morar, pero aclara que se trata de una solución provisional. Entonces, el juez deberá fijar un plazo que no puede exceder de dos años luego de cesada la convivencia. Nuevamente nos hallamos ante la dificultad de entender a qué se refiere aquí “convivencia”, ya que podrían morar bajo el mismo techo ambos integrantes de la expareja, lo cual en el idioma español se describe como convivir.

Para moderar el efecto del uso atribuido de la vivienda al exconviviente que no es titular (de otra manera no haría falta la atribución de vivienda), se autoriza al juez a fijar una renta compensatoria. Esta renta no será fijada de oficio, sino que debe ser peticionada por el exconviviente, que es titular de la vivienda que habita el otro exconviviente. También el juez podrá limitar la disposición de ese bien inmueble por el lapso que dure la atribución de la vivienda. Si se tratara de un condominio, no se podrá exigir tampoco la partición, y esta previsión tendrá efectos ante terceros solamente desde su inscripción en el correspondiente registro de la propiedad inmueble. Al igual que en la atribución de la vivienda en el matrimonio, también aplicará para inmuebles alquilados, en cuanto a que continuará viviendo allí el conviviente a quien se le atribuya, aunque no fuera quien hubiera celebrado personalmente el contrato de locación. También aquí se mantendrán vigentes las garantías ofrecidas originariamente.<sup>82</sup>

Si el cese de la unión convivencial fuera por causa del fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja, corresponderá la atribución de la vivienda cuando el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable y, además, no tenga posibilidad de acceder a una (se interpreta que no puede comprar ni tampoco alquilar una). Se deja aquí un amplio

---

82. Esto en realidad implica un avance sobre terceros, ya que quien prestó oportunamente esa garantía lo hizo bajo otras condiciones. Recordemos que la garantía es un contrato personal y esta disposición podría ser atacada como una medida legislativa exorbitante.

espectro de discrecionalidad al juez, ya que el concepto de “habitabile” es muy ambiguo. De cualquier manera, los herederos del causante deberán respetar ese derecho real de habitación por un lapso máximo de dos años.<sup>83</sup> Podría reducirse el plazo de esta atribución si el conviviente supérstite constituyera una nueva unión o contrajera matrimonio. Por supuesto que también cesaría por propia voluntad del conviviente supérstite, o bien si se acreditara que se modificó su situación patrimonial, y eso hace que sí pueda adquirir o alquilar una vivienda.

Luego de la separación de los convivientes podrán realizarse los correspondientes reclamos por restitución de bienes. Estas acciones deberán ser promovidas para reclamar las respectivas restituciones, ya sea de la totalidad de un bien como de los porcentajes que pudieran corresponder. Cuando se trata de convivencias de muchos años, es posible que se hayan incorporado bienes al patrimonio de uno de los convivientes y el otro alegue que contribuyó en esa adquisición. Esta alegación deberá ser acreditada, ya que la sola existencia de la unión convivencial no prueba en sí misma que existiera una sociedad de hecho. Tampoco puede considerarse que este tipo de vínculo implique necesariamente la existencia de un mandato oculto. Estos reclamos, entonces, deberán acreditar el aporte concreto que se hizo para la adquisición de cada bien.

---

83. El artículo 527 impone esta carga a la sucesión, pero no ya a los acreedores del causante, lo cual expone cierta inconsistencia entre ambas soluciones.

## CAPÍTULO 7

### FILIACIÓN

*Yo tengo un hijo fruto del amor, de amor sin ley,  
Que no pude ser como las otras, casta de buey  
Con yugo al cuello; ¡libre se eleve mi cabeza!  
Yo quiero con mis manos apartar la maleza.*

**Alfonsina Storni**  
“La loba”

#### LAS TRES FUENTES DE LA FILIACIÓN

La filiación es el vínculo jurídico que une a los progenitores con sus hijos. Nuestro sistema legal reconoce tres fuentes para originar filiación: la naturaleza, la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida.<sup>84</sup> Es importante aclarar que lo que define a la filiación no es el carácter causal, por lo tanto no es una definición descriptiva. Se trata de una definición operativa que realizó el legislador, que decidió desprender la causalidad biológica de la definición de filiación. O sea que la filiación y el origen biológico pueden coincidir en algunos casos, como en la filiación natural, pero en otros no existirá esa correlación, como por ejemplo en la adopción. En cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, esa posible correlación dependerá de qué tipo de tratamientos técnicos se utilicen.<sup>85</sup>

La antigua clasificación de los hijos según el criterio del vínculo de sus progenitores creaba varias categorías que hoy en día resultarían

---

84. El artículo 558 del Código Civil y Comercial atribuye los mismos efectos jurídicos sea cual fuere el origen de la filiación, aunque sí distingue la adopción plena de la adopción simple. En este sentido, la adopción que genera los mismos vínculos en todo sentido es la plena, ya que relaciona al individuo adoptado con todos los parientes del adoptante.

85. Para las técnicas de reproducción humana asistida puede utilizarse material homólogo o heterólogo, o sea de los progenitores o de donantes. Hay variables, por supuesto, pero esta fuente se apoya en la puesta en movimiento del tratamiento con el objetivo del nacimiento de quien ocupará el lugar de hijo de esa persona o esa pareja. Es lo que se conoce como “voluntad procreacional”.

ofensivas: los hijos podían ser mencionados como legítimos o ilegítimos, según si hubieran sido concebidos dentro o fuera del período de matrimonio. Y aún más, los llamados ilegítimos se subdividían en varias clases, como naturales, adulterinos, sacrílegos, incestuosos o espurios. Además de la calificación discriminatoria, había consecuencias concretas como la de no acceder a derechos sucesorios. En la República Argentina se dejó de aludir a la clasificación entre hijos legítimos e ilegítimos en 1954; a partir de entonces sólo se puede aludir a hijos legítimos<sup>86</sup> y recién en 1985 se reconoció la igualdad entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.<sup>87</sup>

Otra de las definiciones categóricas que hace la ley argentina es que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales. Esta aclaración es una necesaria consecuencia de disociar las definiciones jurídicas de las condiciones fácticas.<sup>88</sup> Me refiero a que la concepción del ser humano se origina en la formación de un embrión que reúne los gametos masculinos y femeninos de sus dos progenitores (padre y madre). Se hace más complejo cuando ese embrión es formado fuera del cuerpo de la madre, a través de lo que llamamos genéricamente “técnicas de reproducción humana asistida”. Si el embrión fuera implantado en otra mujer que no aportó el material para la formación del embrión, estamos justamente ante esa situación que podría dar lugar a considerar a tres progenitores: la madre que llevó adelante la gestación del embarazo y produjo el parto, además del hombre y la mujer que aportaron el material genético. Y si la mujer que parió fuera casada y aquí se aplicara la presunción de paternidad matrimonial de su marido, hasta podrían reclamar cuatro personas el vínculo de filiación. Por eso el legislador puso este límite de dos personas como progenitores, sin atar este vínculo al origen biológico.

Nuestra legislación da algunas pautas generales sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, pero deja muchos puntos oscuros, que eventualmente serán resueltos en leyes especiales o bien serán los jueces quienes irán resolviendo sobre esos aspectos. Una de las cuestiones más importantes en cuanto a la utilización de las

---

86. Ley N° 14367. Ley de filiación extramatrimonial.

87. La Ley N° 23264 precisamente es una de las consecuencias directas de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

88. El último párrafo del artículo 558 del Código Civil y Comercial precisamente pone ese límite a un máximo de dos vínculos filiales.



técnicas de reproducción humana asistida es el consentimiento para la utilización del material genético y el desarrollo del procedimiento para el nacimiento de un hijo. Estos tratamientos se hacen usualmente en centros especializados, que antes de desarrollar el tratamiento deben requerir el consentimiento “informado y libre”<sup>89</sup> de quienes lo encargan (la ley no utiliza el término “clientes” pero este término podría encajar bien en el tipo de relación contractual con el centro especializado). Recordemos que un embrión se forma con la fusión de los gametos masculinos y los gametos femeninos, pero el establecimiento debe recabar el consentimiento de quien prestó ese material cada vez que procede a su utilización y esa autorización puede ser revocada en cualquier momento, siempre que no se hubiera producido ya la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Este consentimiento cobra especial relevancia porque de allí surge lo que la ley denomina “voluntad procreacional”, que sería el antecedente para que las técnicas de reproducción humana asistida se constituyan como una fuente de filiación. O sea, la voluntad procreacional hace que quienes contrataron el procedimiento ante el establecimiento especializado sean los progenitores, más allá de si fueron ellos quienes aportaron los gametos o no. La ley asigna la condición de progenitores a quienes iniciaron y pagaron por el tratamiento, haya sido de forma directa o a través del sistema de la seguridad social que cubre muchas veces esa prestación.<sup>90</sup> En cambio, no les asigna ninguna participación a los donantes de gametos, sean anónimos o no, y no habrá vínculo jurídico entre ellos y el niño nacido por la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida (solamente se podrá tener en cuenta el vínculo biológico para los impedimentos matrimoniales).

Quien nace como resultado de ese procedimiento no es exactamente el “cliente”, sino que lo fueron sus progenitores (o al menos uno de

---

89. Es una fórmula curiosa la que trae el artículo 560, ya que si no fuera “libre” no sería consentimiento, pero seguramente este énfasis intenta reforzar la idea, al igual que en la bioética se usa el término “consentimiento informado”.

90. El artículo 575 expresa esto al definir el “consentimiento” como elemento del cual deriva la determinación de la filiación. Hay que aclarar que no se debería equiparar a este consentimiento informado con aquel que se brinda para un tratamiento terapéutico, a pesar de la retórica que lo rodea y que se vale de analogías. Este consentimiento es más similar al que se brinda para un negocio jurídico cuyo objeto es la contratación de un servicio para la utilización de técnicas de reproducción humana asistida.

ellos). Igualmente el establecimiento médico especializado donde se hizo el tratamiento tiene la obligación de brindarle al nacido por el tratamiento la información que consta en su legajo sobre datos médicos, cuando estos fueren relevantes para su salud, lo cual podría surgir como resultado de una patología específica que necesite de los antecedentes para un mejor enfoque médico. Si no fuera por esta razón, se intentará mantener en secreto los datos de los donantes anónimos, pero tal anonimato puede ceder si la persona nacida por el tratamiento alega razones debidamente fundadas (la ley no enumera cuáles son esas razones, ni siquiera ejemplifica para orientar un criterio). Tal evaluación será realizada por el juez local a través de la vía procesal más veloz. Lo que no podrá hacer este hijo, ni tampoco los progenitores, es demandar por impugnación ni por reclamación de filiación cuando su nacimiento hubiere sido producto del uso de estas técnicas de reproducción humana asistida (con gametos propios o de donantes). Tal prohibición no regirá para los progenitores que no hubieren prestado su consentimiento.

Así como el reconocimiento es un acto voluntario en el cual expresamente se manifiesta que existe un vínculo filial, se puede también considerar reconocida la relación a través de la posesión de estado. Se trata de una condición que bien podría ser desvirtuada por otras pruebas, pero mientras ello no suceda, tendrá el mismo valor que el acto del reconocimiento. ¿Cómo se puede acreditar esa posesión de estado? No contamos todavía con un régimen claro en materia de técnicas de reproducción humana asistida y en parte se debe a los intereses comerciales que se juegan, ya que es una industria lícita muy rentable que toca un interés muy sensible y válido como es el deseo de tener hijos. Quizás por estos motivos es que los primeros intentos de legislar este tema fueron un fracaso llano y sin barniz.

## DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD Y PRESUNCIONES

Uno de los problemas para la interpretación de la ley en este punto es la utilización de un lenguaje legislativo neutro que tiene muy escaso rango descriptivo y muy alto grado de ambigüedad. El legislador argentino optó por un lenguaje neutral, que no utiliza términos como paternidad y maternidad, quizás por cierto pudor porque denotan identidad de género. Es verdad que el lenguaje puede ser ofensivo si se utiliza de forma

discriminatoria, pero no puede ser ofensivo ni discriminatorio el hecho de describir las posibles situaciones y sus soluciones de la forma más clara posible. Entonces utilizar términos como “padre” o “madre” en lugar del genérico “progenitores” no es necesariamente signo de discriminación por orientación sexual. Aquí utilizaré, en algunas ocasiones, los términos “maternidad” o “paternidad”, que están omitidos en el texto legal pero describen más precisamente la relación que el genérico “filiación”.

Para la ley argentina la prueba de la maternidad surge del nacimiento, la mujer que realiza el parto es la madre (salvo que se tratara de un caso de utilización de técnicas de reproducción humana asistida, con subrogación en la gestación). Quien haya atendido a la mujer en el parto debe extender un certificado de nacimiento. Si esa misma mujer o su marido no son quienes realizan el procedimiento de inscripción en el registro civil, tal inscripción les deberá ser notificada por ese organismo estatal. Por supuesto, la presunción de la paternidad matrimonial admite prueba en contrario a través de una acción de impugnación.

La ley argentina es estricta en cuanto a evitar distinciones que surjan de la información del certificado de nacimiento, que por lo tanto no puede contener datos sobre si el nacido es hijo de personas casadas o no, sino que solamente se consigna el nombre de los progenitores si están ambos presentes. Cuando la mujer es casada, se presume que el niño nacido durante el matrimonio es hijo de su marido. Para ello debe nacer el hijo con posterioridad a los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio. Pero incluso se mantiene la presunción si el niño nace luego de interpuesta la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de una separación de hecho o de la disolución del vínculo por causa de muerte.<sup>91</sup> En todos estos casos, para que se sostenga la presunción, el nacimiento debió producirse dentro de los trescientos días posteriores. Si hubiera matrimonios sucesivos, con períodos de presunción que se superponen, se tendrá en cuenta los plazos pero con preferencia al vínculo más prolongado.<sup>92</sup>

---

91. En el caso de la separación de hecho, el artículo 567 plantea una situación especial, ya que si hubo consentimiento del cónyuge para el uso de sus gametos en un tratamiento de reproducción humana asistida, corresponderá la inscripción como hijo de ambos. Aclaremos que con la existencia del consentimiento alcanza y no importa si el material genético es propio del cónyuge o proviene de un donante.

92. Si nace dentro de los 300 días de la disolución o anulación del primero y dentro de los 180 días de la celebración del segundo, se presume que es hijo del primer cónyuge, mien-

La presunción de la paternidad del cónyuge admite prueba en contrario, a través de una acción de impugnación de la paternidad matrimonial, que veremos más adelante. Pero no rige la presunción si se utilizaron técnicas de reproducción humana asistida y el cónyuge no prestó el consentimiento para el tratamiento (ni siquiera cuando se hubiera utilizado su material genético sin su autorización).

La forma voluntaria de determinación de la filiación por parte de un progenitor es el reconocimiento ante el registro civil o bien por instrumento público (o instrumento privado si es debidamente reconocido, por ejemplo a través de la homologación). Este reconocimiento puede ser otorgado como acto de última voluntad, dentro de un testamento que contenga otras disposiciones. Una vez realizado el reconocimiento, será irrevocable y no puede ser sujeto a modalidades. Por supuesto que si una persona formula un reconocimiento (que, recordemos, se trata de un acto unilateral), el registro civil deberá inmediatamente notificar de ello a la madre y al hijo.<sup>93</sup> También puede reconocerse a una persona por nacer, pero no tendrá concreción si ese niño no naciera con vida.

El Estado asume una requisitoria hacia la mujer soltera que inscribe a un hijo pero sin identificar a su padre.<sup>94</sup> Así, el registro civil local deberá informar al Ministerio Público que buscará primero que el padre reconozca voluntariamente al hijo y, en caso de no lograrlo, demandará (en representación del niño recién nacido) al presunto padre. Se deberá “instar” a la madre a suministrar el nombre del presunto padre, junto con la información que ayude a individualizarlo. Hay que distinguir “instar” de “obligar”, ya que sería violatorio de cualquier derecho básico de la intimidad el intento de forzar a una mujer a decir con quién tuvo relaciones sexuales. La forma de redacción en este punto es peligrosa ya que parece amenazante para la madre, al alertar de manera policíaca sobre las consecuencias de una posible “manifestación falsa”.

---

tras que si nace dentro de los 300 días de la disolución o anulación del primero y después de los 180 días de la celebración del segundo tiene vínculo filial con el segundo cónyuge.

93. El artículo 573 permite reconocer a un hijo ya fallecido, pero en ese caso quien reconoce no tendrá derechos hereditarios, salvo que durante su vida le hubiere dado estado de hijo al reconocido.

94. El artículo 583 prescribe una serie de medidas administrativas en las cuales se subroga a la voluntad de la madre soltera, algo que no haría si se tratara de la inscripción de un nacimiento a través de técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos.

En los casos de técnicas de reproducción humana asistida queda determinada la filiación por el consentimiento previo. Si no existiera reconocimiento o consentimiento previo, se deberá realizar una acción de filiación para que se declare por sentencia. Pero no podrán demandar por filiación aquellos que hubieran brindado el consentimiento (previo, informado y libre), sin importar que los gametos para la formación del embrión hubieran sido aportados por ellos o por terceros. Veremos que en esta clase de procedimientos se asume un vínculo filial que no está basado en la relación biológica, por lo tanto no se podrá alegar la falta de identidad genética para impugnar la maternidad o paternidad cuando ya se hubiera dado el consentimiento para ese tratamiento que dio lugar al nacimiento del hijo.

Si una mujer convive con un hombre durante la época en la cual se produce la concepción de su hijo, se presume que ese niño nacido es hijo de ese hombre con el que convivía. Vale aquí la referencia específica al sexo de las personas (hombre y mujer), ya que no se aplicaría la presunción a las técnicas de reproducción humana asistida donde es indispensable la formulación previa y expresa del consentimiento. Esta presunción que surge de la convivencia admite prueba en contrario y podrá ser desvirtuada en el proceso, ya que esa será la vía para debatir la filiación si no hay reconocimiento. Recordemos que esta presunción no tiene la misma entidad que la atribución de la paternidad al marido.

La falta de reconocimiento de un hijo constituye un ilícito y por lo tanto puede dar lugar a una demanda por daños y perjuicios del hijo contra el padre que rehusó reconocerlo. Ya hemos visto que además conlleva como sanción la pérdida de la vocación sucesoria. Pero en ambas situaciones queda purgada la falta de reconocimiento si el presunto padre le hubiera dado a su hijo el estado de tal, o sea que se cumplieran los tres requisitos a los que aludía el derecho romano en esta materia: *nomen*, *tractatus*, *fama* (nombre, trato y fama). En tal caso no habría realmente un perjuicio más allá de lo formal porque el progenitor ocupó el lugar de tal y asumió sus deberes.

Antes de una demanda por la reparación del daño por la falta de reconocimiento voluntario, se deberá interponer demanda para obtener la sentencia judicial que declare la existencia de ese vínculo o bien su inexistencia, según de qué acción se trate. Veremos a continuación que las acciones de filiación se clasifican genéricamente en acciones de impugnación

(desplazamiento) y acciones de reclamación (emplazamiento). Las que trae expresamente nuestra legislación son las siguientes:

1. Acción de impugnación de la maternidad.
2. Acción de impugnación de la filiación presumida por la ley.
3. Acción de negación de la filiación presumida por la ley.
4. Acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley.
5. Acción de impugnación del reconocimiento.
6. Acción de reclamación de filiación.

Las acciones de filiación son irrenunciables e imprescriptibles para los hijos, aunque sí pueden prescribir los derechos patrimoniales sobre los bienes. No puede nunca confundirse una acción de filiación con el reconocimiento ya que en la acción, la filiación surge de la sentencia judicial, mientras que el reconocimiento es un acto voluntario lícito, celebrado de manera unilateral por quien reconoce a quien expresa que es su hijo.<sup>95</sup> A continuación veremos las características básicas de cada una de ellas y algunas particularidades en cuanto a legitimación, plazos y prueba.

La competencia en las acciones de filiación corresponde, como principio general, al juez del domicilio del demandado, pero hay que aclarar que para estos procesos hay derecho a elección de la parte actora cuando se trate de personas menores de edad o bien con capacidad restringida.<sup>96</sup> Por lo tanto estas personas, cuando inicien una acción de filiación, podrán optar por hacerlo ante el juez del domicilio donde tienen su centro de vida.

## ACCIONES DE FILIACIÓN

Conocer el propio origen y ocupar el estado de familia que le corresponde es un derecho básico de cualquier ser humano. Las acciones de filiación son precisamente las vías procesales para reclamar o

---

95. No existe por lo tanto una “acción de reconocimiento” y debe ser bien entendido por qué ello sería imposible.

96. El artículo 581 aquí no refiere genéricamente a discapacidad, sino específicamente a las personas con capacidad restringida, por lo tanto si se aplica de forma restringida, tal derecho de opción pertenece a aquellos que hubieren iniciado el correspondiente proceso de determinación de la capacidad de obrar y hubieran obtenido sentencia de acuerdo a lo prescripto por el artículo 32.

impugnar por un vínculo filiatorio. Se pueden dividir básicamente en dos grandes tipos: de emplazamiento o de desplazamiento.<sup>97</sup> Las primeras son para ocupar un estado de familia y las segundas, para desplazar a quien de forma errónea lo estaría ocupando. Por ejemplo, si un hijo cree que quien ocupa el lugar de su padre no lo es realmente y su vínculo biológico real es con otra persona, deberá primero (o simultáneamente) desplazar a quien tiene ese estado para luego emplazar a quien cree que lo debe ocupar (recordemos la prohibición de tener más de dos vínculos filiales). Son procesos en los que se busca emplazar o desplazar del vínculo filial a una o más personas. Si un hijo quiere desplazar a su madre, casada en el momento de la inscripción del nacimiento, necesariamente deberá demandar también a quien ostenta el estado de padre, o sea, el marido de la madre cuyo estado se está impugnando (o, al menos, su cónyuge al momento de la inscripción del nacimiento). De manera análoga, si reclama su filiación matrimonial, deberá entablar conjuntamente la acción contra ambos cónyuges a quienes considera que son sus padres biológicos.

Como ya fue desarrollado en el capítulo sobre parentesco, el vínculo filial genera derechos patrimoniales, por ejemplo, en cuanto a la sucesión en los bienes. Por lo tanto, la acción de filiación puede ser entablada luego del fallecimiento del demandado y se dirigirá contra los herederos. Para el hijo, esta acción no prescribe, e incluso si ya inició la acción y luego fallece, sus herederos podrán continuar con el proceso judicial. Incluso si no la inició, en algunas situaciones sus herederos podrían iniciarla: si el hijo hubiera fallecido siendo menor de edad o bien si fue declarado incapaz.<sup>98</sup> Además, se amplía la posibilidad para

---

97. Las acciones de filiación se clasifican en dos grandes categorías genéricas: acciones de reclamación de filiación (emplazamiento) y acciones de impugnación (desplazamiento).

98. El artículo 582 tiene una redacción que en apariencia no sería consistente con otros segmentos del mismo Código Civil y Comercial. La incapacidad es una situación extremadamente inusual y se declara solamente cuando una persona con discapacidad mental o intelectual no tiene ninguna forma de comunicación con el exterior, no puede darse a entender por ningún medio. ¿Refiere entonces este artículo realmente a la incapacidad o habrá querido decir “capacidad restringida”? Sería lamentable constatar esta clase de error en un código que fue anunciado con tanto optimismo. Pero no tiene sentido que el legislador se refiera aquí a las personas incapaces en lugar de a las personas con capacidad restringida, una situación totalmente diferente. Recordemos que si bien una sentencia judicial declara que ese individuo no tiene el discernimiento necesario para celebrar algunos actos jurídicos, sí debe participar en las decisiones que atañen a su vida, con los apoyos necesarios para lograr la mayor autonomía posible.

sus herederos al otorgarles la posibilidad de iniciar la acción si el hijo fallece antes de cumplir los diecinueve años, o sea, un año luego de haber cumplido la mayoría de edad (o también si recuperara su plena capacidad de ejercicio, por el plazo de un año luego de su fallecimiento). Finalmente hay una extensión del plazo para los familiares, también de un año, en el caso de un descubrimiento tardío de las pruebas en las que se podría fundar la acción.

Para las acciones de impugnación de la filiación (desplazamiento) el hijo está legitimado en todo momento. Si se tratara de la impugnación de maternidad, también estaría legitimada para esa acción quien ostentara el estado de madre y pretendiera hacer cesar ese estado de familia. Asimismo estaría legitimado el cónyuge de esa mujer. En realidad vemos que la legitimación para esta acción es llamativamente amplia, ya que permite que sea iniciada por cualquier tercero siempre que invoque un interés legítimo. La diferencia en las distintas legitimaciones es el plazo para interponer la demanda, ya que como dijimos antes, para el hijo no caduca ni prescribe, en cambio los demás tienen un plazo de un año luego de la inscripción del nacimiento, o bien desde que se conoció la sustitución o un hecho que trae incertidumbre acerca de la real identidad del hijo.

¿Puede un cónyuge sospechar de su vínculo biológico con su hijo? Claro que sí, hay muchos casos de hombres que han tenido dudas sobre la fidelidad de su mujer y han entablado acciones de impugnación de la paternidad. Recordemos que esa paternidad le es atribuida como una presunción por el solo hecho del nacimiento del hijo de su esposa y del vínculo matrimonial (que debe tener por lo menos ciento ochenta días de duración). El cónyuge que impugna debe demostrar que no pudo ser el progenitor del hijo que se le atribuye por la ley, para lo cual podrá utilizar todos los medios de prueba, pero la madre demandada no podrá allanarse a la pretensión y su confesión no tendrá carácter concluyente.

¿Tiene también esta posibilidad de impugnación el cónyuge, si se tratara de un matrimonio del mismo sexo? Si bien la norma no hace distinción, sabemos que en estos casos la forma de concepción no ha sido por la vía natural, por lo tanto ha sido indispensable la participación consentida de una tercera persona para el uso del material genético. No tiene mucho sentido entonces que un cónyuge del mismo sexo impugne el vínculo biológico, ya que debería saber que



la conformación de un embrión requiere de la fusión de los gametos masculinos y femeninos. De allí que no tiene razonabilidad la impugnación del vínculo filial de la cónyuge (mujer) de la madre que dio a luz, cuando debió dar su consentimiento previo al tratamiento. Pero podría darse una situación de concepción y nacimiento sin el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. ¿Qué pasaría si en un matrimonio de dos mujeres, una de ellas da a luz sin mediar el consentimiento de su cónyuge para el uso de técnicas de reproducción humana asistida? En tal caso, la esposa que no dio a luz deberá hacer uso de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.<sup>99</sup>

En el caso arriba expuesto, de impugnación de la filiación que presume la ley, también la legitimación es amplia y ambigua, ya que se autoriza a cualquiera que “invoque un interés legítimo”. Por supuesto que también están legitimados el cónyuge y el hijo. Para el hijo no hay plazo para interponer la acción, mientras que para los demás caduca al año del nacimiento. Este lapso podrá contabilizarse desde el momento en que quien impugna ha tomado conocimiento de que ese niño al que la ley le atribuye su paternidad, podría no ser realmente su hijo.<sup>100</sup> Al igual que en la acción de reclamación de filiación, aquí los herederos podrán continuar la acción iniciada o bien podrán iniciarla ellos mismos si el deceso del legitimado se produjo antes del año del fallecimiento o de tomar conocimiento. En este último caso, el plazo comienza a correr en vida del legitimado para impugnar.

La acción de negación de la filiación presumida por la ley puede ser entablada por el cónyuge cuando descubre que su mujer estaba esperando el hijo de otra persona y ese niño nace dentro de los primeros ciento ochenta días luego de celebrado el matrimonio. Para interponer judicialmente esta acción de negación hay un plazo de un año luego de producida la inscripción del nacimiento o bien desde el momento en que

99. Es cierto que suena inusual que una mujer deba aclarar que no concibió naturalmente a un hijo con su esposa, pero la presunción de filiación en los matrimonios no ha tenido en cuenta la distinción que surge de la realidad.

100. Esta clase de redacción normativa da lugar a ambigüedades: ¿cómo acreditar el momento en que se recibió una información que, por su propia naturaleza, es de circulación muy discreta? Queda un exagerado margen de discrecionalidad a la ponderación judicial acerca de esa definición, ya que finalmente se trata de creer o no en una manifestación unilateral de quien quiere impugnar. Sería mucho más transparente y consistente otorgar a todos una legitimación sin plazos, tal como se hace respecto de los hijos.

recibió algún dato que lo llevara a sospechar que ese hijo no era suyo. Es una acción bastante similar a la ya mencionada acción de impugnación de la filiación. De hecho, si no prosperara esta acción de negación, quien la hubiera intentado podrá interponer la acción de impugnación.<sup>101</sup>

La acción preventiva de impugnación de la filiación que presume la ley se puede interponer antes del nacimiento del presunto hijo. Al igual que en las dos acciones anteriores, el o la cónyuge (en el caso de matrimonio entre dos mujeres) tienen la legitimación, pero también cualquier tercero que invoque un interés legítimo. Incluso la propia madre podría interponerla. Si esta acción prospera, cuando se inscriba el nacimiento de ese niño no operará la presunción de filiación sobre el o la cónyuge de la madre. No hace falta reiterar que aquí tampoco podría aplicarse para los casos de técnicas de reproducción humana asistida cuando se hubiera prestado el correspondiente consentimiento.

Finalmente, también puede ser impugnado el reconocimiento, tal como cualquier acto jurídico. Nos referimos a los hijos nacidos fuera del matrimonio, ya que en el caso de los nacidos dentro de aquel regiría la presunción de filiación que establece la ley. Esta acción de impugnación de reconocimiento puede ser interpuesta por los propios hijos, en todo momento. Al igual que las anteriores acciones, puede tener legitimación cualquier persona siempre que invoque un interés legítimo, pero también por el plazo de un año del reconocimiento o desde que se tomara noción de la sospecha de no tratarse realmente del propio hijo. Nuevamente hay que reiterar que esta impugnación no puede ser aplicable a aquellos casos de utilización de técnicas de reproducción humana asistida, cuando se había prestado ya el consentimiento.

Como en cualquier proceso de conocimiento, en las acciones de filiación hay amplitud probatoria y es conveniente preparar una demanda de manera prolija y consistente, ofreciendo toda la prueba posible. Por supuesto que es imposible desconocer que en esta clase de procesos la prueba genética ocupa un indiscutible sitio en todo el mundo, ya que otorga un altísimo grado de certeza sobre la identidad de dos personas entre sí. Incluso como una particularidad procesal, la

---

101. El último párrafo del artículo 591 prescribe que no prosperaría la acción de negación de la filiación matrimonial si quien la interpone en realidad sí tenía conocimiento del embarazo, o también si luego del nacimiento hubo posesión de estado de hijo (algo que sería la conducta esperable en cualquier progenitor).

norma de fondo otorga a los jueces la potestad de ordenar esa prueba de oficio. Los avances científicos han logrado que la comparación entre material genético no sea solamente válida cuando se hace con el demandado, sino que también funciona de forma confiable si se hace con un pariente consanguíneo (por naturaleza) cercano. También puede hacerse con posterioridad a la muerte, con material genético de una persona fallecida, para lo cual se requerirá al juez que autorice la exhumación del cadáver. El magistrado podrá optar entre esta operatoria o la prueba genética sobre el material genético de los padres biológicos del difunto, si estuvieran vivos.

¿Es posible obligar a alguien a someterse a la prueba genética? Si bien existe el principio de buena fe procesal por el cual cada una de las partes debería poner a disposición la prueba de la que disponga, la extracción compulsiva de sangre es una medida que excede cualquier test de razonabilidad y por lo tanto no puede ser exigida por la fuerza. No hay que olvidar que rige la garantía constitucional de cada individuo a negarse a declarar en su contra. También hay que considerar el derecho de disponer de su propio cuerpo. Esta imposibilidad de forzar a alguien a prestarse a la prueba biológica se basa entonces en dos garantías constitucionales, la de no autoincriminarse y la vinculada al derecho sobre su propio cuerpo. Por lo tanto, no puede forzarse una extracción de sangre ni de ningún material genético. Pero de cualquier manera sí se tomará en cuenta en el proceso esa reticencia como un indicio grave.<sup>102</sup> Un demandado renuente a realizarse la prueba genética quedará en una situación procesal muy difícil de revertir, ya que está impidiendo que se conozca con certeza si hay o no un vínculo biológico con la parte que demanda por filiación.

Luego de iniciado el juicio de reclamación de filiación, el hijo menor de edad podría peticionar al juez que fije alimentos provisionales. El juez deberá analizar la verosimilitud de esta petición y si la otorga, también deberá fijar el monto. Recordemos que los alimentos son irrevocables, por lo tanto, aunque luego no prospere la acción de filiación, el demandado no recuperará lo que hubiere aportado en ese concepto.

---

102. Es común escuchar que erróneamente se confunde con una "presunción". Un indicio se acerca a un hecho comprobado y ayuda a formar convicción, pero no es lo mismo que una presunción, que es una proposición que se tomará por verdadera salvo que se la logre desvirtuar con pruebas.



## CAPÍTULO 8

# RESPONSABILIDAD PARENTAL

*Un padre que da consejos,  
más que padre es un amigo  
y así como tal les digo  
que vivan con precaución  
que nadie sabe en qué rincón  
se esconde el que es su enemigo.*

**José Hernández**  
*Martín Fierro*

### TITULARIDAD, EJERCICIO Y CUIDADO PERSONAL

La ley argentina utiliza el término genérico “progenitores” en lugar de “padre”, “madre”, o bien “padres”, que en la gramática del idioma español comprendería a ambos. El término elegido por la ley tiene como propósito que no se asuma *a priori* si nos estamos refiriendo a un hombre o a una mujer, así como tampoco si se trata de una pareja heterosexual u homosexual. Es una medida de corrección política, seguramente de nobles intenciones, pero que a veces le puede restar precisión al lenguaje jurídico y eventualmente puede provocar equívocos. De cualquier forma, veremos que no es nada que no tenga solución y que esa ambigüedad que nos presenta una palabra genérica y neutra se puede sortear sin demasiada dificultad.<sup>103</sup>

Los progenitores tienen, hacia su hijo menor de edad, una serie de deberes y derechos que se agrupan en lo que nuestra ley denomina “responsabilidad parental”. Tal responsabilidad rige desde la concepción de ese hijo hasta su emancipación legal o hasta que cumpla la mayoría de edad. La responsabilidad parental se enfoca especialmente en algunos aspectos de la vida del hijo como la crianza y la asisten-

---

103. Nos hallamos en un tema que pone en tensión los conflictos contemporáneos en torno a la división sexual del trabajo doméstico, por lo cual la necesidad de avanzar hacia condiciones de igualdad hizo que el legislador pusiera un celoso énfasis en la terminología.

cia. Pero también veremos que tal responsabilidad se asume hacia la comunidad a partir de principios obligatorios. El sistema legal obliga a los progenitores a que sus hijos menores de edad transiten por la educación formal, a que tomen las medidas sanitarias que correspondan (controles médicos, vacunación, tratamientos) y a que no provoquen daños de cualquier clase a otras personas. Es necesario resaltar entonces que asumir la decisión de tener descendencia implica una severa e irrenunciable responsabilidad y no solamente ante los propios hijos, sino también ante el resto de la sociedad.

Entre los deberes de los progenitores se halla prioritariamente el respeto por tres principios fundamentales y que fueron incorporados a nuestra legislación a través de la Convención sobre los Derechos del Niño. Nos referimos específicamente al interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído. Por otra parte, los hijos tienen el deber de respetar y obedecer a sus progenitores, siempre que este cumplimiento de las decisiones de los adultos no entre en colisión con el interés superior del niño. También los hijos deben colaborar con sus progenitores y otros ascendientes, siempre de acuerdo a sus posibilidades y circunstancias.

Hoy vemos de forma natural que las familias tienen relaciones más horizontales que hace algunos siglos.<sup>104</sup> Se produjeron transformaciones legales y sociales en la mayoría de los países del mundo durante el siglo XX, que generalmente han tendido a un mayor respeto por la subjetividad de los niños, las niñas y los adolescentes. Se trató de un proceso muy paulatino, con modificación en las pautas culturales especialmente en los países occidentales, y no de un cambio abrupto

---

104. En la antigua Roma, los padres de familia tenían poder absoluto sobre sus hijos, algo que tiene continuidad en muchas legislaciones, como en Las Partidas, texto español de 1260 que rigió durante siglos y significó una enorme influencia en la América colonial. No debemos pasar por alto que el rigor del antiguo derecho romano fue mitigado en parte por las nociones de piedad que trajo el cristianismo como fenómeno religioso, político y cultural en el mundo de Occidente. Se consideraba que ser padre implicaba un oficio (*officium*) en términos de equiparar esa situación al cumplimiento de ciertas reglas de las que el individuo no podía apartarse sin ser condenado socialmente. El rol de la madre fue paulatinamente ganando espacio en las normas y podemos citar como antecedentes a los Fueros de Teruel y el Fuero de Cuenca, en el siglo XII. Recordemos que la legislación española fue una de las más claras y sistemáticas del período medieval en Europa, con enorme influencia del derecho romano y particularmente a partir de los aportes de Alfonso XIII, conocido como Alfonso el Sabio.

producido por la legislación. La crianza siempre implica algunos conflictos intergeneracionales, pero también veremos que la institución de la responsabilidad parental abarca discusiones entre adultos por la influencia en la vida de los hijos en común. Como ya dijimos, para la ley argentina derivan tres figuras de la responsabilidad parental, aunque con algunas superposiciones. En primer lugar, la titularidad y el ejercicio, en segundo lugar el cuidado personal y finalmente la guarda otorgada judicialmente a un pariente.

Antes que nada hay que aclarar que nuestra ley hace una sutil diferencia entre titularidad y ejercicio, dos términos que tienen distinto alcance. Los progenitores son titulares de la responsabilidad parental sobre sus hijos y, salvo algunas situaciones muy particulares (suspensión o privación), la ejercen hasta que estos llegan a la mayoría de edad o bien hasta que se emancipan. La privación de la titularidad de la responsabilidad parental es una situación extremadamente inusual y se produce solamente ante graves casos. El ejercicio conjunto de la responsabilidad es lo deseable, aunque no constituyan una pareja. Si fallece alguno de ellos quedará la titularidad y el ejercicio a cargo exclusivamente del progenitor vivo. De igual manera, si uno de ellos sufre la privación o la suspensión de la responsabilidad parental, será el otro progenitor quien la ejerza.

¿Por qué es tan importante determinar la titularidad y el ejercicio? Por muchos motivos, pero uno de ellos tiene que ver con la responsabilidad civil por los daños provocados por los hijos menores de edad. He allí una de las expresiones de la obligación de los progenitores ante la comunidad por sus hijos. Otro motivo es la representación que deben ejercer los progenitores para que su hijo menor de edad pueda celebrar ciertos actos jurídicos. Recordemos que si bien las personas menores de edad tienen capacidad jurídica, no tienen capacidad para ejercer por sí mismos algunos actos y necesitan de la representación de sus progenitores. Veremos además que hay actos que los hijos pueden celebrar con la autorización de uno de sus progenitores, mientras que para otros se requiere la expresa participación de ambos.

Cuando ambos progenitores conviven y uno de ellos realiza un acto que tiene que ver con el ejercicio de la responsabilidad parental, la ley presume que lo hizo con la conformidad del otro. Si el otro progenitor hubiera expresado fehacientemente su disconformidad, entonces tal

presunción no existe para ese acto específico. El límite de la presunción serán aquellos actos donde se debe prestar un consentimiento expreso por parte de ambos. Por ejemplo, no se puede presumir la autorización para que el hijo menor de edad viaje al exterior. Los progenitores pueden tener disidencias, que si fueran graves y continuas pueden derivar en que uno de ellos pida que se le atribuya con exclusividad el ejercicio. Esto tramitará judicialmente y el juez podrá elegir a uno de ellos o bien deberá buscar alternativas o modalidades que sean las más convenientes para el interés del hijo menor de edad.

El ejercicio conjunto tiene otra dificultad y es la posible desavenencia respecto de la crianza y la falta de acuerdo respecto de algunas medidas. ¿Qué hacer cuando entre los progenitores hay desacuerdos continuos sobre la crianza de los hijos? En esos casos existe la posibilidad de acudir al juez, que deberá resolver el caso a través del procedimiento más rápido posible y siempre que fuera posible garantizando el derecho a ser oído del niño. En los procesos en los cuales se tratan estos temas debe intervenir necesariamente el Ministerio Público y el juez debe tender a la intermediación a través de entrevistas personales con los progenitores. ¿Qué pasa si estos desacuerdos persisten de forma reiterada? Para que no se resientan las funciones el juez podría ordenar que los progenitores asistan a una mediación, y si subsiste la imposibilidad de acordar, puede distribuir tareas diferenciadas entre ambos. Llegado el caso, puede atribuir exclusivamente las funciones a uno de ellos por un plazo máximo de dos años.

Los hijos menores de edad siempre deben estar al cuidado de un adulto y si por un motivo justificado no pudieran tomar esa función los progenitores, podrán delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente. Esta delegación debe ser homologada por la autoridad judicial y durará por el término de un año. Cumplido ese lapso se podría renovar, siempre con la debida participación del hijo en el ejercicio de su derecho a ser oído. Es una de las situaciones en las cuales no coinciden la titularidad y el ejercicio, ya que la primera sigue en cabeza de los progenitores, que pueden supervisar la crianza aunque sus hijos convivan con el pariente designado.

Claro que no siempre los progenitores son propiamente adultos, los adolescentes también pueden tener hijos y el hecho de que sean menores de edad no los priva del ejercicio de la responsabilidad



parental. Esto no se altera por estar ellos mismos bajo la responsabilidad parental de sus progenitores (los abuelos de los niños). Pero si bien los abuelos no ejercen directamente la responsabilidad parental sobre sus nietos, si consideraran que sus hijos adolescentes no están cumpliendo acabadamente las funciones básicas y necesarias, pueden intervenir y proponer medidas para la crianza. También pueden oponerse a actos que crean que serán perjudiciales para sus nietos. Esto se aplica a través de la necesidad de contar con el consentimiento de los padres y el asentimiento de los abuelos para algunos actos trascendentes en la vida del niño, de manera de contar con un doble control. Y si hubiera contradicciones insalvables entre padres y abuelos sobre aspectos importantes en la crianza del niño, deberá intervenir el juez a través de la vía procesal más rápida prevista en el ordenamiento local.

Tal como fue anticipado, algunos actos requerirán del consentimiento expreso de ambos progenitores, por tratarse de decisiones que pueden tener alto impacto en la vida de un niño o adolescente.<sup>105</sup> Entre ellos, para salir del país, autorizar a contraer matrimonio (a un adolescente de dieciséis o diecisiete años) o ingresar a una orden religiosa, a las fuerzas armadas o a las de seguridad. También para estar en juicio (en supuestos en que no podría estar por sí mismo, como en juicio laboral) y para administrar los bienes de los hijos. Si la negativa de uno de los progenitores a prestar el consentimiento fuera irrazonable o contraria al interés del hijo, el juez podrá resolver igualmente y autorizar el acto, debiendo escuchar a los niños, y si fueran adolescentes se requerirá su consentimiento expreso. También se tomará la vía del pedido de autorización judicial si fuera imposible, por otras causas, que el progenitor diera el consentimiento.

Cesa la responsabilidad parental porque se extingue o bien porque se produjo un hecho grave y un proceso judicial que lleva a la privación o la suspensión del ejercicio. Veremos más adelante cuáles son las circunstancias de cada caso y también la posibilidad de rehabilitación de la responsabilidad parental. Como ya se adelantó, la titularidad de la responsabilidad parental se inicia con la concepción del hijo y se extingue cuando este alcanza la mayoría de edad, o sea, a los dieciocho años. Pero también se extingue por el fallecimiento del progenitor o el hijo, así como también si el progenitor decide dedicarse a la vida

---

105. El artículo 645 trae cinco actos que requieren el consentimiento expreso de ambos progenitores, pero no tienen la misma trascendencia fáctica.

religiosa.<sup>106</sup> También hay extinción de la responsabilidad cuando los hijos son legalmente emancipados y cuando se concreta la adopción del hijo por otra persona.<sup>107</sup> La privación de la responsabilidad o la suspensión del ejercicio son medidas que se toman como sanciones por conductas graves que tienen al propio hijo como víctima. La privación puede ser definitiva o temporaria, según si ese progenitor demuestra que se justifica la rehabilitación. Esta medida rehabilitadora deja sin efecto la privación, pero antes de ser decidida debe demostrarse que es claramente beneficiosa para el interés del hijo.

Hay varias causas para la privación de la responsabilidad parental, como haber cometido un delito doloso contra la persona o los bienes de su hijo. Incluso puede no haber cometido él mismo el delito pero sí haber participado como coautor, instigador o cómplice. Esta causal tiene como requisito que se hubiere condenado penalmente a quien cometió el delito. Sin llegar a la condena por un delito, también es causa de privación el sólo hecho de poner en riesgo la seguridad, la salud física o psíquica del hijo. Se trata de una causal un poco amplia y que seguramente requerirá de un análisis judicial muy prudente. Otro motivo para declarar la privación de la responsabilidad parental es que el progenitor abandone a su hijo. Esto implica que el niño o adolescente quede en “estado de desprotección”, lo cual implica una condición objetiva.<sup>108</sup> Veremos más adelante que esta clase de conducta puede dar lugar a la declaración del estado de adoptabilidad de un niño o adolescente.

---

106. El artículo 699 del Código Civil y Comercial usa una antigua fórmula retórica: “profesión del progenitor en instituto monástico”, sin identificar a qué clase de instituciones refiere específicamente. En cualquier caso, parece demasiado comprensiva esta situación y no se condice con la rigurosa obligatoriedad que tiene nuestro código respecto de esta responsabilidad. Se hace una excepción muy ventajosa para la elección de vida en instituciones religiosas.

107. Esta disposición no aplica si quien adopta es el cónyuge o conviviente del progenitor. En el caso de la extinción de la titularidad de la revocación de la responsabilidad parental por causa de adopción, quedará restituida la titularidad si la adopción fuera revocada o anulada.

108. Curiosamente el artículo 700 del Código Civil y Comercial considera que se puede producir este abandono inclusive cuando el hijo quedara bajo el cuidado personal del otro cónyuge o la guarda de un tercero. De esta forma amplía peligrosamente la noción que no es meramente objetiva (el ya difuso concepto de “estado de desprotección”). ¿Puede alguien dejar en abandono a alguien que no está desprotegido? ¿Por abandono se refiere nuestra ley a la atención personalizada del propio progenitor? ¿Avanzamos hacia una noción de abandono más afectiva que material?

La suspensión es una medida temporaria y obedece a la imposibilidad de ejercer efectivamente la responsabilidad parental. Así sucede, por ejemplo, cuando hay ausencia con presunción de fallecimiento o mientras dure una condena privativa de la libertad (de más de tres años) o cuando el progenitor tuviere graves padecimientos mentales que le impidan el ejercicio. Esto último deberá ser debatido en el marco de un proceso de restricción de la capacidad de obrar.<sup>109</sup> La privación o la suspensión de la responsabilidad parental pueden recaer sobre uno de los progenitores o sobre ambos. En el segundo caso será necesario apelar a la tutela o incluso pensar en la adopción, siempre con el tamiz del interés superior del niño o adolescente.

Los progenitores tienen deberes exigibles que apuntan a la asistencia, crianza, educación y cuidados vitales de sus hijos, de acuerdo a las condiciones y el desarrollo psicofísico. Siempre respetando los principios que enuncia la ley con relación a la responsabilidad parental: el interés superior del niño, el derecho a ser oído y la capacidad progresiva. Se trata de una labor en la cual se prioriza la constitución de un entorno afectivo que facilite un ambiente armónico para la crianza. Pero también los progenitores tienen el deber de representar a su hijo menor de edad en muchos actos y de administrar el patrimonio de este, si lo tuviera. El deber de crianza abarca también la posibilidad de corrección del hijo, pero no el castigo físico, que es inadmisibles.<sup>110</sup>

Llegamos entonces a aquella figura que deriva de la responsabilidad parental y que se denomina “cuidado personal”, que no se diferencia mucho de lo que vimos como ejercicio de la responsabilidad parental. El cuidado personal compartido, a su vez, se distinguiría entre alternado o indistinto, según las definiciones que trae nuestra ley.

---

109. El artículo 702 deja abierta la posibilidad a una causal en blanco, que podrá ser completada por leyes especiales, que contemplen la opción de una separación por razones graves y que deriven en la convivencia del hijo con un tercero. La ambigüedad de la conducta referida hubiera hecho preferible omitir el último inciso “d” y que esta posibilidad quedara subsumida en los anteriores incisos. De hecho justamente una ley especial lo que hace es incluir nuevas situaciones, que de hecho modifican el Código Civil y Comercial.

110. El artículo 648 formula una definición operativa enunciando que bajo la noción de “cuidado personal” hay que considerar incluidas a las facultades y los deberes que tienen los progenitores sobre la vida cotidiana de sus hijos. Los padres deben velar por el bienestar físico y psicológico de sus hijos y si lo consideran necesario podrán recurrir a servicios estatales de orientación.

Los cuidados personales alternados consistirían en convivir de forma ordenada por períodos con cada uno de los progenitores, a partir de una agenda programada de manera previa, mientras que en la modalidad del cuidado personal indistinto, el hijo reside en el hogar de uno de sus progenitores de forma principal, pero también en este caso se comparten decisiones y actividades cotidianas.<sup>111</sup>

Como regla general se buscará que el cuidado personal compartido tenga la modalidad indistinta, pero esto dependerá de la situación de ambos progenitores y del interés superior del hijo. Sea como fuere, siempre se debe velar por mantener la comunicación fluida entre el hijo y el progenitor no conviviente. Y cuando, de forma excepcional, el cuidado no fuera compartido sino unilateral, el otro progenitor deberá prestar de manera permanente un deber de colaboración. Esta labor conjunta de los progenitores, aunque no sean pareja, busca garantizar la estabilidad afectiva y material de los hijos menores de edad. Para ello se ha impuesto desde hace varios años la noción de “centro de vida” como el espacio donde vive y se desarrolla la persona. El objetivo de esto es brindar la mayor estabilidad y armonía en lo material y lo afectivo al niño durante su etapa de maduración. Por ello también se tendrá en cuenta con respecto a cuál será el juez competente en las causas en las que tramiten derechos de niños, niñas y adolescentes.<sup>112</sup>

---

111. No queda claro qué pasaría si el hijo conviviera unos días con un progenitor y otros días con el otro sin una agenda preestablecida, o cómo encajarían los cambios producidos por situaciones de conflictos familiares. No es una distinción muy clara y habría que analizar si tiene mucho sentido que se incluyan estas definiciones cuasi teóricas en las normas. El artículo 650 da la definición de cada una de las modalidades del cuidado personal, lo cual no parece ser una forma acertada de legislar, ya que un juez no necesita que la ley tenga estas definiciones, nuevamente el legislador cree que puede dictar cómo funciona la realidad, cuando el objetivo de las normas jurídicas debe ser prescribir consecuencias jurídicas a partir de ciertas conductas o situaciones. El optimismo legislativo hace que se crea que por prescribir algo, eso constituirá la realidad. Precisamente aquí la norma prescribe una forma de categorizar, una clasificación, y es usual ver que la realidad supera largamente estas formulaciones legislativas, por lo cual no se entiende por qué se incluyen tales definiciones en una norma. ¿Qué sucederá cuando la realidad no encaje en la clasificación que hizo el legislador? ¿Acaso cree el legislador que en estas definiciones básicas abarca todas las posibilidades?

112. El artículo 716 impone justamente el juez del domicilio del menor de edad, considerando que ello apunta a proteger el interés superior del niño que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño y el propio Código también resalta como principio.

El régimen de comunicación entre un progenitor y sus hijos no debe ser perturbado ni interrumpido por el otro progenitor, salvo que hubiera un motivo muy grave que justifique esa medida. En cualquier caso, no podría ser una medida unilateral y debe ser debatido en un proceso judicial. Si se hubiera fijado un régimen de comunicación y uno de los progenitores lo incumpliera de manera reiterada, el juez puede dictar medidas para asegurar el cumplimiento efectivo. En varias provincias ya existen listados oficiales en los cuales se registra a quienes obstaculizan este régimen de comunicación. El juez tiene facultades para dictar sanciones conminatorias o cualquier otra medida innominada, siempre con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad. Pero además de las sanciones civiles, la conducta de impedir la comunicación con el otro progenitor constituye un delito.<sup>113</sup>

Si el cuidado personal fuera unilateral, para determinar cuál de los dos progenitores es el indicado para llevar adelante la tarea, el juez deberá evaluar varios aspectos: edad y opinión del hijo, su estabilidad respecto al centro de vida y cómo el progenitor al que se asigne el cuidado personal podrá facilitar la comunicación fluida del hijo con el otro progenitor. Cada uno de los progenitores tiene el deber de mantener informado al otro acerca de todo lo que afecte al hijo en común. Incluso pueden elaborar entre ambos lo que la ley denomina un “plan de parentalidad” que si fuera necesario se presentará ante el juez. Ese plan debería contener un esquema de cómo entre ambos progenitores se distribuyen las actividades vinculadas a la crianza del hijo, y la distribución del tiempo de convivencia y las formas de comunicación con ambos progenitores, incluyendo los períodos de vacaciones. Si no existiera consenso entre los progenitores sobre este plan o bien el juez no homologara lo que ellos presentan, será justamente el magistrado quien decida sobre esos aspectos.<sup>114</sup> El otorgamiento de la guarda a un pariente puede tener un plazo máximo de un año pero se puede prorrogar por otro más si subsisten

---

113. La Ley N° 27240, sancionada en noviembre de 1993 impone sanciones de prisión para ese progenitor que impide arbitrariamente la comunicación con el otro, siendo más graves las penas si el hijo es mejor de diez años o es una persona con discapacidad. El artículo 72 del Código Penal la considera como una acción de instancia privada.

114. Este poder que tiene el juez sobre los hijos menores de edad incluso contra la voluntad de los progenitores muestra que en la ley argentina está muy presente la perspectiva tuitiva (casi paternalista) del Estado sobre los individuos.

las circunstancias graves. Mientras tanto este guardador deberá tomar decisiones cotidianas y tiene facultades para ello. ¿Qué sucede si luego de dos años se mantiene la gravedad para el o los niños? El juez deberá buscar otra solución, posiblemente la declaración de adoptabilidad y la búsqueda de una familia adoptiva.

Los progenitores eligen el nombre de sus hijos. Nuestro ordenamiento legal exige a todos los seres humanos el uso de nombre y apellido, que son asignados según una serie de normas en las que se combinan la elección de los padres, del propio titular y también del Estado, que busca resguardar la seguridad jurídica con relación a la identidad de los individuos. Es así que existen reglas a las cuales debemos adecuarnos en la elección y uso del nombre. Los progenitores eligen los nombres de sus hijos con el apellido de padre y madre, sin un orden preestablecido. Puede ser uno o ambos, en el orden que dispongan, claro que si no estuvieran de acuerdo los dos progenitores se deberá sortear el orden. Cuando el hijo tuviera la madurez suficiente podrá también elegir si mantiene el uso de los dos apellidos o, si hubiera sido inscripto con uno solo, adiciona el del otro progenitor. Ahora bien, la norma impone que todos los hijos de un mismo matrimonio tienen la obligación de llevar el mismo apellido (único o integrado por los de ambos progenitores).<sup>115</sup> Esto hace que la decisión que se tome respecto del primer hijo prefigure la inscripción de sus hermanos nacidos con posterioridad. Recordemos que el nombre se puede modificar a lo largo de la vida (esto rige tanto para el prenombre como para el apellido). Por supuesto que ello requerirá la expresión de justos motivos, que serán evaluados por un juez.

Si ese progenitor que convive con sus hijos menores de edad celebra matrimonio, el nuevo cónyuge tendrá el carácter de progenitor afín de esos niños o adolescentes. De igual manera para el caso de la unión convivencial. Se llama progenitor afín al cónyuge o conviviente del progenitor de un hijo que vive con él (en otro tiempo se los llamaba coloquialmente “padrastro” o “madrastra”). Así, esta persona constituye una figura adulta con la cual ese niño o adolescente tendrá una referencia de crianza. Esto implica deberes para ese adulto, como

---

115. El artículo 64 del Código Civil y Comercial plantea varias de las características que tendrá la inscripción del apellido. En cuanto a la inscripción de un hijo extramatrimonial, si tiene un sólo vínculo de filiación establecido, deberá ser inscripto con el apellido de ese progenitor.

cooperar en la educación de los hijos de su pareja y también colaborar con las tareas cotidianas, o sea, participar en los cuidados personales. Esta figura del progenitor afín tiene un carácter subsidiario, o sea que nunca tendrá preponderancia en las decisiones sobre el hijo contra el criterio de los progenitores del niño o adolescente. Pero constituye una figura que en la práctica tiene mucha ascendencia y por eso le podría ser delegado el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de su cónyuge, aunque solamente por un período de tiempo acotado, en el cual este último no pudiera hacer frente a esa obligación. Se trata de un acto que debe ser expresamente aceptado y consensuado por el otro progenitor del niño o adolescente. En ausencia de ese acuerdo, la delegación del ejercicio deberá ser homologada por el juez.

## ALIMENTOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

La obligación alimentaria que se deriva de la responsabilidad parental es la más intensa. La comparten ambos progenitores y forma parte del deber de asistencia, de conformidad a la condición y fortuna que puedan tener. Si bien la responsabilidad parental cesa con la mayoría de edad del hijo, o sea a los dieciocho años, la obligación alimentaria se extiende hasta los veintiuno. Podría el progenitor exceptuarse de esa obligación si demostrara que su hijo, ya mayor de edad, tiene recursos propios y por lo tanto puede procurarse su propia manutención. De lo contrario, se mantendrá la obligación derivada de la responsabilidad parental e incluso podría extenderse hasta los veinticinco años para los casos en los cuales el hijo se hallare estudiando una carrera universitaria o un oficio. En este caso el hijo debería acreditar que la capacitación le impide obtener un empleo con el cual mantenerse por sí mismo.<sup>116</sup>

Los rubros que abarcará la cuota alimentaria derivada de la responsabilidad parental comprenden las obligaciones básicas que están a cargo de los progenitores, o sea asistencia (habitación, alimentación, vestimenta, salud) y crianza (educación, formación para el empleo y esparcimiento). La forma de pago preferente es en dinero, pero se acepta que se cubra en especie, siempre tomando en cuenta las posibilidades del obligado y las necesidades del hijo. Ambos progenitores están obliga-

---

116. El artículo 663 otorga la facultad de reclamar esta extensión en la edad tanto al propio hijo como también al progenitor con quien convive.

dos a contribuir y se debe considerar como un valor económico al aporte que haga el progenitor que se encarga de las tareas cotidianas.

Para reclamar alimentos, el progenitor que esté a cargo del cuidado personal podrá demandar al otro, en representación del hijo. Claro que aunque se hubiera acordado que el cuidado personal estuviere compartido, ambos deberán aportar alimentos. Si el hijo, a pesar de su minoría de edad, tuviera la madurez suficiente, podrá reclamarlos por sí, pudiendo tener su propio abogado. Ahora bien, si por el motivo que fuere, el otro progenitor no reclamara ni tampoco el propio hijo, tendrán legitimación los parientes o el Ministerio Público.<sup>117</sup>

¿Y si el hijo es mayor de edad y no activa el reclamo? Como vimos antes, la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental subsiste hasta los veintiuno (21) o incluso podría ser hasta los veinticinco (25) años, según si el hijo se está capacitando. Pero podría darse el caso en el cual ese hijo no promueva la acción de alimentos, en cuyo caso será el progenitor que convive con él quien pueda hacerlo, aun cuando ya hubiere cesado la responsabilidad parental. En este caso, este progenitor conviviente podrá cobrar y administrar las cuotas devengadas, pero también podrá pactarse (o ser fijado por el juez) que la contribución sea pagada directamente al hijo mayor de edad y administrada por él mismo.

El progenitor que sufraga los alimentos puede solicitar la reducción de esa cuota, recordemos que pueden aumentarse o disminuir los montos si se modifican las condiciones y circunstancias de cualquiera de los involucrados o bien el contexto social (por ejemplo, si el obligado perdiera su empleo o tuviera una drástica disminución en sus ingresos). De manera análoga, también podrán incrementarse esos montos. En cualquier caso, el *quantum* de una cuota puede debatirse en cualquier momento a través de los respectivos procesos incidentales.

Como ya fue dicho en el capítulo sobre filiación, durante el proceso de reclamación el juez podrá fijar alimentos provisorios siempre que haya verosimilitud en el vínculo reclamado. Incluso ese pedido de alimentos provisorios podría ser anterior a la iniciación del juicio, aunque en este caso se fijará un plazo para que efectivamente se inicie la acción de reclamación. En caso de no iniciarse el proceso en tal lapso, cesará la cuota. También corresponderá la fijación de alimentos

---

117. El artículo 661 expone esta legitimación promiscua y amplísima, ya que no aclara hasta qué grado de parentesco se aplica.



provisorios para la mujer embarazada y a su hijo por nacer, por parte del presunto padre y siempre que también haya verosimilitud acerca del vínculo. Y, aunque luego se comprobara que no se trataba realmente del padre y no se estableciera el vínculo filial, los alimentos ya percibidos serán irrepetibles.

Cuando el cuidado personal sobre un hijo es compartido entre los dos progenitores, ninguno de ellos debería pagar una cuota al otro ya que cada uno se haría de los gastos de manutención mientras el hijo esté bajo su cuidado. Esta neutralidad se puede dar solamente en el caso en que los ingresos económicos de ambos progenitores fueren equivalentes. Claro que habrá gastos que se deben efectuar fuera del hogar y ambos progenitores deben ponerse de acuerdo para sufragarlos conjuntamente. Si los recursos económicos difirieran entre los dos progenitores, quien tiene mayor caudal debe aportar al otro de forma de lograr que el hijo goce del mismo nivel en ambas viviendas.<sup>118</sup>

Si el progenitor obligado al pago de una cuota alimentaria no pudiese afrontar tal obligación, el hijo (si fuera necesario con la representación de su otro progenitor) podrá demandar a sus abuelos, es decir, a los ascendientes del progenitor inicialmente obligado. No hace falta primero litigar contra el progenitor, se pueden iniciar ambas peticiones de manera simultánea y en el mismo proceso. Lo que sí deberá probarse para que pueda tramitar esta acción ante los abuelos es que existen dificultades reales para la percepción de los alimentos por parte de quien está originalmente obligado. Esta comprobación no necesita ser concluyente, pero sí brindar verosimilitud para que pueda incluirse a los ascendientes del obligado. Si la demanda contra el progenitor fuera anterior y de allí surgiera la dificultad en la ejecución de las cuotas alimentarias, se tomará como comprobación y habilitará sin más la acción contra los abuelos.

Más allá de los alimentos provisorios que pueden ser fijados durante el proceso, cuando finalice el juicio alimentario con la correspondiente sentencia, esta tendrá efecto retroactivo al momento de la interposición de la demanda o al momento de intimación fehaciente al pago de alimentos que se hubiera realizado antes de la demanda, con la condición de haber iniciado el juicio en un lapso no mayor a los

---

118. Esta forma de redistribución que trae el artículo 666 del Código Civil y Comercial no es sencilla de evaluar y parece más bien una expresión de deseos que una prescripción clara y coherente.

seis meses desde esa intimación. Sin embargo, por el período anterior, el progenitor que tuvo a su cargo los gastos emergentes del cuidado personal puede pedir un reembolso al otro que no hubiere aportado.

La obligación de asistencia y específicamente de los alimentos a los hijos menores de edad es un deber permanente e indispensable. Recordemos que los progenitores siempre están a cargo de la obligación alimentaria, inclusive cuando una sentencia judicial hubiere dictado la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental o incluso la privación. La distancia no disminuye su obligatoriedad, aun en situaciones de alejamiento del propio hijo menor de edad. Así, en una curiosa innovación, nuestra legislación prevé un procedimiento especial para aquellos casos en los cuales un hijo se hallare muy lejos de su hogar y alejado de sus progenitores. O sea, se trata de la situación en la cual un hijo está a una gran distancia de sus progenitores, ya sea dentro o fuera del país, sin poder hacer frente a sus gastos más acuciantes. En tal circunstancia ese hijo podrá solicitar autorización para endeudarse al juez local o, si fuera en el extranjero, a la representación diplomática argentina.<sup>119</sup>

La obligación alimentaria incluye, de manera sorprendente, a los denominados progenitores afines. Es decir que quien contrae matrimonio o convive con otra persona que tiene hijos menores de edad que están bajo su cuidado personal, tendrá para con esos niños o adolescentes una obligación alimentaria de carácter subsidiario. Esa obligación está vigente mientras se mantenga el vínculo de pareja con el progenitor del hijo a quien se brinda alimentos. Pero en casos de grave necesidad por parte del niño o adolescente, tal obligación alimentaria puede subsistir a modo de una cuota asistencial, aunque sería transitoriamente y según las posibilidades del obligado y el tiempo de convivencia.<sup>120</sup>

---

119. El artículo 667 incluye una posible solución para que los padres sostengan económicamente a sus hijos cuando se hallaren lejos del hogar (dentro o fuera del país). Para ello, este artículo refiere una autorización para endeudarse que daría el juez del lugar donde se halle el hijo o bien la autoridad diplomática argentina. ¿Por qué un diplomático autorizaría para tomar deuda a un particular? ¿Acaso el Estado nacional asume el rol de garante ante esa deuda? Habría que decir que se trata quizás de una prescripción con la mejor intención, pero con una pretensión exorbitante, apoyada en ese enfoque paternalista que impregna nuestra legislación.

120. El artículo 676 asume nuevamente un sesgo de intervención paternalista al fijar una cuota sin que exista ninguna vinculación entre el obligado y el deudor alimentario. El legislador consideró que la necesidad de asistencia justifica la fijación de una cuota alimentaria a un tercero, casi a modo de una política de redistribución del ingreso entre los particulares a partir de una vinculación afectiva. Los criterios para

¿Qué pasa en los casos en los cuales el progenitor obligado tiene otros hijos? ¿Puede el nacimiento de un nuevo hijo reducir el monto de una obligación alimentaria ya vigente? El fundamento del padre para ello sería que con el mismo ingreso tiene que alimentar a más hijos, por lo cual se debe formular una redistribución. Por otra parte, el otro progenitor o el propio hijo podría decir que no tiene por qué sufrir una disminución en su prestación por una causa que le es ajena. ¿El nacimiento de un hermano puede no influir en el monto de una prestación alimentaria? He aquí una tensión entre una normatividad (deber ser) y una situación fáctica que viene a transformar un equilibrio previo. Los jueces suelen decir que el nacimiento de un nuevo hijo no debe repercutir en una disminución de alimentos para los hijos de una anterior pareja, obligando de esa manera al progenitor a obtener nuevos ingresos. Si se tratara de una cuestión de voluntad o de mayor esfuerzo eso podría ser válido, pero la realidad social no se ajusta necesariamente a ese optimismo. ¿Acaso no se redistribuyen los recursos cuando nace un hermano en un mismo núcleo familiar? Se trata de una situación dilemática, ya que los jueces buscan que el individuo que asume el desafío de traer un hijo al mundo, tome de forma correspondiente la responsabilidad por ello, lo cual parece razonable y prudente, pero no tan fácil de aplicar en la práctica.

La distribución de las obligaciones de los progenitores cuando tuvieren varios hijos puede ponernos en situaciones dilemáticas, ya que puede significar tener que pensar quiénes deben tener prioridad en la asignación de recursos. Es probable que en términos de decisiones sopesadas y razonadas, cualquier individuo optara por afrontar de manera responsable la natalidad de nuevos hijos, a partir de un cálculo de sostenibilidad. Pero vemos en la práctica que no sucede siempre así o por lo menos hay otros múltiples factores sobre los cuales no suele haber control voluntario. Lo cierto es que vivimos en una sociedad en la cual cada persona puede tener todos los hijos que quiera y el mantenimiento de ese nuevo integrante de la familia pasa a ser un problema subsiguiente, no siempre previsto. Otra noción de responsabilidad parental haría que un individuo o una pareja meditaran la decisión acerca de la reproducción, condicionándola a la posibilidad de sostener económicamente a los hijos que traen al mundo. En este sentido parecen ir aquellos fallos judiciales que imponen al padre el sostenimiento de una cuota

---

finalizar la prestación son un poco ambiguos y abren un amplio abanico de posibilidades que promueven la discrecionalidad judicial.

alimentaria inalterable o indemne, aun luego de tener nuevos hijos. Casos así se han planteado en los tribunales y fueron varios los jueces que señalaron que el hecho del nacimiento de un nuevo hijo (de una nueva pareja) no es argumento suficiente para reducir la cuota alimentaria que afrontaba para el mantenimiento de otros hijos. Esta tendencia es coherente si se plantea como una vía de control de la natalidad pero no tiene visos de lograr una eficacia en las prácticas y, como ya dijimos, carece de criterios prácticos de realidad, ya que difícilmente aumenten en la misma proporción los ingresos del progenitor obligado.

La práctica social nos revela una oscura y lamentable realidad en cuanto al alto grado de incumplimiento de las obligaciones alimentarias. Podemos constatar las escabrosas situaciones a las que muchas veces quedan expuestas las personas que son titulares de esos créditos. Por ese motivo la ley otorga la posibilidad de una acción penal, ya que además de un ilícito civil, incumplir los deberes de asistencia familiar constituye un delito (respecto de los alimentos para hijos menores de dieciocho años). Incluso están más severamente castigadas las conductas maliciosas del obligado que tienden a evitar el cumplimiento, por ejemplo el ocultamiento de bienes con el propósito de no hacer frente al deber de asistencia familiar.<sup>121</sup> Como en todos los procesos de familia, se tiende a la búsqueda de tutela efectiva de los derechos. En base a tal principio, el juez interviniente tiene la facultad de fijarle intereses al deudor que sean mayores a los que indica el Banco Central de la República Argentina, a modo de medida disuasiva y de conservación del valor del crédito alimentario. También deja abierta la posibilidad de implementar otras medidas para asegurar esta tutela efectiva en el derecho. Por supuesto que esas medidas deben ser razonables, quizás este único límite resulta escaso y hubiera sido mejor que fuera el legislador el que indicara cuáles son esas medidas. La norma propende a que exista un real y efectivo cumplimiento de esas obligaciones alimentarias, a través de medidas cautelares, la solidaridad de la obligación o los ya mencionados intereses bancarios.<sup>122</sup>

---

121. La Ley N° 13944 incorporó esta solución para los casos en los cuales haya una acción u omisión tendiente a evadir tales obligaciones de asistencia. Asimismo agregó al artículo 73 del Código Penal la limitación en los casos en los que la víctima es el cónyuge: en tales situaciones se tratará de una acción privada, o sea que no se iniciará de oficio.

122. Artículos 550, 551 y 552 del Código Civil y Comercial.

## BIENES DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

Ya hemos visto que una de las funciones de los progenitores es la de representar al hijo menor de edad para la celebración de ciertos actos jurídicos. Así, la disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad estarán a cargo de los progenitores, en algunos casos con la adición de un control judicial y del Ministerio Público, de manera de garantizar la indemnidad de ese patrimonio.

En este tema es necesario diferenciar los contratos que celebren las personas menores de edad según los montos comprometidos. Aquellos contratos que puedan ser considerados de escasa cuantía cuentan con la presunción favorable sobre la conformidad de los progenitores. En cambio, cuando fueran contratos por montos importantes, se requerirá de la representación expresa de los progenitores. También estos representarán a sus hijos menores de edad en la tramitación de un juicio, ya sea como parte actora o demandada. Si se tratara de un adolescente, se deberá analizar su grado de autonomía para tomar sus propias decisiones y eventualmente contar con su propia asistencia letrada. Pero no necesitará ese hijo adolescente de esa representación cuando se tratara de un proceso criminal en el cual sea acusado ni tampoco en un proceso en el cual sea demandado por una reclamación de filiación extramatrimonial. Esta autonomía es la misma que tiene el adolescente para reconocer voluntariamente la filiación de un hijo.

Ahora bien, podría suceder que un hijo adolescente quiera demandar a un tercero pero no cuente con la anuencia de sus progenitores para representarlo en ese juicio. En tal eventualidad, el joven podrá solicitar al juez que le dé una autorización que reemplace tal representación, aun contra la voluntad de sus progenitores, y le permita contar oportunamente con la necesaria asistencia letrada. Antes de tomar esta decisión, el juez deberá realizar una audiencia en la cual los progenitores que se oponen darán sus razones. A tal audiencia será convocado también el representante del Ministerio Público. Esa autorización de los progenitores no es necesaria cuando el hijo menor de edad reclama precisamente contra ellos, en cuyo caso ni siquiera necesitará autorización judicial. Lo que sí se deberá constatar en el proceso es que el joven tenga la suficiente madurez para tomar esa decisión y que cuente con asistencia letrada propia.

Si el hijo menor de edad ejerciera un oficio o profesión y tuviera más de dieciséis años (antes no lo tiene permitido hacer) podrá demandar a terceros por sí mismo cuando tuviere un litigio en relación con los servicios o bienes que produjera. Los progenitores no podrán celebrar contratos con terceros prometiendo los servicios o bienes que produzca el adolescente sin que este dé su expreso consentimiento. Incluso se presume que los contratos que suscriba el adolescente en relación con esta actividad productiva, cuentan con la autorización de los progenitores. Hay que decir que este adolescente ya forma parte del mercado productivo y por lo tanto sus relaciones comerciales son afrontadas por él mismo, aunque puedan los padres representarlo pero siempre respetando sus decisiones en lo laboral. Por esto mismo, la responsabilidad patrimonial que pudiera recaer por actos u omisiones o incluso por el riesgo de las cosas que produjo o que utiliza para la producción, será soportada por los bienes que administra el propio hijo.

El hijo menor de edad tiene capacidad jurídica y por lo tanto puede ser titular de derechos y obligaciones, claro que por motivo de su falta de madurez no puede celebrar por sí algunos actos y requerirá para ello de la representación de sus progenitores. Los bienes quedan entonces bajo la administración de estos adultos, mientras conserven el ejercicio de la responsabilidad parental. Podrán desarrollar indistintamente los actos conservatorios sobre esos bienes, pero no podrán disponer de ellos sin autorización judicial. Si celebraran un acto de disposición sobre los bienes que son de titularidad del niño o adolescente, tal acto podrá ser declarado nulo cuando perjudique al hijo. Los efectos de los contratos que se celebren con terceros deben estar muy bien delimitados por los alcances de la administración y no comprometer la indemnidad del patrimonio del hijo. Incluso este debe ser informado y consultado, conforme a su grado de madurez y su edad.

Sin embargo, habrá bienes que no serán administrados por los progenitores sino por el propio hijo. Estos son los bienes que adquirió el hijo que ejerce un trabajo a través de esa actividad, y los administrará inclusive cuando todavía conviva con sus progenitores, así como aquellos bienes que hubiere heredado por causa de la indignidad de sus progenitores o cuando le fuere asignado un bien a título gratuito (herencia o legado por testamento o donación) y el testador o el donatario hubiera expresado que los progenitores no podían administrar ese bien.

Fuera de las excepciones arriba enunciadas, los progenitores serán quienes administren los bienes de sus hijos menores de edad. Incluso podrán ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos llevará adelante esa tarea, pero siempre manteniendo la necesidad de un consenso entre ambos para aquellos actos que también requieren autorización judicial. O sea, entre los progenitores pueden designar un administrador, sin mayores formalidades y que se ocupe de los actos de administración más rutinarios. Ante situaciones de desacuerdos graves, cualquiera de ellos podrá recurrir al juez, quien designará a uno para la función. Si el magistrado considerara que ninguno de los progenitores puede realizar esa tarea de forma idónea o conforme a los intereses del hijo, entonces designará a un tercero para que sí lo haga.

La administración de los bienes del hijo menor de edad concluye cuando se extingue la responsabilidad parental, por lo tanto, si los progenitores hubieran celebrado con un tercero un contrato de locación sobre un inmueble del hijo, se entenderá concluido ese vínculo contractual al momento de concluir la responsabilidad parental. Si finalizara la administración por parte de uno de los progenitores por causa de su fallecimiento, el otro sobreviviente tiene la obligación de presentar un inventario de bienes en un plazo máximo de tres meses. La presentación se hará ante el juez y deberá informar cuáles eran los bienes de los progenitores y cuáles son los bienes de titularidad del hijo. Si no fuera cumplido el requisito, el juez a pedido de parte interesada podrá imponer una multa.

Hay que tener siempre en cuenta que la relación entre progenitores e hijos no es igualitaria ni simétrica y por lo tanto, como principio, no pueden contratar entre ellos. Mucho menos cuando los progenitores son quienes representan legalmente al hijo para el ejercicio de ciertos derechos. Los progenitores tienen prohibido comprar los bienes de su hijo, tampoco podrán realizar cesión de derechos ni contrato de fianza, ni siquiera realizar una partición privada en el marco de un proceso sucesorio. Pero sí será válida una donación sin cargo por parte de uno o ambos progenitores al hijo menor de edad, ya que este último no hará ninguna erogación para adquirir ese bien.

Los progenitores podrían perder la administración de los bienes de sus hijos si desarrollaran acciones ineptas y que tiendan a la ruina del patrimonio del niño o adolescente. Llegada una situación de concurso o quiebra, el juez puede constatar esa ineptitud, que no

necesariamente significa que obraren con mala fe y por lo tanto puede no afectar en otros aspectos el ejercicio de la responsabilidad parental. Incluso puede ser removido de la administración de los bienes uno de los progenitores y continuar el otro. Pero llegado el caso en que ambos fueran removidos, el juez deberá designar a un tutor especial para la administración de los bienes. También perderán la administración de los bienes por causa de privación de la responsabilidad parental.

Así como se debe un cuidado especial para asegurar la indemnidad del patrimonio, también las rentas que se obtengan de los bienes del hijo menor de edad corresponden a este y los progenitores no se las pueden apropiar (ni confundir con su propio patrimonio). Sin embargo, pueden solicitar autorización judicial para disponer si hubiere razones suficientes que beneficien al hijo en esos actos de disposición. Así, el principio de preservación puede ceder ante una adecuada reinversión. En todo momento el hijo, según su grado de madurez, podrá pedir rendición de cuentas a sus progenitores acerca de la administración de sus bienes.

En todos estos casos los progenitores podrán utilizar la renta producida sin necesidad de autorización judicial previa, pero sí con la obligación de presentar una rendición de cuentas cuando les sea requerida. Ya mencionamos que, como principio, las rentas de los bienes de los hijos no están disponibles para gastos de los progenitores. Aun así, hay algunos gastos en los cuales los progenitores sí podrán utilizar las rentas originadas por los bienes de sus hijos. Se trata de aquellas erogaciones que hacen a la subsistencia y educación del hijo, siempre que ellos no pudieren sufragarlo con sus propios ingresos. No tendría sentido que el hijo acumule rentas y por otra parte el grupo familiar no pudiera cubrir los gastos cotidianos. De igual manera se pueden utilizar esas rentas para gastos médicos ante una patología del propio hijo, pero también de la persona que lo hubiera instituido como heredero (o sea, de quien recibió los bienes a título gratuito). Finalmente, también se permite que los progenitores utilicen las rentas para conservar el capital devengado durante la minoridad del hijo.



## CAPÍTULO 9

# DERECHOS DEL NIÑO

*No soy yo quien te engendra. Son los muertos.  
Son mi padre, sus padres y sus mayores;  
son los que un largo dédalo de amores  
trazaron desde Adán y los desiertos  
de Caín y de Abel, en una aurora  
tan antigua que ya es mitología,  
y llegan, sangre y médula, a este día  
del porvenir, en que te engendro ahora.*

**Jorge Luis Borges**  
“Al hijo”

### EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Los niños, niñas y adolescentes son un conjunto al que se considera legalmente en condición de vulnerabilidad y por lo tanto, para su protección se deben sancionar medidas de acción positiva.<sup>123</sup> Entonces, como mínimo, gozan de los mismos derechos que cualquier otro habitante de la Nación, pero además tienen un estatuto legal específico que les brinda protección jurídica más intensa. A su vez, en varias normas nacionales y provinciales se reiteran estos principios, con diferentes vías para obtener su efectivo cumplimiento.<sup>124</sup> ¿Qué es concretamente el interés superior

---

123. La Constitución Nacional, en una de las reformas introducidas por la Ley N° 24430 en 1994, dice en cuanto a las atribuciones del Congreso (artículo 75): “Corresponde al Congreso: [...] 23. 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”.

124. La Ley N° 26061, sancionada en septiembre de 2005 y conocida como Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, reitera muchos de los principios que ya estaban vigentes desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero además crea varios organismos administrativos. El principal defecto de esta norma es su técnica legislativa, plagada de declamaciones y afirmacio-

del niño? ¿Se trata de una pauta interpretativa genérica? ¿O se refiere a que en cualquier litigio el niño siempre es quien tiene mejor derecho?

En 1989 se sancionó la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce una serie de derechos que corresponden a las personas desde su nacimiento y hasta los dieciocho años de edad.<sup>125</sup> Entre los derechos que más resaltan de ese instrumento internacional están el derecho a la vida, a la salud, a la educación, a la recreación, a la estabilidad material y afectiva dentro de un entorno familiar y también a preservar su identidad, lo cual incluye su nacionalidad, su nombre y sus relaciones familiares. Los niños deben tener acceso al disfrute en materia de salud, educación, juego, desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social en el más alto nivel posible. Todo ello respetando su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

El interés superior del niño podría ser considerado como un criterio de interpretación que debe tenerse en cuenta en cualquier situación en la que estén en juego sus derechos.<sup>126</sup> Debe tenerse en consideración la condición de vulnerabilidad de los niños para atender a sus necesidades, por supuesto teniendo en cuenta su opinión y su grado de madurez para tomar decisiones. El interés superior es un principio contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño y que luego fueron replicando otras normas nacionales y provinciales. Como cualquier principio, corre el riesgo de convertirse en una mera enunciación de intenciones si no tiene aplicación concreta, más allá de la operatividad jurídica que ya tiene.

Desde hace muchos años los informes técnicos más confiables indican que es preocupante la situación de la mayoría los niños en la República Argentina. Las condiciones de vulnerabilidad enunciadas se expresan en indicadores negativos en cuanto al acceso a la educación, el sistema de salud, a la vivienda, así como la constatación de condiciones de explotación infantil, violencia doméstica, abandono material o

---

nes redundantes o directamente inútiles, como que los tratados internacionales son operativos y de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia (artículo 2).

125. Nuestro país firmó haciendo la salvedad de disentir y no tomar como propia la afirmación de esa Convención, ya que para la Argentina la persona humana comienza con la concepción del embrión y no con el nacimiento.

126. El interés superior del niño fue enunciado primero en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el primer párrafo del artículo tercero. Se intentará que en cada decisión se tome ese principio de manera primordial. Está presente en toda la Convención y es una pauta de interpretación que puede adquirir diferentes aplicaciones, ya que no es concretamente una prescripción positiva.

afectivo, conflictos violentos, conductas ilícitas, pérdida de expectativas en su futuro o adicciones. Muchas otras circunstancias pueden producirse o bien darse de manera combinadas algunas de las anteriormente citadas, por lo cual se requiere de cuidados muy comprometidos e idóneos, siempre basados en proveer al interés superior del niño.

El niño debe ser respetado en su desarrollo personal, junto a su familia, sus afectos y su espacio de interacción. Esto incluye obviamente a todos los derechos (a la vida, a la dignidad, a la integridad de no ser sometido a un trato violento, a la vida familiar, a la identidad, a la salud, a la educación, a la libertad religiosa y de opinión, al juego, al deporte, a ser oído y, solamente en el caso de los adolescentes, al trabajo y a la paternidad o maternidad). Los niños no pueden estar sujetos a explotación de ningún tipo ni ser objeto de tratos negligentes por parte de quienes tienen responsabilidad sobre su cuidado. Cualquier persona que tomara conocimiento de alguna de las formas de malos tratos contra niños, niñas o adolescentes debe comunicarlo de inmediato a las autoridades de aplicación. En el capítulo sobre violencia doméstica veremos las prescripciones que se aplican para evitar los malos tratos, la intimidación y cualquier conducta intimidante o humillante, junto con las medidas de protección que pueden aplicarse.

La primera responsabilidad sobre la crianza la tiene el entorno familiar, básicamente los progenitores. Como ya hemos visto en el capítulo sobre responsabilidad parental, puede delegarse temporalmente esa tarea en el entorno afectivo próximo, a un pariente cercano. De allí que la consolidación de estas redes familiares o incluso comunitarias pueden ser un apoyo importante para que los niños, niñas y adolescentes puedan disfrutar de un bienestar y una crianza adecuada alrededor de su centro de vida. O sea que el niño como individuo forma parte de una familia, que a su vez está inserta en una red de interacción comunitaria, dentro de una sociedad. En cada instancia hay responsabilidad, incluyendo la propia e ineludible del propio sujeto (niño, niña o adolescente), según su grado de madurez y discernimiento, por lo cual ninguno de estos niveles debe ser omitido ni sobreestimado.<sup>127</sup>

---

127. La mencionada Ley N° 26061 se caracteriza por poner un exagerado énfasis en la responsabilidad del Estado y como consecuencia de ello dispone la creación de una voluminosa burocracia para diferentes tareas, algunas de las cuales se superponen con otros organismos judiciales ya existentes.

Nuestra legislación contempla la creación de organismos que puedan intervenir cuando no hay una familia o un entorno afectivo que pueda contener y proteger a un niño, una niña o un adolescente. En tal caso, se buscará que tal intervención tenga la menor incidencia posible, ya que no le corresponde al Estado la crianza de los niños, sino a su propia familia. Pero si hubiera un caso en el cual esa familia le provocare daño a ese niño, las autoridades estatales deberán actuar con diligencia y profesionalismo para protegerlo. Aparecen entonces aquellas medidas excepcionales a las cuales referíamos antes, que hacen que esos niños y niñas deben vivir temporalmente en hogares dispuestos para ello. Como ya dijimos, esta clase de hogares no son (ni pueden ser) lo que hace muchas décadas se conocía como “institutos de menores”.<sup>128</sup> No son espacios donde se sanciona a los niños o adolescentes, sino que tienen como prioridad su protección hasta que su situación familiar se reconduzca o bien hasta que tramite una adopción.

Las normas prevén que las autoridades estatales garanticen un sistema de atención que busque el efectivo cumplimiento de los derechos.<sup>129</sup> Para ello, en cada jurisdicción la autoridad de aplicación debe contar con un despliegue lo suficientemente eficaz para hacer frente a muchos reclamos y situaciones críticas. También se busca que las políticas públicas de cada jurisdicción tengan un modo de articulación, respetando por supuesto las autonomías provinciales. Esto implicaría una importante asignación de recursos económicos por parte de los gobiernos, pero también la necesidad de tener procedimientos claros para la actuación, tomando en cuenta los principios rectores para la protección de derechos. Recordemos que puede llegarse a la situación más aguda que deriva en las ya mencionadas medidas de protección excepcional de derechos, donde se deberá trabajar bajo el control de legalidad de tales procedimientos por parte de la autoridad judicial.

Es decir que las medidas de protección integral de los derechos del niño corresponden inicialmente a las autoridades administrativas locales, a través de los organismos de aplicación. Son tomadas cuando hubiere amenaza o violación de derechos y siempre con un criterio

---

128. Durante muchos años existieron instituciones de reclusión en la cual compartían el espacio asilar niños en situación de abandono con otros que cometieron infracciones a la ley penal. Tal modalidad se ha abandonado en casi todo el mundo en la actualidad.

129. Con ese propósito se crea lo que la Ley N° 26061 denomina “Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”.

preventivo, intentando resolver los conflictos sin desarticular el núcleo familiar. Como la indemnidad de los niños, niñas y adolescentes no puede verse amenazada, si hiciera falta se tomarán medidas excepcionales, que sí conllevan la separación temporaria en interés del niño, niña o adolescente y evitando la institucionalización. Si fuera necesario y por un breve lapso de tiempo, se pueden buscar opciones para que el niño, niña o adolescente conviva con otros integrantes del grupo familiar, si existiera tal posibilidad. Siempre se buscará respetar el centro de vida para la continuidad de sus actividades cotidianas. El criterio para tomar medidas excepcionales no puede ser la mera falta de recursos económicos de la familia y, como se mencionó antes, las medidas de protección no pueden consistir en la privación de la libertad. Tales medidas deben ser inmediatamente comunicadas a la autoridad judicial competente, para que realice el control de legalidad de esa medida.

Podría suceder que, por diferentes motivos, haya niños que directamente no cuenten con progenitores ni parientes cercanos que ejerzan la crianza y educación. Los organismos estatales serán entonces los encargados de buscar quiénes pueden realizar esa función, asumiendo un cuidado sobre ese niño, niña o adolescente. Este cuidado debe distinguirse de la antigua noción de la tutela del propio Estado sobre el niño a través de la internación en instituciones. Esa solución provocaba una grave alienación de los jóvenes del entorno comunitario, de allí que actualmente no sea aceptada como una solución en la mayoría de los países del mundo. La internación de los niños sin hogar hoy no es posible y en cambio se buscan alternativas más acordes a un entorno familiar, con el objetivo de lograr una adopción. Con tal criterio, la responsabilidad del gobierno es controlar el cumplimiento de esas acciones, designando cuáles son los organismos que entenderán ante denuncias de malos tratos y con campañas de concientización.<sup>130</sup> El interés superior del niño es el principio fundamental a tener en cuenta por los funcionarios de estas oficinas estatales, con asignación preferencial de recursos a ese objetivo.

---

130. En la República Argentina es difícil que los gobernantes sepan distinguir entre la difusión de derechos y la propaganda política, de allí que muchas veces es preferible que no hagan nada, para no transformar consignas sobre reconocimiento de derechos en panfletos partidarios.

## CAPACIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PROGRESIVA

Hay que decir que el interés superior está sustentado en una noción del niño como sujeto de derecho. No hay ningún ser humano que no tenga capacidad jurídica, se trata de un atributo de la personalidad que se adquiere desde la concepción y se mantiene hasta la muerte. Pero también hay que decir que la noción del niño como sujeto de derecho no es tan novedosa y a veces se quiere promocionar a modo de muletilla o consigna política. Es muy común escuchar en el campo del derecho de familia que esta condición de sujeto de derecho le fue recién reconocida al niño con la Convención sobre los Derechos del Niño. Se suele decir que “el niño dejó de ser objeto de protección para ser sujeto de derechos”. Eso suena bien, en tanto consigna o latiguillo, pero no es realmente cierto, se trata más bien de una hipérbole retórica. La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional de derechos humanos muy valioso y avanza en reconocimiento de derechos, pero aquella condición de sujeto de derechos ya existía anteriormente en la mayoría de las legislaciones occidentales modernas.<sup>131</sup>

La subjetividad jurídica está ligada al ejercicio de derechos. Aquí la cuestión del discernimiento y la madurez para algunos actos cobra especial relevancia y por ello, como veremos a continuación, la capacidad para obrar, en muchos casos, estará condicionada al acto de que se trate y a las condiciones de cada sujeto. Aun como persona menor de edad, la ley argentina otorga capacidad a los individuos, entendiend-

---

131. Es usual escuchar que el niño era “objeto de protección” y ahora es “sujeto de derecho”. En realidad hay que decir que la condición de sujeto de derecho de cualquier ser humano está reconocida por los sistemas legales occidentales desde las revoluciones democráticas de inicios del siglo XIX y el surgimiento de los Estados modernos. Nuestra Constitución Nacional en ningún momento distingue negativamente a los niños, ni tampoco nuestro antiguo Código Civil, más allá de la limitación en la capacidad de ejercer por sí ciertos actos jurídicos. Es cierto que actualmente hay un reconocimiento más intenso a la opinión de los niños, se trata de un cambio cultural valioso. Pero eso no alcanza para decir que las personas menores de edad antes de la Convención sobre los Derechos del Niño fueran meramente “objeto de protección”. Es posible que uno de los orígenes de esta falsa dicotomía provenga de la comparación del régimen actual con el que antiguamente fijaba la Ley N° 10903, que databa del año 1919, y que disponía la vigencia de lo que se conocía como Patronato de Menores. Aquella vetusta norma quedó expresamente derogada con la Ley N° 26061, pero en rigor de verdad ya no tenía aplicación práctica al momento de su derogación.

do como tal la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. Ahora bien, aunque una persona menor de edad es titular de derechos, para ejercer esos derechos en muchos casos requerirá de una representación, la cual será ejercida por sus progenitores. ¿Cuáles son esos actos? Podríamos decir en términos generales que son aquellos que requieren para su validez de un discernimiento y una madurez que se adquieren con la mayoría de edad. Hay que marcar entonces la diferencia entre ser un niño y ser un adolescente, es decir alguien menor de edad pero que ya hubiere cumplido sus trece años de vida.<sup>132</sup>

Hay actos para los cuales una persona menor de edad no requerirá de representación, ya que puede tomar una decisión autónoma por su grado de madurez. Es claro que no tienen igual madurez psíquica y física un niño que un adolescente. Además de los actos jurídicos, hay una infinita cantidad de simples actos que hacen a la vida cotidiana y en la cual, en la práctica, los adolescentes tienen autonomía. Sería absurdo que sus progenitores tuvieran que acompañar a un adolescente de igual manera en la cual acompañan a un niño pequeño. Analizaremos a continuación algunos actos que los adolescentes pueden decidir por sí mismos. Antes hay que recordar la distinción entre los actos jurídicos (o negocios jurídicos) y los simples actos. Si los actos jurídicos no cumplen con ciertos requisitos pueden ser tachados de nulidad, por ejemplo si fueran celebrados por quien no tiene el pleno ejercicio de su capacidad jurídica.

¿Cuáles son las decisiones que pueden tomar los adolescentes sobre su propio cuerpo? ¿Podría un adolescente decidir por sí solo inscribir un tatuaje en su cuerpo? ¿Puede una adolescente por sí sola dar su consentimiento para una intervención quirúrgica? ¿Qué pasa con prácticas médicas que tengan un propósito anticonceptivo? ¿Puede una adolescente por sí sola solicitar que le practiquen un aborto? Sabemos que las intervenciones en su propio cuerpo a partir de los dieciséis años requieren del consentimiento del propio titular, aunque todavía no tenga los dieciocho años que le otorgan la mayoría de edad.<sup>133</sup> Si esos tratamientos fueran invasivos, comprometieran el estado de salud del adolescente y estuviera en riesgo su vida, el juez requerirá que este preste su consentimiento

132. El artículo 25 del Código Civil y Comercial fija esta edad, en consonancia con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño.

133. El último párrafo del artículo 26 del Código Civil y Comercial para esos casos considera al adolescente de 16 años o más como un adulto.

pero con la asistencia de sus progenitores. En el caso de conflicto entre el menor de edad y sus progenitores (uno solo de ellos o ambos) acerca de la realización de un acto médico, la ley otorga discrecionalidad al juez para que resuelva sobre la base de criterios amplios como el interés superior del niño y la opinión profesional médica. Ya cumplidos los dieciséis, para esos actos el adolescente es considerado como si fuera un adulto.

El criterio para tomar en cuenta la decisión del niño o adolescente es su edad y su grado de madurez, algo que deberá ser constatado en cada caso porque cada ser humano es diferente. Más allá de la importancia de escuchar a los propios niños o adolescentes, no pueden dejar de requerirse informes periciales en disciplinas como medicina, psicología, trabajo social o la que corresponda según el tema en debate. La capacidad progresiva está íntimamente vinculada con el interés superior del niño como pauta que los adultos deben desarrollar y se complementa con otro principio fundamental: el derecho del niño a ser oído.<sup>134</sup>

El matrimonio de un menor de edad conlleva automáticamente su emancipación, lo cual le otorga el ejercicio pleno para realizar los actos jurídicos que puede celebrar un adulto, salvo algunas prohibiciones específicas.<sup>135</sup> Otros actos, como la disposición de bienes a título gratuito, requerirán de autorización judicial, a modo de salvaguardia. Tal exigencia cede si la persona menor de edad cuenta con título habilitante, lo cual muestra que se trata de una medida para evitar el aprovechamiento de una eventual falta de madurez por parte del emancipado. La emancipación es irrevocable, más allá de que el matrimonio fuera posteriormente anulado (salvo si hubiera mala fe de ese cónyuge).

---

134. El artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño señala: "1. 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. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

135. El artículo 28 del Código prohíbe la disposición de bienes a título gratuito (respecto de los bienes que hubiese recibido también gratuitamente), el afianzamiento de obligaciones y la aprobación de las cuentas que realizare su tutor.



## DERECHO A SER OÍDO

El derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes es un principio que debe respetarse en las diferentes instancias en las que puedan estar en juego decisiones sobre su vida. Si bien las leyes reglamentan especialmente los procedimientos judiciales, esto no significa que solamente en el ámbito judicial se deba cumplir con este requisito. Los progenitores deben asumir esta pauta para la buena crianza de sus hijos, a quienes tienen la obligación de cuidar y formar para la convivencia pacífica.

El derecho a ser oído es también la vía para procurar que no se viole el interés superior del niño en los procesos judiciales, incluso con la participación obligatoria del Ministerio Público en todas aquellas causas en las cuales estén comprometidos derechos de niños, niñas o adolescentes.<sup>136</sup> El Ministerio Público puede tomar una posición distinta o hasta contraria a las pretensiones de los padres del hijo menor de edad. De hecho no podría ser de otro modo en aquellos procesos en los cuales se debate acerca del cumplimiento de los deberes originados en la responsabilidad parental. Recordemos que estas intervenciones son muchas veces conjuntas o coordinadas con organismos administrativos, ya que se requiere de medidas de carácter excepcional ante situaciones de alto riesgo y extrema vulnerabilidad. Esto lamentablemente implica, en muchos casos, el retiro de niños, niñas o adolescentes de su hogar, para evitar posibles riesgos más graves y en el interés superior del niño. Se da intervención entonces al organismo administrativo competente en cada jurisdicción y se realiza un proceso de control de legalidad de esas medidas excepcionales.

Los niños tienen capacidad jurídica, pero no pueden ejercerla por sí mismos para algunos actos jurídicos que requieren de cierta madurez y discernimiento. Entonces para poder celebrar esos actos jurídicos deberán contar con representación, de lo contrario esos actos carecerán de validez. Como ya fue visto en el capítulo sobre responsabilidad parental, los padres son los representantes de las personas por nacer y luego del nacimiento y hasta los dieciocho años también, salvo que

---

136. El artículo 103 del Código Civil y Comercial prescribe que la falta de este requisito conlleva la nulidad relativa del acto.

se los haya suspendido o privado de la responsabilidad parental. En tal caso se les designará a los niños o adolescentes un tutor especial. Tampoco hace falta la representación en los casos de emancipación.

Seguramente en materia de derecho familiar la intervención de los niños o adolescentes se enmarque en una situación de angustia y esto debe ser respetado, en un marco de contención que por otro lado asegure la posibilidad de expresión autónoma. Las normas explicitan qué garantías se deberán cumplir para procesos en los cuales estén en juego derechos de niños, niñas o adolescentes. Una entrevista con un niño o un adolescente no puede ser una intervención agresiva ni intimidante, lo cual requerirá de cuidados especiales. De lo contrario, una medida procesal a favor de ese niño o adolescente se puede convertir en una experiencia traumática.

Los niños pueden y deben participar en decisiones como con quién convivirá si sus padres se divorcian y qué clase de régimen de comunicación tendrán con el progenitor no conviviente. Esto no significa necesariamente que sean los niños quienes decidan esto, ya que en muchos casos pueden estar enojados con alguno de sus progenitores y esto no es motivo suficiente para no verlos. Sin embargo es fundamental escucharlos, teniendo un especial cuidado en saber si están totalmente seguros con sus padres. Por esa misma razón deben participar en el diseño de un plan de parentalidad, si cuentan, claro, con el grado de madurez suficiente. De igual modo, para participar en la declaración de adoptabilidad.<sup>137</sup>

Si hubiera denuncias por malos tratos o abusos hay que actuar con extrema prudencia y evitar que los niños o niñas puedan pasar nuevamente por una situación así. En caso de duda se debería mantener la distancia o la vigilancia. No se limita esta cuestión a la presunción de inocencia que tiene arraigo constitucional, sino a extremar las precauciones para garantizar la indemnidad de los niños, las niñas o los adolescentes ante conductas abusivas de sus propios progenitores. La más mínima sombra de duda debe bastar a un juez para disponer medidas de protección.

Dentro del derecho a ser oído hay una serie de derivaciones a considerar, ya que tiene aplicación en distintos ámbitos, no solamente de la familia sino también de la administración pública. A nivel comunitario

---

137. Los artículos 608 y 609 del Código Civil y Comercial obligan a tener en cuenta la opinión de los niños, que son parte de este proceso. Incluso el juez deberá entrevistar-se en forma personal con ellos.

deben existir instancias para que pueda desarrollarse su interacción social, por ejemplo a través de la libre asociación.<sup>138</sup> También tienen derecho a tener la correspondiente documentación provista por las autoridades estatales.<sup>139</sup>

Los adolescentes pueden estar en juicio por sí.<sup>140</sup> Si fuera acusado un adolescente en un proceso penal, no necesitará de la representación de sus progenitores. Podría suceder que los intereses de los niños, niñas o adolescentes no coincidan con los de sus progenitores y quisieran reclamar judicialmente contra ellos en algunos puntos. ¿Cómo hacer valer esas pretensiones en el ámbito judicial cuando son los progenitores quienes tienen la representación de sus hijos? Por este motivo, en las últimas décadas se han promovido iniciativas para crear una función de defensa del niño que sea autónoma de sus progenitores y su familia. Nos referimos al abogado del niño, una figura que menciona nuestro sistema legal, pero sin dar demasiadas precisiones sobre quién debe sufragar el costo de esa contratación. En algunas jurisdicciones, el Estado ha creado cargos estables con remuneración del erario público para que cumplan tal función. Si bien podría constituir una salida laboral para algunos colegas, no queda claro cuál es el fundamento legal para que el Estado realice esas contrataciones. Hay que aclarar que en instancias judiciales ya existen funcionarios que realizan tal labor, a través del Ministerio Público (defensores o asesores).

En síntesis, los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ser oídos en cualquier proceso en el que estuvieran involucrados sus derechos. Incluso podría darse el caso de una contradicción entre su perspectiva y la de sus representantes legales, en cuyo caso podrá intervenir en el

---

138. Esto incluye espacios laborales o educativos, por ejemplo los centros de estudiantes en el ámbito del colegio secundario, donde se constituyen espacios de participación muy valiosos para la construcción de una ciudadanía responsable (Seda, Juan, *La Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación en el ámbito educativo*, Rosario, Homo Sapiens, 2008, p. 16).

139. El artículo 12 de la Ley N° 24540 establece un sistema para la inscripción en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas.

140. El artículo 677 del Código Civil y Comercial refiere precisamente a la asistencia letrada que deben tener los niños, niñas y adolescentes en algunos procesos. En el mismo sentido, el inciso c) del artículo 27 de la Ley N° 26061 enuncia el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser asistidos por un letrado especializado. También aclara que si ese niño no posee recursos, el Estado debe contratar a alguien para que realice esa tarea.

proceso por sí y con asistencia letrada.<sup>141</sup> Pero es importante destacar la vinculación entre el derecho a ser oído y la autonomía progresiva, que se va acrecentando según se desarrolla un criterio más maduro en el individuo, incluso siendo menor de edad. Y en particular hay situaciones en las que se debe respetar la intimidad, con mayor intensidad en situaciones como las que ya vimos respecto a decisiones sobre el propio cuerpo. Los cambios más trascendentes se perciben en el seno de la familia, donde cada vez se tienen más en cuenta las opiniones de los niños, las niñas y los adolescentes, según su madurez y grado de discernimiento.

---

141. El ya mencionado artículo 26 hace lugar a una figura que se conoce como “el abogado del niño”, aunque no define quién lo designaría ni cómo serían sufragados sus honorarios. En algunas jurisdicciones se ha avanzado con la contratación de abogados por parte del Estado local, con el propósito de ejercer tal función. No parece ser una solución sostenible que el erario público deba sufragar los gastos en las causas judiciales de todos los habitantes, mayores o menores de edad.

## CAPÍTULO 10

### ADOPCIÓN

*Yo que todo lo he perdido,  
ahora tiemblo hasta dormir.  
No resbales de mi brazo:  
¡duérmete apegado a mí!*

**Gabriela Mistral**  
“Apegado a mí”

#### ADOPTABILIDAD

La adopción no fue incorporada en el antiguo Código Civil argentino en su versión inicial y el fundamento para esa decisión fue que la adopción no constituía una práctica común. Pero es raro que omitiera una práctica social que tenía antecedentes en legislaciones históricas tan trascendentes.<sup>142</sup> Algunos de los argumentos contra la adopción hacían énfasis en la inconveniencia de crear un vínculo artificial entre padre e hijo. Sin embargo, a mediados del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial esta institución cobró un gran auge en todo el mundo, posiblemente también por su necesidad social. La Argentina la incorporó en 1948<sup>143</sup> y nuestra legislación sobre esta institución ha oscilado entre fórmulas amplias y que la promovían y otras políticas más restrictivas, que hacen de la adopción una institución opaca y compleja.

El objeto de la adopción es proveer a los niños, las niñas o los adolescentes un ámbito familiar en el cual desarrollarse material y afectivamente. Está pensada para aquellos que no cuentan ya con ese entorno de protección en su grupo familiar de origen. Es una institución jurídica

---

142. De hecho, en la antigua Roma se consideraba un deshonor morir sin descendencia masculina y para continuar el nombre de la familia y el culto familiar se podía adoptar en el testamento. Por ejemplo, el emperador Julio César adoptó por esa vía a Octavio (luego Augusto), su sucesor en el imperio. En Las Partidas se permitía la adopción de niños de menos de 7 años, pero muchos historiadores coinciden en que no era usual la institución durante la Edad Media. Tal fue el argumento del Código Civil español de 1851.

143. Ley N° 13252, con una reforma en 1972 a través de la Ley N° 19134.

cuyo objeto es proteger a quien será adoptado a través de la posibilidad de emplazarlo en el estado de hijo. Al igual que en el resto del ordenamiento legal en materia de familia, para la adopción rige el principio fundamental de resguardar el interés superior del niño.<sup>144</sup> También debe tenerse como base para cualquier adopción el respeto por el derecho a la identidad. Podemos inferir que este principio es en realidad un recaudo para el mantenimiento de la originalidad filial biológica, ya que luego la norma enuncia que la adopción debe constituir una última instancia. Es decir que antes de otorgar una adopción se deberán agotar todas las posibilidades para que ese niño o adolescente permanezca en su familia de origen. Esto incluye parientes lejanos. Este derecho a la identidad se asocia también con otro principio como es el derecho del adoptado a conocer sus vínculos biológicos originales.

Otro principio que se debe tener en cuenta para otorgar una adopción es que nuestra legislación busca preservar el mantenimiento del vínculo entre hermanos. Esto hace que se prefiera como padres adoptivos a aquellos que acepten adoptar a dos o más hermanos conjuntamente. No es sencillo encontrar este deseo por parte de los aspirantes a la adopción, pero incluso cuando no se lograra la adopción conjunta de los hermanos, se debe promover un régimen de comunicación entre ellos (salvo que hubiere motivos que lo volvieran contraproducente). La norma hace referencia a mantener vínculos jurídicos, lo cual, como veremos más adelante, solamente sería viable a través de la adopción simple. Pero la mayoría de los aspirantes a adopción buscan justamente fundar un nuevo vínculo y finiquitar la relación con los orígenes biológicos. Finalmente, un principio clave es el derecho a ser oído que tiene cada niño, niña o adolescente y que ya vimos anteriormente. También en la adopción debe activarse este recaudo antes de tomar alguna decisión e incluso, para los mayores de diez años, es una obligación pedir su consentimiento antes de dictar la adopción. En los demás casos se tomará en cuenta también la opinión y se evaluará según el grado de madurez y la edad del niño.

La insistencia en la identidad biológica aparece también en la posibilidad del adoptado de conocer los datos sobre su familia de origen.

---

144. El artículo 595 del Código Civil y Comercial enuncia seis principios para la adopción, algunos de los cuales ya estaban mencionados en esa misma norma, como el interés superior del niño.

Esto podrá concretarse cuando quien fue adoptado tenga la edad y madurez suficientes y a su vez quiera hacerlo, para lo cual deberá solicitarlo al juzgado donde tramitó el proceso de su adopción. Para expresar este deseo ante un juez, el adoptado debe conocer tal condición. Esa es una obligación a cargo de los padres adoptivos, que deben hacer conocer su origen a su hijo. Para que el adoptado formule una petición de conocer su origen biológico no es necesario que sea mayor de edad, pero en tal caso el juez analizará ese pedido consultando a la familia adoptante y también al equipo técnico interdisciplinario. Para cumplir con esta requisitoria el juzgado debe guardar de manera ordenada y tener disponibles esos datos, con cuidado especial de tener información sobre enfermedades transmisibles, lo cual podría ser de especial valor en circunstancias críticas del adoptado.

La adopción podría ser, de forma muy excepcional, para personas mayores de edad. Son situaciones en las que ya existe un vínculo previo, como por ejemplo que se adopte al hijo del cónyuge o conviviente (veremos más adelante que a este tipo de adopción se la denomina “de integración”). La otra situación excepcional en la que se permite adoptar a un mayor de edad es que mientras fuera niño o adolescente, el adoptante le hubiere dado trato de hijo, o sea que había posesión de estado aunque aún no existiera vínculo biológico o adoptivo. Fuera de estas excepciones, siempre el adoptado debe ser menor de edad (no emancipado). Los niños, niñas o adolescentes que serán adoptados debieron haber sido antes declarados en estado de adoptabilidad o bien no tener progenitores ni otros parientes que puedan asumir su cuidado. Esto incluye los casos en los cuales sus padres fueron privados de la responsabilidad parental. Si falleciera el adoptante (o los dos, cuando es conjunta) se podrá tramitar una nueva adopción, en el caso en el que el adoptado aún fuera menor de edad.

El adoptante debe tener más de veinticinco años y si se tratara de una pareja adoptante, al menos uno de los cónyuges o convivientes debe contar con esa edad. Recordemos que si una persona está casada o se halla en una unión convivencial, no podría adoptar ella sola, sino que tendría que ser una adopción conjunta. Sin embargo, hay dos excepciones a esta regla cuando se trata de una adopción unipersonal por parte de alguien casado o en unión convivencial: la primera es que el adoptante sea cónyuge de alguien que hubiera sido declarado incapaz o con restricción de su

capacidad para obrar por sí, lo cual le impide la posibilidad de tener pleno discernimiento acerca del acto de la adopción.<sup>145</sup> La segunda excepción para la adopción unipersonal de persona casada es que esté separada de hecho. Análogamente, podría darse el caso inverso, o sea que dos personas ya divorciadas o que hubieran terminado una unión convivencial pueden adoptar conjuntamente. Obviamente es una excepción y corresponde otorgarla si durante la convivencia o matrimonio le hubieran dado ambos el estado de hijo a quien se adopta (y este fuera menor de edad). Esta excepción está sostenida por el interés superior del niño, a quien podría afectarle negativamente el alejamiento de uno de los integrantes de la expareja. Otra excepción se configura en los casos en los cuales se hubiere comenzado la guarda con fines de adopción entre los dos cónyuges o convivientes, pero antes del otorgamiento de la adopción falleciera uno de ellos. En ese caso el juez podrá dictar igual la adopción conjunta.

Además de esa edad, quien adopta debe tener por lo menos dieciséis años más que el adoptado y haberse inscripto en el correspondiente registro de adoptantes (estos dos requisitos ceden en los casos de adopción por integración). Nuestra legislación no hace distinción por motivos de orientación sexual, por lo tanto pueden adoptar las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, en igualdad de condiciones que otras. Si una persona o una pareja que desea adoptar ya tuviera otros hijos, estos deberán ser oídos por el juez en el proceso de adopción, para dar su opinión sobre la incorporación al grupo familiar de quien sería su hermano o hermana, en caso de prosperar la adopción. Recordemos que la adopción puede recaer sobre una persona o más, ya que si hubiera hermanos, por ejemplo, se intentará que se realice de forma simultánea. Otra alternativa plural puede darse cuando se realizan varias adopciones de manera sucesiva, o sea que la misma persona o una pareja tramita una nueva adopción, no hay limitaciones en este sentido mientras haya condiciones aptas para una crianza adecuada para los adoptados.

---

145. El inciso a del artículo 603 distingue las situaciones según si la persona con discapacidad mental o intelectual tuviere o no discernimiento suficiente para dar el consentimiento a la adopción. En cualquier caso deberá intervenir el Ministerio Público y el apoyo (o curador, según el caso) de la persona con discapacidad mental o intelectual.



## ADOPCIÓN PLENA, SIMPLE Y DE INTEGRACIÓN

Nuestro sistema admite tres tipos de adopción: la adopción plena, la simple y la de integración. La adopción plena incorpora al adoptado en estado de familia como el que tendría cualquier otro hijo concebido naturalmente, por el cual se vincula jurídicamente con los adoptantes y con todos sus parientes. Además extingue los vínculos con su familia de origen (aunque se mantiene el impedimento matrimonial por parentesco). A diferencia del caso anterior, en la adopción simple, el adoptado se vincula solamente con el o los adoptantes, pero no lo hace con el resto de los familiares. La adopción de integración es la que realiza uno de los cónyuges con respecto a uno o más hijos del otro cónyuge (como ya hemos visto, también rige para los convivientes).

Los adoptantes podrán solicitar que se dicte la adopción simple o la plena, pero queda a criterio del juez cuál corresponde otorgar, en base al mejor interés del niño. Hay que tener en cuenta que esto influirá respecto de futuros derechos sucesorios en relación con otros parientes, pero no afecta la relación con los progenitores que tanto en la adopción simple como en la plena abarca todos los derechos emergentes de la responsabilidad parental. Incluso si el juez dicta una adopción simple, más adelante podrá convertirla en plena (esa conversión no tendrá efectos retroactivos). En cambio, la adopción plena no puede revertir en simple.

Nuestro ordenamiento menciona una preferencia hacia la adopción plena si quienes son adoptados no tuvieren filiación establecida. Esto debería tenerse especialmente en cuenta cuando se otorguen adopciones de niños nacidos de madres con discapacidad intelectual o mental, ya que por tal condición no pueden otorgar su consentimiento para la adopción. Como ya dijimos antes, la adopción simple no extingue los vínculos con la familia de origen, aunque sí se transfiere la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental a los progenitores adoptivos. Lo que se mantendrá en esta clase de vínculo simple es el derecho a la comunicación del niño, niña o adolescente con su familia de origen (por supuesto, siempre que esto no fuera perjudicial para el interés del niño). Pero además del derecho a una comunicación, la persistencia del vínculo de parentesco habilita al reclamo por alimentos. En caso de que los progenitores adoptivos no cuenten con recursos, el adoptado podrá reclamar una prestación alimentaria a sus

parientes de origen, siguiendo los requisitos y presupuestos de los alimentos entre parientes.

¿Qué sucede si hay un reconocimiento o una sentencia en una acción de filiación posterior a la adopción? En tal caso, la adopción simple permite ese reconocimiento y también la posibilidad de demandar por filiación contra quien se considera que es el padre biológico. Ni el reconocimiento voluntario ni una sentencia en un proceso de filiación revocan automáticamente esa adopción simple, y se mantienen los efectos que ya hemos visto arriba respecto de la familia de origen.

Como ya señalamos, también en la adopción de integración se mantiene el vínculo entre el adoptado y el progenitor de origen, con todos sus efectos. Cuando el adoptado tuviera solamente un vínculo filial de origen, se podrá dictar una adopción plena entre este y el cónyuge de su progenitor. En cambio, si tuviera dos vínculos establecidos (por ejemplo cuando es hijo de padres divorciados) solamente podrá dictarse una adopción simple entre el adoptado y el cónyuge de su progenitor. De alguna manera, este niño, niña o adolescente tendría entonces asignados tres vínculos filiales (dos progenitores originales y uno adoptivo). En la adopción por integración siempre debe ser tomada en cuenta en relación con la crianza y educación de los hijos la opinión de los progenitores de origen. Esta norma podría ser dejada de lado solamente ante graves perjuicios contra el niño, la niña o el adolescente adoptado. Para que se lleve adelante la adopción de integración no hará falta que se tramite la inscripción del adoptante en el registro correspondiente, ya que se trata del cónyuge o conviviente de uno de los progenitores del adoptado. Por lo tanto tampoco se aplicarán en este tipo de adopción los requisitos ni las prohibiciones que surgen de la guarda previa con fines de adopción. Tampoco aplicará aquí la necesidad de una declaración del estado de adoptabilidad, ni tampoco que se acredite que la familia de origen no puede hacer frente a las necesidades afectivas y materiales.

Como ya hemos visto en el capítulo sobre responsabilidad parental, los progenitores son quienes eligen el prenombre de sus hijos. Pero en la adopción los progenitores adoptivos deberán respetar el prenombre que ya traía el niño, la niña o el adolescente adoptado. Podrían solicitar la modificación por razones fundadas, pero el adoptado sin dudas debería participar de esa decisión y eventualmente el juez autorizará

la modificación del prenombre. El apellido del adoptado plenamente será el de su progenitor adoptivo (o ambos si es conjunta, según las normas que rigen la filiación matrimonial). En la adopción simple, el adoptado podrá agregar o anteponer su apellido de origen, y de manera excepcional, también podría autorizarse a petición del interesado en la adopción plena. También respecto del apellido deberá ser oída la opinión del adoptado.

Finalmente, una de las particularidades de la adopción plena es que es irrevocable. En cambio sí se pueden revocar la adopción simple y la de integración (aun cuando se hubieran otorgado con carácter pleno). Las causas para la revocación de la adopción simple son tres: la primera es que adoptado o adoptante hubieran incurrido en una conducta tan ingrata o agresiva que pueda ser suficientemente grave como para provocar la indignidad en un proceso sucesorio. La segunda causa es el pedido unilateral del adoptado, ya siendo mayor de edad. Si bien no hay un listado de causales que deban fundar esta requisitoria, debe haber algún motivo que se exprese para ello. La tercera causa es que de forma conjunta adoptado y adoptante (o adoptantes) manifiesten la pretensión de extinguir ese vínculo, sin expresión de causa. La revocación no tendrá efectos retroactivos y, a partir de esa sentencia, el adoptado perderá su apellido adoptivo salvo que solicite y obtenga autorización del juez para continuar utilizándolo.

## PROCESO DE ADOPCIÓN

Para ser adoptante es requisito tener una residencia permanente en la República Argentina (salvo para quienes tengan nacionalidad argentina o se hayan naturalizado en el país). Se trata de una prescripción impuesta con el objetivo de evitar la adopción internacional.<sup>146</sup> Otra prohibición importante para adoptar es la que recae sobre los ascendientes

---

146. El artículo 600 del Código Civil y Comercial impone este requisito, contrariando los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en varios artículos y especialmente en el 21 propone la adopción como vía para promover el interés superior del niño, contando para ello con los procedimientos de la cooperación internacional. Nuestro país no ha adherido a lo que se denomina la adopción internacional porque se la ha considerado como “tráfico de niños”, lo cual es incoherente con la propia esencia de la adopción como institución humanitaria.

en relación con sus descendientes, porque ya existe un vínculo de parentesco muy cercano con el niño o adolescente y no tiene sentido agregar el de la adopción. De igual manera, los hermanos (unilaterales o bilaterales) no pueden adoptarse entre sí. Tampoco pueden adoptar los tutores a sus pupilos, salvo después de culminada la tutela, presentada la rendición de cuentas y extinguida cualquier otra obligación pendiente.

Para que se pueda dictar la declaración judicial de la situación de adoptabilidad deben concurrir varias circunstancias. La más clara es que una persona menor de edad no tenga filiación establecida o que sus padres hubieran fallecido sin dejar otros familiares cercanos. Como vimos al inicio de este capítulo, antes de llegar a la adopción se deben agotar las opciones para que el niño o adolescente se mantenga dentro de su familia de origen. Por eso se explorarán primero esas opciones y si no tienen resultado, el juez dictará la declaración de adoptabilidad.<sup>147</sup> Si hubiere un familiar o referente afectivo del menor de edad, no podrá dictarse tal declaración (no se especifica cuál es la acepción de “referente afectivo” pero podría entenderse que se trate de algún amigo de la familia). También se podrá dictar la declaración de adoptabilidad si ambos padres biológicos lo aceptan, a través de una decisión libre e informada. Esta trascendente decisión puede ser tomada luego de los cuarenta y cinco días del nacimiento del hijo que se dará en adopción. Una vez constatados los supuestos que permiten el dictado de esta declaración, el juez no podrá demorar más de noventa días para hacerlo.

Como ya vimos, el proceso de adopción se inicia con la declaración de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente. En ese proceso judicial participa necesariamente la persona sobre cuya futura adopción se debate, para lo cual, si tuviera la madurez suficiente, podrá concurrir con letrado propio. También son parte los padres originarios de ese niño, niña o adolescente. Participará asimismo el organismo administrativo que actuó en toda la etapa previa y, como en todos los procesos en los

---

147. El artículo 607 denomina “medidas excepcionales” a las que el organismo administrativo competente debe tomar con el propósito de mantener al niño en su familia de origen, aun con parientes más lejanos. Pero también se usa el término para sacar provisoriamente a esa persona menor de edad de un entorno conflictivo y perjudicial para su salud o indemnidad, física o afectiva, a veces producida por sus propios progenitores. Todas las medidas excepcionales que se tomen en tal sentido deben ser informadas al juez competente, para que ejerza el control de legalidad sobre esa actuación. El inciso c de este artículo pone un límite temporal de ciento ochenta días a estas medidas excepcionales.

cuales estén comprometidos derechos de niños, niñas o adolescentes, el Ministerio Público. Sin perjuicio de estas partes, el juez podrá convocar a otros parientes del futuro adoptado o incluso a referentes afectivos.

Para dictar la sentencia que declara el estado de adoptabilidad, el magistrado que tuvo a su cargo el control de legalidad de las medidas excepcionales, debió realizar entrevistas con los progenitores y con el hijo para quien se toman las medidas. Recordemos que existiendo progenitores vivos, esta sentencia equivale a la privación de la responsabilidad parental. Luego de la declaración judicial del estado de adoptabilidad, tramitará ante el mismo juzgado el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Para ello el juez interviniente deberá contar con la información sobre el futuro adoptado y sus circunstancias y entorno, producida por el organismo administrativo. También necesitará la información de los aspirantes a adopción preseleccionados por el registro de adoptantes. En un plazo máximo de diez días le deben ser enviados esos legajos administrativos al juez, para avanzar con la guarda con fines de adopción.

El registro de aspirantes para guarda con fines de adopción intenta concentrar la información de todos individuos o parejas que desean adoptar, de manera de agilizar la tramitación, algo que lamentablemente no siempre se logra. También se intenta evitar que las madres entreguen por sí mismas a sus hijos recién nacidos o de pocos meses a personas interesadas en adoptar, al modo de una guarda de hecho.<sup>148</sup> Lo que sí podrían hacer los progenitores es entregar la guarda a un pariente, pero si hubieran concretado una guarda de hecho, tal antecedente no será considerado como relevante en el proceso de selección de los futuros adoptantes. La elección del guardador la realizará el juez, a partir de la nómina que surge del correspondiente registro de aspirantes a guarda con fines de adopción. Se intentará que la selección brinde el mejor entorno posible al niño, niña o adolescente, en relación con posibilidades materiales y entorno afectivo. Para ello se deberá analizar la edad de los aspirantes,

---

148. El artículo 611 prohíbe expresamente la guarda de hecho y en especial la entrega de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo. Incluso permite al juez separar al niño de su guardador si se hubiera concretado esa guarda fáctica. Así como se permite a los progenitores elegir a un pariente para la guarda, aquí no aparece la figura del referente afectivo, tan presente para otras directivas, como por ejemplo durante las medidas excepcionales. Esta prohibición intenta evitar lo que se consideró un “tráfico” o “venta de niños” encubierta.

sus condiciones personales y aptitudes en relación con las obligaciones que demandaría el ejercicio de la responsabilidad parental.<sup>149</sup> El juez debe conocer las motivaciones de esos aspirantes y también debe tener en cuenta la opinión del futuro adoptado, según su grado de madurez.

Luego de estos pasos, podrá emitir la sentencia que dicta la guarda con fines de adopción y esta guarda tendrá un plazo máximo de seis meses. Al finalizar ese plazo los aspirantes a adoptar podrán iniciar lo que denominamos propiamente el proceso de adopción, que tramitará ante ese mismo juez que otorgó la guarda, salvo que el o los adoptantes se hubieren mudado de jurisdicción y prefirieran tramitar ese juicio ante el juez competente al nuevo domicilio, que será el centro de vida del hijo adoptado. Si cumplidos los seis meses los adoptantes no inician el proceso, lo puede llevar adelante el juez a pedido de la autoridad administrativa e incluso de oficio. Al igual que en el proceso para el otorgamiento de la guarda preadoptiva, en el propio proceso de adopción serán partes los adoptantes y el adoptado, a quien se le dará asistencia letrada si fuera necesario. Nuevamente el juez deberá oír personalmente al adoptado, teniendo en cuenta su madurez y edad para valorar su opinión (si fuera mayor de diez años, debe dar su consentimiento expreso para que se dicte la sentencia de adopción). También aquí intervendrán el organismo administrativo y el Ministerio Público. Todas las audiencias son privadas y el expediente es reservado.

La sentencia que dicte la adopción tendrá efectos retroactivos al momento en que se otorgó la guarda con fines adoptivos. Como en la adopción por integración no existe ese momento procesal, la retroactividad se tomará en cuenta desde que se inició el juicio. Luego de dictada la adopción se inscribirá en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. También allí se inscribirá una eventual revocación, conversión o nulidad.

Hay causas de nulidad absoluta de una adopción (en realidad la norma se refiere a nulidades que no son pasibles de confirmación del acto), como el incumplimiento de los requisitos acerca de la edad del adoptado. También será nula una adopción si no se verifica la diferencia de edad requerida (dieciséis años) o si se adoptó a un descendiente o a un

---

149. El artículo 613 enfatiza el compromiso de los aspirantes a ser progenitores adoptivos con el derecho a la identidad de quien será su hijo, ya que deberán explicarle su origen y eventualmente colaborar en un régimen de comunicación.

hermano, y es causa de nulidad el incumplimiento de los pasos para llegar a la declaración del estado de adoptabilidad o luego a la adopción, por ejemplo, haber omitido la entrevista con el adoptado o que no se hubiere tomado en cuenta su opinión (recordemos que los mayores de diez años tienen que dar su consentimiento expreso para que se dicte la adopción).

Si los adoptantes no hubieran estado inicialmente inscriptos en el correspondiente registro se deberá anular la sentencia de adopción. Lo mismo si se dictara una adopción conjunta para dos personas que no son cónyuges ni convivientes. Finalmente, será de nulidad absoluta aquella adopción que tuviese como antecedente necesario un hecho ilícito.

En cambio, hay otras faltas que producen una nulidad relativa (o mejor dicho, subsanable) como la edad mínima del adoptante (veinticinco años) o vicios del consentimiento. El propio adoptado podría demandar la nulidad de la adopción si él considerara que no se cumplió con su derecho a ser oído en el proceso.





# CAPÍTULO 11

## VIOLENCIA DOMÉSTICA

*Todas las mujeres se creen diferentes; todas piensan que ciertas cosas no pueden sucederles, y todas ellas se equivocan.*

**Simone de Beauvoir**

*La mujer rota*

### LA GRAVEDAD DEL PROBLEMA

La violencia doméstica es un asunto trascendente en el que toda la sociedad debe involucrarse, y muy especialmente el sistema jurídico. Los nefastos prejuicios que justifican la violencia son contrarios a los más básicos principios legales; de allí que sea indispensable la intervención judicial cuando hubiere agresiones de esta naturaleza. Si bien incumbe a todas las ramas del derecho, en particular nos interpela a quienes ejercemos el derecho de familia. Por lo tanto, los abogados que ejerzan la profesión en este campo tienen la responsabilidad de contar con las herramientas teóricas y prácticas necesarias para actuar de forma idónea y expedita.

La violencia doméstica se suele desarrollar en un ámbito de convivencia, pero es importante aclarar que no se requiere de la cohabitación para que se configure violencia doméstica. Uno de los elementos que ha opacado este flagelo es que a veces se confunden relaciones afectivas con prácticas de agresión de diverso orden. La violencia hacia la mujer ha sido habitual durante siglos y los procesos de lucha van oponiendo una resistencia, pero aún estamos lejos de una situación igualitaria. Si bien cualquier ser humano puede sufrir una situación de violencia en el marco de una relación familiar, la enorme mayoría de las veces estas agresiones son producidas por hombres contra mujeres, como parte de una situación de abuso que no puede pasar desapercibida y a la cual se deben oponer medidas legales idóneas. Todos los seres humanos tenemos derecho a no sufrir violencia ni agresiones, y esto se aplica

a toda la vida social. Aquí nos enfocaremos en la violencia doméstica. Por eso es importante rechazar *a priori* la objeción sobre la intimidad del hogar. Si bien cada grupo familiar tiene derecho a su propia dinámica de funcionamiento, esto no significa que se tolere la violencia contra algunos de sus integrantes.

Muchas veces, con la excusa de imposición de normas de crianza de los adultos para con niños, niñas o adolescentes, se encubren relaciones violentas. Nadie en el hogar debe sufrir malos tratos, ni violencia, ni discriminación, sea cual sea la dinámica que se quiera proteger bajo el pretexto de la intimidad familiar. Por la persistencia de esta clase de conductas se han sancionado gran cantidad de leyes, tanto a nivel nacional como provincial, con el propósito de disolver aquellos patrones culturales arraigados, a través de diferentes medidas, que deben actuar también en el interior de los grupos familiares.<sup>150</sup>

Los patrones de conducta teñidos por la violencia son difíciles de cambiar, ya que forman parte de una matriz de intercambios y no excluyen elementos afectivos. De allí la dificultad para promover las separaciones de quienes sufren agresiones, algo que suena lo más sensato desde el análisis racional, pero no es siempre tan sencillo para los involucrados. ¿Por qué alguien que sufre violencia doméstica permanece en ese hogar? ¿No puede acaso irse? Ojalá la solución usual fuera tan sencilla, pero los vínculos afectivos son complejos y muchas veces las víctimas no pueden realmente creer que esa clase de conflicto les esté sucediendo. O incluso pueden creer ingenuamente que no se repetirá, por lo cual se puede ingresar en un circuito de repeticiones cíclicas, con períodos de reconciliación y recaídas en conductas de agresión. Además de esta posible negación, se debe tener en cuenta que muchas veces la tolerancia a los malos tratos proviene de una situación de cierta vulnerabilidad o dependencia económica.

---

150. La Ley N° 26485, sancionada en marzo de 2009 y conocida como Ley de protección integral a las mujeres, prevé una serie de medidas y brinda algunas definiciones sobre lo que considera distintos tipos de violencia. Esta norma no se refiere solamente al ámbito familiar, pero es importante conocer las posibles vías para prevenir las conductas violentas y discriminatorias. Hay que recordar que ya desde el año 1997 regía la Ley N° 24417, conocida como Ley de Protección contra la Violencia Familiar, que contemplaba una serie de medidas cautelares para situaciones de violencia doméstica. Aquella norma tenía un carácter procesal, por lo cual se consideró que solamente era de aplicación para la Capital Federal, sin perjuicio de que su sanción llevó a que muchas provincias también produjeran normas análogas.

Es imposible no vincular los procesos de violencia doméstica con la discriminación que sufren las mujeres, si bien este fenómeno social es más amplio. Por supuesto que la violencia doméstica no afecta solamente a las mujeres, pero hay que decir que son las principales víctimas, junto a los niños, niñas o adolescentes.<sup>151</sup> Nuestro país ha ratificado su adhesión a varios instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos vinculados a los derechos de la mujer, específicamente la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>152</sup> y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.<sup>153</sup> De estas normas surgen clasificaciones que refieren a diferentes tipos de violencia contra la mujer; algunas de estas categorías tienen relación con la vida doméstica, mientras que otras están más enfocadas en distintas relaciones sociales, como el trabajo, el estudio, el desarrollo económico, la imagen o actividades en las cuales las mujeres han tenido mayores obstáculos que los hombres para expresarse y progresar. Una de las situaciones más elocuentes para percibir la diferencia se manifiesta en cuanto a los derechos reproductivos.<sup>154</sup>

La violencia puede expresarse de diferentes maneras, afectando el derecho a la salud, a la integridad física, psicológica o sexual. Pero las normas actuales amplían la noción a lo que se considera violencia económica o patrimonial, criterio un poco controversial porque si todo conflicto de intereses es considerado como “violencia”, se corre el riesgo de diluir el contenido central del acto violento. Sin embargo, en este

---

151. También hay muchas menciones a la prohibición de violencia doméstica y medidas para prevenirla en la Ley N° 26061, conocida como Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

152. Conocida generalmente como CEDAW, por sus siglas en inglés, y que fue ratificada por la República Argentina a través de la Ley N° 23179, de mayo de 1985. Este tratado había sido aprobado en la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 1979 y Argentina lo suscribió en julio de 1980.

153. A este tratado interamericano se lo suele denominar Convención de Belém do Pará y fue ratificado por nuestro país por medio de la Ley N° 24632, en marzo de 1996. Esa Convención había sido redactada y aprobada por los países que intervinieron en esa ciudad de Brasil en junio de 1994.

154. La Ley N° 25673 creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, que incluye dentro de sus prescripciones la posibilidad de la mujer para decidir la continuidad o no de su embarazo, en el marco de su derecho a controlar su vida reproductiva.

punto nuestra ley actual asume una noción amplísima, incluso con una extensión hacia una nueva categoría, la violencia indirecta contra las mujeres.<sup>155</sup> En cuanto a la violencia física, no hay duda de que se verifica cuando hay una conducta de maltrato contra el cuerpo que provoca dolor, daño o inclusive riesgo. En tanto que la violencia psicológica apunta al daño emocional y disminución de la autoestima que puede sufrir la víctima. Dentro de esta categoría pueden considerarse conductas como las amenazas, el hostigamiento, el acoso o la humillación. Los celos de aquellas personas que imponen vigilancia constante a manera de sumisión también constituyen esta clase de violencia psicológica.

La violencia sexual tiene aspectos en común con las dos variantes antes mencionadas, ya sea el uso de la fuerza o intimidación para el acceso sexual o bien para promover formas de explotación sexual. Que alguna de estas situaciones se produzca en el seno de un matrimonio no deja de constituir violencia; incluso no debería sesgarse a que fuera un hombre quien la infrinja ya que la norma no es excluyente. En cuanto a la violencia económica y patrimonial, precisamente suelen darse más entre cónyuges o excónyuges, aunque la definición es tan amplia que abarca cualquier situación de menoscabo en los recursos de la mujer o la limitación de sus recursos. El riesgo de la amplitud de esta definición es que una controversia por liquidación de una sociedad conyugal, o bien una unión convivencial, podría dar lugar a una denuncia de esta naturaleza. Lo mismo con respecto a un juicio por alimentos. No ahondaremos aquí en otras formas de violencia como la laboral o la simbólica, ya que generalmente exceden el ámbito familiar. Esto no quita que tengan impacto en la organización doméstica, y de allí que la crianza de las niñas y los niños tenga en cuenta estas condiciones de igualdad integral.

La violencia contra las mujeres puede darse en distintos ámbitos de la vida social. Ya vimos lo que se denomina violencia doméstica, que es la que más nos incumbe desde el derecho familiar. Pero esto no significa

---

155. El artículo cuarto de la Ley N° 26485 trae la siguiente definición: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

que no debemos ocuparnos de otras manifestaciones como la violencia institucional, la violencia laboral, la violencia contra la libertad reproductiva, la violencia obstétrica o la violencia mediática. Deben realizarse tareas de concientización social sobre todas las conductas que implican esas formas de discriminación (quizás el término “violencia” está mal utilizado en algunos casos). La diferenciación de la agresión por ser víctima una mujer tiene un componente de preocupación más intensa, debido a la recurrencia de conductas e incluso a la tolerancia por omisión que mucha gente tenía (y aún tiene) hacia esa violencia intrafamiliar. Esto obliga a una labor educativa hacia toda la sociedad, tal como sucede en todo el mundo, promoviendo también la denuncia ante cualquier situación de acoso sexual.

La violencia doméstica tiene la particularidad de ser ejercida dentro del núcleo familiar, lo cual no significa necesariamente que las acciones agresivas tengan que ser realizadas siempre en el domicilio donde residen víctima y victimario. El espacio donde se produce la agresión no es lo que la configura como doméstica, sino el vínculo entre quienes son parte de esa clase de interacción. Abarca también a aquellas parejas que no conviven, e incluso a las que están en una fase de noviazgo. Este es un punto controvertido, ya que la noción de noviazgo es bastante difusa; alguien podría considerar que es novia o novio de otro sin tener correspondencia en el sentimiento o el vínculo. En toda relación violenta entre personas el Estado debe intentar una intervención para evitar que se produzca, con medidas para proteger a la víctima. Ahora bien, no parece acertado rotular como violencia doméstica a cualquier agresión, ya que se diluye el concepto inicial. La excesiva generalización y la afección por las consignas le quitan precisión a los términos jurídicos, y ello conspira contra la claridad en la legislación, la armonía en la interpretación y la eficacia de las políticas públicas.

## LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Un primer problema para abordar esta forma de discriminación y violencia es el ya mencionado sesgo ancestral que muchas veces naturaliza diferentes formas de agresión simbólica contra la mujer. Esa clase de machismo justifica la violencia en una especie de posesión de

la mujer por parte del hombre, es decir la convierte en objeto desde una situación de pertenencia y dominación. La desigualdad de género está sostenida por una perspectiva sociocultural que tiene raíces ancestrales, incluso a veces con nociones compartidas por muchas mujeres. Pero que una idea tenga antecedentes en la historia de la humanidad no la hace correcta, ni necesaria, ni justa.

El feminismo es un movimiento que ha logrado avances a lo largo del siglo XX. Por ejemplo, la igualdad en derechos electorales; recordemos que hasta 1920 las mujeres no tenían derecho al sufragio en Estados Unidos de América; lo mismo en Inglaterra hasta 1928, en España hasta 1931, en Francia hasta 1944 y en la República Argentina hasta 1947.<sup>156</sup> Este movimiento avanzó no solamente en cuanto a los derechos electorales, sino también en muchos otros aspectos relativos a la igualdad en la vida social, a partir de sostener la igualdad entre todos los seres humanos. Es preciso resaltar que el feminismo es un movimiento político muy amplio y de enorme relevancia a nivel mundial, con diferentes puntos de vista, que hasta pueden ser contradictorios entre sí. Algunas posturas consideran al hombre como un ser que siempre ha atacado a la mujer y posiblemente lo siga haciendo si no se produce un cambio social radical. Desde esa perspectiva, la violencia contra la mujer tiene características estructurales, en términos de considerar al cuerpo de la mujer como un objeto que se puede poseer.<sup>157</sup> El denominado “patriarcado” constituiría una forma de organización de la comunidad que pone al hombre en el centro de la historia humana. Tal protagonismo debe ser revisado y también denunciadas las injusticias ancestrales, que hoy en día tienen

---

156. Ese año se sancionó la Ley N° 13010, y las primeras elecciones presidenciales en las cuales votaron las mujeres argentinas fueron las que se efectuaron en noviembre de 1951, en las que fue reelegido como presidente el General Juan D. Perón. Eva Duarte, esposa del General Perón, había participado activamente en la promoción y posterior difusión de esta norma, que como vimos tenía antecedentes internacionales imposibles de ignorar para nuestro país.

157. La antropóloga social Rita Segato plantea que en las estructuras subyacentes de la violación hay una conducta ancestral, que expresa una dominación jerárquica basada en la violencia por parte de los hombres en general hacia todas las mujeres, a modo de un mandato cultural. Es decir que una violación o un acto de violencia no es solamente un acto individual, de una persona contra otra, sino la expresión de una perspectiva de género; son los hombres contra las mujeres (*Las estructuras elementales de la violencia*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p. 23).

continuidad en una falsa superioridad. De allí que toda expresión social deba ser revisada desde una perspectiva de género.

Hay muchas expresiones del feminismo, y no pretendemos en este texto desarrollar un análisis en profundidad de los movimientos sociales. Pero sí es importante aclarar que el feminismo no debe ser equiparado con una reacción de odio hacia los hombres. Más bien debería caracterizarse como una lucha contra la opresión de la mujer, que cobra diferentes modos de expresión. La misoginia es el odio o la aversión hacia la mujer y se expresa en muchos aspectos de la vida social, con conductas discriminatorias. Se trata de una especie de trastorno de odio, tal como la homofobia o el racismo, y de igual manera debe ser condenado. Podría o no tener manifestaciones en la acción, pero en cualquier caso es una expresión denigratoria y agresiva, ya que considera a las mujeres como seres humanos inferiores e incompletos. No es exactamente lo mismo que el machismo, y no deberían confundirse los términos, aunque en expresiones coloquiales se las suele equiparar. En el machismo, más que odio ínsito hay prepotencia en términos de abuso de poder. En el pensamiento machista lo que prevalece es una actitud arbitraria de dominación del hombre hacia la mujer, pero no necesariamente el odio hacia ella. Por supuesto que también en el machismo hay una postura discriminatoria, impropia de un sistema democrático, republicano y respetuoso de las libertades individuales. En síntesis, misoginia y machismo no son lo mismo, pero en muchos casos pueden confluir ambos tipos de pensamientos y conductas, para dar lugar a la prepotencia del hombre sobre la mujer en ámbitos públicos o privados.

El derecho de familia es un campo del conocimiento jurídico en el cual debe estar presente esta perspectiva de género, buscando eliminar cualquier forma de discriminación. Ello incluye, obviamente, la formación de los futuros abogados, así como la capacitación permanente de abogados y magistrados judiciales, además del personal auxiliar. La cuestión central es detectar las diversas formas de discriminación y aceptar diferencias en cuestiones más superficiales. De cualquier manera, son detalles que no deben impedir hallar denominadores comunes para la efectiva igualdad, y además nadie podría realmente arrogarse la condición de censor del pensamiento ni de la expresión. En el largo plazo las ideas se defienden solas según su consistencia, no según el énfasis que se utilice en ellas.

La toma de conciencia moviliza a los legisladores y funcionarios estatales a que se sancionen normas y se cumplan las que ya existen. El abuso de poder en muchos casos queda velado por la falta de denuncias de las víctimas. Sin embargo, desde hace algún tiempo en todo el mundo comenzó a visibilizarse la conducta inapropiada y el acoso. Es preciso distinguir la violencia sexual que cometen aquellos hombres que abusan del poder de las situaciones de coqueteo, para evitar una intromisión arbitraria del Estado en las relaciones íntimas. Pero también son los integrantes de una pareja los que deben respetar la intimidad y privacidad del otro; por ejemplo, evitando conductas indiscretas, como difundir material audiovisual de contenido erótico que tuvieren en su poder por causa de una relación sentimental. La publicación de fotos de exparejas, si no son consentidas, y especialmente si se refieren a situaciones íntimas, puede dar lugar a serias denuncias en sede penal. Se puede configurar el delito de extorsión cuando el que amenaza con publicar las fotos exige algo a cambio. Pero la sola difusión no consentida, aun sin mediar una extorsión, constituye un hecho ilícito y dará lugar a acciones penales y civiles por los daños que esa conducta ilícita pueda provocar a la víctima de esa violación a su intimidad.

Más allá de los movimientos políticos y las agendas de los gobiernos, un programa jurídico igualitario entre los seres humanos no puede ignorar una perspectiva de género. Por supuesto que esto puede tener distintas expresiones y propuestas para la lucha contra la discriminación, pero asumiendo que en muchos aspectos hay una desigualdad estructural. Ello no significa –obviamente– que todas las mujeres están en peores condiciones que todos los hombres, ni tampoco que no existen otros patrones a tomar en cuenta para la desigualdad. De hecho, justamente este es un tema en el cual la desigualdad y el derecho a la diferencia se entrecruzan de forma sinuosa. Por ejemplo, hay culturas y religiones que valoran especialmente la desigualdad en los roles sociales entre hombre y mujer.<sup>158</sup> Las políticas públicas deben entonces contar con una seria perspectiva de género, con el objetivo central de eliminar cualquier forma

---

158. Muchos antropólogos analizan este tema desde la perspectiva del relativismo cultural, ya que podría suceder que en algunas sociedades los roles de subordinación sean valorados por las propias mujeres. Más allá de la elección de vida de cada individuo, el problema emerge cuando esos roles están preestablecidos y la mujer no tiene la posibilidad de elegir libremente su estilo de vida. No es un debate tan sencillo, porque aun así se podría objetar que no todas las sociedades consideran que las libertades individuales son un valor intrínseco (Barna Cingolani, Agustín, “Una mirada



de discriminación contra la mujer. Esto se obtiene a través de enfoques interdisciplinarios, buscando opciones para cada caso, pero siempre tomando en cuenta con particular atención la voz de las propias involucradas. Las normas en esta materia también imponen que las víctimas de esta clase de violencia cuenten con asistencia y patrocinio gratuito.<sup>159</sup>

## MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Todas las medidas de protección que pueden tomarse tienen como principal objetivo prevenir las agresiones y evitar la escalada de esa violencia doméstica. Generalmente son medidas temporales, pero no puede fijarse con certeza un plazo, ya que deben tener la suficiente vigencia para dar garantías a la víctima.<sup>160</sup> La principal medida precautoria suele consistir en el inmediato alejamiento del agresor de la víctima de violencia doméstica. Esto abarca a cualquier integrante del grupo familiar; no se circunscribe a los integrantes de la pareja. Es decir, la prohibición de acercamiento puede regir respecto de un cónyuge o conviviente, pero también respecto de otro pariente. El magistrado, a pedido de parte o de oficio, puede disponer medidas precautorias innovadoras, siempre que tengan como propósito el de evitar una nueva agresión.

Así como la prohibición de acercamiento puede referir al domicilio de residencia cuando la pareja convive, también puede extenderse a otros ámbitos, como el lugar de estudio, trabajo o esparcimiento. Es importante remarcar que hay muchas formas de agresión que no requieren de la presencia directa, por lo cual se ordenará al presunto agresor a cesar cualquier conducta intimidante o perturbadora de la tranquilidad de la denunciante. Si en lugar de excluir al presunto agresor, fuera el o la denunciante quien dejara la residencia en común, se

---

antropológica en torno al discurso de los derechos del niño”, en Seda, Juan (comp.), *Difusión de derechos y ciudadanía en la escuela*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 160).

159. El patrocinio jurídico gratuito de la Universidad de Buenos Aires recibe diariamente estas causas, sin ninguna retribución por parte de las oficinas especializadas en la materia, ni del Poder Ejecutivo ni tampoco del Poder Judicial.

160. Si bien aquí nos referimos en general a la tramitación del proceso de violencia doméstica en sede civil (en juzgados con competencia en derecho de familia), hay que decir que también puede surgir de un proceso penal, donde el fiscal puede actuar de oficio si hubiere intereses gravemente contrapuestos entre los progenitores y sus hijos menores de edad (art. 72 del Código Penal).

podrá ordenar que los efectos personales sean restituidos. También se podrá reclamar una restitución de bienes en el caso de la exclusión del denunciado si este se hubiere llevado consigo objetos que pertenecen al denunciante. En las situaciones en las cuales hubiera que ir a buscar cosas a la residencia del otro, deben extremarse las precauciones para que no tengan contacto ambas partes y, si fuera inevitable, debe estar presente la autoridad policial para evitar ataques.<sup>161</sup>

Durante los procedimientos se intentará evitar que haya una nueva victimización por medio de tratos descomedidos; de allí la importancia de contar con personal especializado en esta materia. Y si se tratara de inspecciones sobre el cuerpo de una mujer que ha sido víctima de violencia doméstica, se debe contar con personal femenino y con la idoneidad necesaria para esta tarea. Claro está, esta clase de pericias no pueden sino realizarse con la expresa anuencia de la víctima en el marco de un proceso judicial. Los procedimientos administrativos también deben respetar las mismas precauciones, pero además se deben poner los hechos en conocimiento del juez competente de manera inmediata. En el caso de una denuncia policial, se labrará una exposición para elevar a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas.

La posible eficacia de ese recurso cede ante la probabilidad de una voluntad coartada en la víctima, aun cuando ella misma no lo perciba así.

Cuando los procedimientos se realicen ante la autoridad judicial, se le debe dar el trámite más breve, facilitando las medidas precautorias para garantizar la indemnidad de la denunciante.<sup>162</sup> La complejidad para la acreditación de los hechos producidos en la intimidad del hogar requiere que se asuma un criterio probatorio amplio. Esto posibilita el testimonio de integrantes de la familia, ya que son quienes pudieron tener acceso a las situaciones denunciadas. Incluso durante la tramitación del proceso, si la denunciante lo solicitara, se permitirá la presencia de uno o una acompañante en quien la víctima tenga extrema confianza, para poder darle apoyo afectivo en una situación tan crítica.

---

161. Lamentablemente, se han producido varios encuentros entre víctima y agresor que han finalizado de forma trágica por no tomar los recaudos necesarios. Los abogados, los magistrados y los equipos técnicos interdisciplinarios que intervengan deben estar atentos a cualquier posible encuentro, ya que las consecuencias pueden ser dramáticas.

162. En los casos de violencia doméstica contra la mujer debe realizarse una audiencia inmediatamente luego de tomar las medidas precautorias (en las siguientes cuarenta y ocho horas) donde el juez debe intervenir personalmente.

Podría darse el caso en el cual el agresor excluido fuera quien resultara ser titular de la vivienda; aun así deberá dejar esa residencia de manera temporaria. Esto produce un provisorio desajuste de las relaciones jurídicas, ya que la sanción por el hecho ilícito de agredir a su cónyuge o conviviente no tiene como efecto que sea privado de su patrimonio. En el eventual debate sobre la liquidación de la sociedad conyugal, o la distribución de bienes en una unión convivencial, o la determinación de alimentos, se debe tramitar por las vías que la ley les fija. Con el propósito de evitar cualquier maniobra que perjudique a la víctima de violencia, y para proteger la indemnidad de su patrimonio, puede el juez dictar la prohibición para disponer u ocultar bienes. Como medida precautoria también puede realizarse un inventario de cuáles son los bienes de cada uno de los cónyuges o convivientes. La medida de exclusión del hogar se puede complementar con una prohibición de acercamiento, también conocida como una restricción perimetral. A pedido de parte, simultáneamente con esta exclusión el juez puede fijar una cuota alimentaria provisoria.

También se pueden tomar medidas de asistencia psicológica o médica a las personas que son denunciadas por violencia, considerando que pueda así cesar en estas conductas agresivas. Estas terapias no pueden ser conjuntas si hubiera algún mínimo riesgo de reiteración de las agresiones. Por eso hay que tener mucha prudencia en tal preocupación por la asistencia al agresor, ya que la obligación primaria es dar las garantías a la víctima para que no se reiteren los ataques, o incluso que una agresión no se intensifique. De esta manera, si el denunciado como agresor fuera una persona con antecedentes, o bien diera indicios de promover una escalada en la violencia expresada, se le podrá prohibir que compre armas o, si ya tuviere alguna en su poder, que la entregue al juzgado. En casos graves, se deberá mantener la vigilancia de la víctima con otras medidas convergentes, si fuera posible con algún tipo de custodia cerca de su domicilio. Esto no es simple de llevar a cabo por los costos que demanda la contratación de personal de seguridad o la designación para la tarea de agentes policiales en servicio. Por tal motivo se están utilizando, en nuestro país y en varios lugares del mundo, dispositivos manuales de aviso automático a la autoridad policial.<sup>163</sup>

---

163. El dispositivo conocido como "botón antipánico" ha sido utilizado en varios lugares del mundo. Consiste en un aparato manual (aproximadamente de las dimensiones de un teléfono celular) que está conectado con un centro de atención que concentra

Otra medida de protección puede consistir en suspender de forma provisoria el régimen de comunicación del progenitor que fue denunciado como violento. Habrá que tomar en cuenta el contexto de las agresiones, pero ante cualquier duda y en particular en situaciones de abuso sexual, se debe evitar que los progenitores denunciados estén a solas con niños pequeños. Existen muchas formas para que los progenitores y sus hijos mantengan la comunicación durante la tramitación del proceso; por ejemplo, visitas en el juzgado o en un espacio donde haya un control directo por parte del otro progenitor o bien de un funcionario judicial o administrativo. Cualquier forma que se autorice debe dar plena garantía para la indemnidad física o psicológica de los niños, niñas o adolescentes.<sup>164</sup>

Ante una denuncia de parte o por intervención oficiosa, los organismos estatales deben tomar intervención para prevenir o detener cualquier situación de violencia, y para garantizar la protección necesaria a cualquier víctima de estas agresiones. Las mujeres que sufran violencia doméstica deben tener a disposición las garantías de los procesos administrativos y judiciales para tal protección. Por ello se procederá a brindar asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito especializado (que, como dijimos más arriba, lo suelen prestar las universidades nacionales sin apoyo especial del Poder Ejecutivo nacional ni de las provincias).

Una de las respuestas más efectivas en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires ha consistido en la creación de la Oficina de Violencia Doméstica, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>165</sup>

---

las alarmas y las envía inmediatamente a la autoridad policial más cercana. A través de esa conexión con este aparato se puede rastrear automáticamente la ubicación. Incluso, algunos dispositivos pueden grabar no solamente la llamada sino también lo que ocurre en el ambiente a partir de su activación, lo cual eventualmente podría constituir material de prueba en una causa judicial (en el propio proceso de violencia o en una posterior acción de daños y perjuicios).

164. Se han cometido graves errores judiciales al intentar revincular a niños o niñas con padres acusados de abuso sexual, utilizando la noción de Síndrome de Alienación Parental, que puede partir de una bien intencionada idea de no separar a los progenitores de sus hijos, pero que en su implementación ha logrado resultados muy graves, como que los padres abusadores nuevamente violen a sus hijos.

165. El artículo 37 de la mencionada Ley N° 26485 encomendaba precisamente a la Corte el seguimiento de causas sobre este tema, con registros de denuncias lo más detallados posibles. La creación de la OVD fue un paso más que vino a cubrir una necesidad en la Ciudad de Buenos Aires ya que los organismos administrativos no habían

En este organismo se toman denuncias y se giran directamente a los juzgados, incluso en los casos de emergencia con medidas precautorias urgentes. La denuncia se puede hacer sin patrocinio letrado, pero el seguimiento posterior de la causa sí necesitará de abogado. Lamentablemente, la Oficina de Violencia Doméstica no presta ese servicio, por lo cual las víctimas que denuncian deben buscar un abogado particular y, si no tuvieran dinero para afrontar ese gasto, acudir a un patrocinio jurídico gratuito (generalmente de las universidades públicas).

Las denuncias deben ser sumamente fundadas para no convertir una lucha legítima en una caza de brujas; de allí que las campañas mediáticas de delaciones tengan otros fines publicitarios, que lamentablemente a veces conspiran contra las iniciativas serias. De cualquier forma, no debe tomarse a la ligera ninguna denuncia, ni siquiera aquella que no encuentra inicialmente la mejor vía de tramitación.

---

logrado una tutela efectiva. Hay que decir sin embargo que la Corte no ha provisto a los denunciados de patrocinio jurídico gratuito y en cambio utiliza generalmente los servicios de práctica profesional de la Universidad de Buenos Aires y en menor medida de otras instituciones. Recordemos que esta misma ley promueve la convocatoria a instituciones especializadas, públicas o privadas, en carácter de *amicus curiae*.



## CAPÍTULO 12

### TUTELA

*En lo concerniente a las grandes sumas, lo más recomendable es no confiar en nadie.*

**Agatha Christie**

#### CLASES DE TUTELA

En diferentes momentos de la historia de la humanidad se han desarrollado dispositivos sociales y jurídicos para la crianza de niños por parte de quienes no son sus padres. Posiblemente en la actualidad nos resultaría inexplicable que los progenitores de un pequeño bebé entreguen al cuidado de otra persona a su hijo, pero sin embargo esto fue muy usual en otros tiempos. Así, era frecuente que las madres entregaran a sus hijos pequeños a nodrizas profesionales para que los alimentaran y criaran.<sup>166</sup> También en algunas sociedades se utilizó la institución del tutor como una figura de reemplazo, a veces elegida por los propios progenitores.

Hoy en día la tutela es la institución jurídica que brinda protección y representación a la persona y bienes de niños, niñas o adolescentes. Normalmente no hace falta para hijos que estén bajo la responsabilidad parental, ya que los progenitores asumen naturalmente esas funciones. La tutela está basada en los mismos principios que la responsabilidad parental, aunque en lugar de ser ejercida por los progenitores está encarnada por un tutor o más de uno (ya que su ejercicio no es necesariamente unipersonal). Por tal motivo el adolescente emancipado no necesitará tutor. Aunque tienen similitudes, no se debería confundir la tutela con la curatela o los apoyos, que son representaciones que se designan para personas mayores de edad y que tienen capacidad de ejercicio restringida por falta de discernimiento

---

166. No hace falta remontarse en los siglos para hallar esta alienación entre hijos y progenitores, ya que actualmente en muchos países hay legislaciones proclives a ello. A inicios del siglo XX y luego de la revolución de 1917 rigió en la Unión Soviética el Código de Familia permitía que si los padres no podían mantener a su hijo, pudieran entregarlo a otra familia en una condición de patronato, aun cuando no se aceptaba la adopción.

para celebrar ciertos actos jurídicos. Entre las obligaciones de la tutela están la de realizar un inventario y rendir cuentas, tareas de las cuales el tutor no puede ser eximido por el juez ni por los progenitores que lo hubieran designado, ni tampoco por el propio pupilo o representado.

La tutela siempre surge de un pronunciamiento judicial, incluso cuando los progenitores hubieran designado a quien deberá ejercerla.<sup>167</sup> Pueden instrumentar esa designación por escritura pública o bien en un testamento, pero siempre debe ser luego aprobada por el juez para el discernimiento de la tutela. Esta función puede ser ejercida por un sólo tutor o por más, según las necesidades que el juez considere que se deben cubrir. El problema con la pluralidad de tutores es que podrían existir cuestiones en las cuales tengan diferentes criterios, en cuyo caso se deberá dar intervención al juez para que dirima las eventuales discordancias. Obviamente, antes del pronunciamiento deberá intervenir el Ministerio Público. El cargo de tutor no es transmisible y su eventual renuncia deberá ser presentada ante el juez. La voluntad de los progenitores se tomará muy en cuenta para el discernimiento de la tutela por parte del juez. Incluso cuando ellos hubieran delegado el ejercicio temporario en un pariente, se presumirá que lo preferirían para realizar tal tarea. Pero podría suceder que hubiera discrepancias entre ambos progenitores respecto de cuál pariente designar. En tal caso deberá resolver el juez, tomando como criterio el mejor interés del hijo menor de edad.

La tutela puede ser dativa o especial. Tutela dativa es la que nombra el juez para abarcar el cuidado de los derechos del pupilo y su representación. En cambio la tutela especial se discierne solamente para una tarea específica e incluso puede contener un plazo para su ejercicio. El juez debe discernir la tutela dativa a quienes hubieran designado los padres, sea pariente o no. Pero podría suceder que esa persona designada no aceptara el cargo por rechazo, excusación o porque le resultará imposible ejercerlo. En ese caso el juez otorgará la tutela a quien considere fundadamente más idóneo para las tareas que implica esta función. Para elegir a quien ejercerá el cargo de tutor dativo se deben tener en cuenta sus condiciones y aptitudes, ya que deberá representar a su pupilo en diferentes situaciones y también administrar sus bienes. Por ese motivo y para evitar cualquier conflicto de intereses, el

---

167. Hay que decir que los progenitores tienen tal potestad y esta se pierde si se los hubiera privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental.



juez tiene prohibido nombrar a alguien de su entorno íntimo, ya que una de las tareas del tutor será la de rendir cuentas precisamente ante ese magistrado.<sup>168</sup> Se buscará nombrar a un tutor que no sea ya tutor de otra persona menor de edad, pero esta limitación no tendrá vigencia si se tratara de un hermano mayor o bien de otra causa fundada.

El tutor especial actuará como representante solamente para ciertos actos, por ejemplo en procesos judiciales cuando hubiera un potencial conflicto de intereses entre una persona menor de edad y sus usuales representantes legales. Pero si se tratara de un adolescente con suficiente madurez, el juez podrá considerar innecesario ese nombramiento y el joven podrá contar directamente con asistencia letrada para que defienda sus intereses. Podría darse el caso en que se necesite un representante para ciertos actos de administración o disposición de bienes del hijo menor de edad, pero sus propios progenitores no pudieran representarlo (por imposibilidad fáctica o por colisión de intereses, como hemos visto en el capítulo sobre responsabilidad parental). En esa clase de situaciones se necesitará contar con un tutor especial para representar al niño, la niña o el adolescente en ese acto jurídico específico. El tutor designado para una persona menor de edad podría ser apartado de la administración de determinados bienes específicos que hubieran sido recibidos a título gratuito, por ejemplo como condición de una donación.

Un tutor especial podría ser necesario en algunos procesos judiciales o extrajudiciales donde hubiera conflicto de intereses intrafamiliares. Cuando los progenitores tuvieran intereses contrapuestos con sus hijos será necesario contar con un tutor especial, pero también si hubiera que tomar una decisión controversial que potencialmente podría beneficiar o perjudicar a alguno de los hijos menores y beneficiar a otros. Es posible que el mismo tutor designado solicite que se otorgue una tutela especial para que intervenga alguien que pueda atender asuntos que hacen a la administración de algunos de los bienes. Esto puede surgir como una necesidad por estar lejos o también por requerirse una idoneidad especial para tomar decisiones sobre algunos

---

168. El artículo 108 del Código Civil y Comercial enuncia taxativamente a las prohibiciones, que incluyen al cónyuge o conviviente del juez, a sus parientes hasta el cuarto grado o segundo por afinidad, a sus amigos íntimos y a sus respectivos parientes cercanos. Tampoco puede el juez nombrar a personas con las que tenga intereses comunes, deudores o acreedores. Ni siquiera puede nombrar a otros colegas magistrados de la misma jurisdicción.

bienes. Incluso podría ser designado por causa de la urgencia que se requiere para alguna operación de administración o disposición, de forma de no perjudicar los intereses de su pupilo.

## DISCERNIMIENTO DE LA TUTELA

El discernimiento de la tutela es básicamente el procedimiento judicial por el cual se elige y se pone en función al tutor. Ello implica que se deben acreditar los requisitos legales del posible tutor para ejercer el cargo. Para ser tutor hay que cumplir con algunas condiciones, como tener domicilio y residencia estable en el país y no estar en concurso o quiebra, o haber estado quebrado sin rehabilitación. Tampoco podría ser tutor quien hubiera sido privado o suspendido de la responsabilidad parental, ya que precisamente se tomarán en cuenta esos principios para llevar adelante la tarea de tutela. Por lo tanto, resulta imposible otorgar el cargo a alguien que ya lo hubiera desempeñado mal, con la consecuencia de la remoción. Este antecedente también se tomaría en cuenta si esa persona hubiera sido removida como curador o apoyo. Es decir que se busca a un tutor confiable, que tenga un oficio o profesión y un prestigio respetable, sin antecedentes de condenas por algún delito doloso.

El tutor no puede tener cuentas pendientes con su pupilo, ni como deudor, ni como acreedor, así como tampoco debe tener pleitos con sus familiares. El ejercicio del cargo de tutor no puede ser otorgado a personas inhabilitadas ni a quienes se les hubiera restringido su capacidad de obrar por sí mismos; debe ser alguien de probada idoneidad para una tarea compleja. Pero además de esas habilidades, debe ser de confianza para los parientes del niño, niña o adolescente a quien representará. Por lo tanto, no debería nombrarse como tutor a alguien a quienes los progenitores expresamente hubieran excluido de ese cargo. Este es un criterio subjetivo que el juez podría dejar de lado si hubiere fundadas razones para hacerlo, sobre la base del interés superior del niño.

Tampoco podrá serle otorgado el cargo a quien hubiera tenido el deber de denunciar ante el juez los hechos que han dado causa a la apertura de la tutela. Esta se trata de una obligación imperiosa para los parientes que tuvieran legitimación pasiva ante un reclamo de alimentos, es decir ascendientes y descendientes sin límite (por afinidad solamente en primer grado) y colaterales en segundo grado (hermanos

unilaterales y bilaterales). Estos parientes deben denunciar a la autoridad competente que hay un niño, niña o adolescente que no tiene un referente adulto que lo proteja. La denuncia debe ser realizada dentro de los diez días de haber conocido esa situación, de lo contrario no podrán ser designados luego tutores de esa persona menor de edad. El incumplimiento de esa obligación podría además acarrear una responsabilidad civil por daños que hubiera sufrido el pariente menor de edad durante ese período. La misma obligación tienen también los oficiales públicos a cargo del registro civil o funcionarios públicos en general. Si el juez competente conoce esa situación deberá iniciar de oficio el procedimiento para el discernimiento de la tutela.

Será competente para tramitar el discernimiento de la tutela el juez del domicilio donde tiene su centro de vida el niño, niña o adolescente de quien se trate. También en estos procesos opera el principio del interés superior del niño, por eso lo primero que hará será oírlo personalmente y, en función de su edad y grado de madurez, tomará en cuenta sus expresiones. Si durante la tramitación del discernimiento de la tutela ya estaba actuando un pariente designado como tutor, los actos que este hubiera realizado quedarán confirmados si se le otorga judicialmente el cargo (salvo que fueran perjudiciales para el pupilo). Recordemos que los padres del niño pueden designar a un pariente, pero la tutela queda otorgada recién con el pronunciamiento del juez.

Ni bien quede discernida la tutela, el tutor tomará el cargo y se le entregarán los bienes luego de un inventario y avalúo que corresponde hacer al juzgado donde tramitó la tutela. Antes de eso, el tutor solamente podría realizar los actos urgentes y que sean estrictamente necesarios. Si quien asume el cargo de tutor tenía un crédito contra su tutelado, deberá informarlo al juzgado y tiene que integrar el inventario que se realiza. De no hacerlo así, no podrá luego reclamarlo, salvo que se comprobara que en ese momento el tutor no tenía conocimiento de la existencia de ese crédito a su favor. El inventario se actualizará con los bienes que ingresen al patrimonio del tutelado mediante el mismo procedimiento. En aquellos casos en los cuales el tutor fuera heredero de los padres o de otro tutor anterior de su tutelado, deberá requerir inmediatamente que se practique una rendición judicial de cuentas y se lleve adelante la entrega de sus bienes.

La rendición de cuentas es periódica y se debe desarrollar anualmente. También deberá presentarse una rendición de cuentas cuando

finaliza la tutela o bien ante una requisitoria del juez en cualquier momento (el Ministerio Público puede pedirle al magistrado que ordene la medida). Se trata de una obligación del tutor en resguardo del patrimonio del tutelado. El tutor podrá solicitar que se fije otro plazo al anual, lo cual se decidirá tomando en cuenta la naturaleza de los bienes que componen el patrimonio y el interés superior del niño.

La rendición final de la tutela se realiza luego de su extinción y en un plazo que el juez dispondrá. Recordemos que no está permitido eximir de esta rendición al tutor o a sus herederos (en el caso de extinción por su fallecimiento). Si este procedimiento irrogara gastos, serán afrontados por el tutelado, pero a través de un reembolso, luego de aprobada la rendición. Antes de eso, el tutor deberá hacer frente a esos gastos. De igual manera podrá reclamar gastos de la gestión, siempre que sean acordes a la función desempeñada.

La omisión en la rendición de cuentas, la no aprobación judicial de lo rendido o bien la mala administración del tutor son consideradas un daño que debe ser indemnizado al tutelado por parte del tutor. Tal resarcimiento deberá ser equivalente a los bienes que se hubieran podido producir de haberse llevado a cabo la tarea de forma idónea.

## EJERCICIO Y PROHIBICIONES

El ejercicio de la tutela está enfocado básicamente en la tarea de representación legal. El niño, niña o adolescente tutelado tiene en su tutor a un representante que velará por sus intereses patrimoniales. Para ello, el tutor debe tener muy en cuenta la opinión de su representado para todas las decisiones, tomando siempre en cuenta su edad, su grado de madurez y su derecho a ser oído. El desempeño del tutor requiere de idoneidad y responsabilidad, ya que no puede causar daño a través de sus acciones u omisiones. Si se provocara algún perjuicio al tutelado y de ello fuera culpable el tutor, deberá resarcir por el daño a su representado.

Además de la administración de los bienes de su tutelado, el tutor debe estar atento a sufragar los gastos que se necesiten para la educación y alimentos de su representado. La suma de dinero para ello será fijada judicialmente, en proporción al patrimonio y al caudal de ingresos periódicos (cuando se trata de un monto periódico es posible que el valor requiera ser actualizado en el tiempo). Podría suceder que los

recursos del niño, niña o adolescente no fueran suficientes y se necesitara reclamar alimentos a algún otro pariente. En tal caso y antes de iniciar la acción de alimentos correspondiente, el tutor deberá gestionar la autorización al juez que interviene en la tutela. También deberá solicitar esa autorización judicial para adquirir bienes que no sean aquellos indispensables para la asistencia cotidiana de su representado o que por su magnitud impliquen una erogación importante. En este sentido, en aquellas erogaciones trascendentes se debe consultar al juez, con la debida intervención del Ministerio Público. La forma de invertir el dinero del tutelado por parte del tutor debe ser segura y se deben evitar riesgos financieros. Por lo tanto, si hubiera un excedente de los gastos básicos de la tutela, esos fondos serán depositados en un banco solvente y reconocido, ya sea para que genere intereses o bien en títulos públicos, en ambos casos a la orden del juzgado donde tramita la tutela, de manera de evitar que el tutor pudiera retirar fondos, títulos o valores sin la previa autorización del juez.<sup>169</sup>

El tutor tiene las mismas limitaciones para celebrar contratos con su representado que las que tienen los progenitores con sus hijos menores de edad. Así, habrá actos que no podrá realizar ni siquiera con la autorización del juez, mientras que para otros asuntos esa autorización puede habilitar la celebración del acto. Tal prohibición subsiste mientras esté vigente la relación de tutela pero además se extiende hasta la aprobación judicial de la rendición de cuentas. Esto no varía aunque ya el tutelado haya devenido en una persona mayor de edad. Una vez que se hubieran aprobado las cuentas y por lo tanto ya extinguida la tutela, ambos adultos podrán celebrar cualquier acto jurídico válido sin intervención de ningún juez.

En cambio, hay otros actos que podrán realizarse siempre y cuando el juez lo autorice, como la ya mencionada adquisición de bienes a un tercero aunque no sean los indispensables para requerimientos alimentarios del tutelado. También con autorización puede el tutor realizar operaciones de préstamo de dinero, siempre que hubiere garantías reales que aseguren la indemnidad patrimonial del representado. De igual modo podrá celebrar locaciones de servicio, pero esos contratos cesarán

---

169. El artículo 125 del Código Civil y Comercial permite eventualmente celebrar un fideicomiso u otras inversiones pero siempre que sean seguras, para lo cual se necesitará un dictamen técnico previo.

cuando este llegue a la mayoría de edad. El juez podrá autorizar actos que constituyan, modifiquen o transmitan derechos reales, pero antes deberá evaluar si ello es claramente conveniente para el patrimonio del niño, niña o adolescente. Más restrictivo aún será el criterio para autorizar si los bienes que se pretende vender tienen un valor afectivo o cultural, y el criterio para la autorización es que haya una necesidad absoluta. En cuanto a la aceptación o renuncia de herencias o donaciones se debe también solicitar la autorización judicial, igual que para contraer deudas o realizar transacciones comerciales o financieras relevantes. Lo que no necesitará autorización judicial es el giro cotidiano de los gastos necesarios para la subsistencia (alimentos), incluyendo los costos de la educación. Tampoco requiere autorización judicial el mantenimiento ordinario de los bienes (reparación o conservación) que conforman el patrimonio del representado, pero sí aquellos gastos extraordinarios que pudieren surgir en este rubro. También se necesita autorización judicial para celebrar actos donde hubiera un posible conflicto de intereses, por estar involucrados o con intereses comprometidos los parientes del tutor, sus socios o amigos íntimos.

Para garantizar la transparencia de las ventas de bienes del tutelado se realizarán subastas públicas. Este procedimiento podrá ser omitido si los bienes a vender tuvieran un valor escaso o también si se acreditara que se obtendrán mejores condiciones a través de una venta extrajudicial, para lo cual se tomará como referencia el valor de tasación. El destino que se da al dinero del tutelado es una de las claves principales de la tutela, de allí que se deban tener tantas precauciones. Como hemos visto, las inversiones deben ser hechas con suma prudencia y siempre solicitando la autorización del juez ante un posible riesgo. La participación en sociedades está dentro de estas actividades económicas, por lo cual en casos de decisiones trascendentes (por ejemplo optar entre la continuidad societaria o la disolución) se deberá informar en detalle al magistrado que interviene en la tutela. Otras labores comerciales, como la explotación de un fondo de comercio, tendrán el mismo criterio. En otras palabras, se pueden desarrollar por parte del tutor todos los actos ordinarios (que luego serán informados en la rendición de cuentas), pero si hubiera que tomar decisiones más trascendentes se consultará al juez.

Ya hemos mencionado que la labor del tutor es remunerada, de acuerdo con los honorarios que fije el juez que interviene en la tutela.

Esta obligación de retribución no es incompatible con la guarda. Es decir que un tutor puede ser quien también tenga la guarda de una persona menor de edad, con todas las obligaciones que ello acarrea, y esa simultaneidad de funciones no impide que cobre remuneración como tutor. Para fijar los honorarios del tutor se tomarán dos criterios básicos: el primero es la magnitud del patrimonio a administrar y el segundo es el trabajo que demanda acorde con la complejidad de la tarea.

También hemos mencionado que se podría designar a más de un tutor, en cuyo caso deberán distribuir los honorarios de acuerdo con la labor de cada uno. Pero en cualquier caso la retribución será una para ambos y nunca puede superar la décima parte de los frutos que generen los bienes del tutelado. Ese derecho a la retribución podría cesar si recibió un legado remuneratorio por su labor, aunque tiene la opción de renunciar al legado o devolverlo para así percibir la remuneración. Tampoco recibirá remuneración si no hubiera fondos suficientes en las rentas de su tutelado para los gastos básicos de alimentos y educación. No corresponde pagarle retribución si fue removido de su cargo por una acción u omisión atribuible a culpa o dolo. Finalmente, no le corresponde retribución si contrajo matrimonio con su pupilo sin antes obtener la dispensa judicial.

¿Hasta qué momento debe mantenerse la tutela? No se trata de un cargo al cual se pueda renunciar fácilmente, ya que implica una responsabilidad sobre los bienes y la persona del pupilo. Pero evidentemente hay situaciones que hacen imposible su continuidad, por ejemplo, la tutela finaliza de forma ordinaria cuando fallece el tutor o el tutelado, o si este último se emancipa o si ya no existen las circunstancias que llevaron a discernir la tutela. También si el tutor sufre algún deterioro cognitivo o una discapacidad mental o intelectual que dé lugar a una restricción de su capacidad de obrar por sí mismo o directamente a la incapacidad, estas son condiciones en las cuales no podrá llevar adelante su tarea, por lo cual el juez deberá removerlo de su cargo.<sup>170</sup> En este caso, si había más de un tutor designado continua-

---

170. Las tres causales genéricas para la remoción están mencionadas en el artículo 136 del Código Civil y Comercial y remiten a las obligaciones ya desarrolladas, como quedar comprendido en las prohibiciones para ser tutor, no realizar correctamente el inventario de bienes o no cumplir con sus deberes. También se agrega que puede ser removido si tuviera graves y continuados problemas de convivencia con su pupilo.

rá la tarea el otro tutor o bien se nombrará a uno nuevo. El tutor también podría ser removido por otras causas, ya sea a pedido del propio tutelado, del Ministerio Público o de oficio por parte del juez. Mientras tramita la remoción, el juez lo puede suspender provisoriamente y por ese lapso nombrará en el cargo a otro tutor provisorio.



## CAPÍTULO 13

### FAMILIA Y DISCAPACIDAD

*Creo que no nos quedamos ciegos, creo que estamos ciegos,  
ciegos que ven, ciegos que, viendo, no ven.*

**José Saramago**

*Ensayo sobre la ceguera*

#### LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Aproximadamente el quince por ciento (15%) de la población mundial son personas con discapacidad, según la estimación de un estudio internacional publicado en 2010 por la Organización Mundial de la Salud. Ese texto denominado “Reporte Mundial sobre Discapacidad”<sup>171</sup> todavía nos sirve de referencia confiable en términos cuantitativos, pero también porque recoge algunos conceptos provenientes de otros textos desarrollados por ese organismo internacional. Estos documentos buscan en su definición que la discapacidad no se equipare con una patología, de manera que no hay por qué considerar que una persona con discapacidad es necesariamente una persona enferma. Por el contrario, se entiende genéricamente la discapacidad como “los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una condición de salud dada y los factores contextuales”.<sup>172</sup> Esta perspectiva también surge de la principal norma internacional relativa a ese tema: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta norma toma aquella definición de discapacidad, que se suele denominar como “perspectiva social de la discapacidad”, en contraposición a una mirada exclusivamente médica.<sup>173</sup> Algunos autores utilizan el término “modelo” pero creo

---

171. Disponible en: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789240685215\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789240685215_eng.pdf)

172. Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), aprobada en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, en 2001.

173. Ratificada por nuestro país a través de la Ley N° 26638 y que en su artículo primero define: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de

que no es realmente una modelización sino solamente una definición. De cualquier manera, es importante evitar la equiparación entre discapacidad y enfermedad, así como también el uso piadoso del término o la conmisericordia. En lugar de ello, se busca que la sociedad reconozca la discriminación que le suele infligir a las personas con discapacidad y les brinde condiciones para una efectiva igualdad.

Las normas internacionales y locales asumen un compromiso estatal para el desarrollo de políticas públicas que tiendan a eliminar las barreras discriminatorias. Pero no solamente desde la conducción gubernamental sino también en todos los espacios de la comunidad, donde todavía perduran prejuicios contra las personas con discapacidad. ¿De quién es la responsabilidad de la inaccesibilidad física de un edificio público? Ciertamente que no es del usuario de silla de ruedas que no puede acceder a ese espacio, sino de los propietarios y de quienes diseñaron ese lugar no accesible. En todo el mundo se está tendiendo hacia un diseño universal como pauta de inclusión, hacia espacios a los que pueden ingresar y circular, y que pueden ser utilizados por personas con o sin movilidad reducida. Justamente la definición social de la discapacidad busca eliminar estereotipos de “normalidad” y promover espacios comunes de circulación.

Es necesario resaltar que la terminología tiene importancia, ya que muchas veces se utilizan eufemismos, quizás sin mala intención pero que denotan una incomodidad del hablante. El uso de términos como “minusválido”, “personas con capacidades diferentes” o “personas con necesidades especiales”, por citar solamente tres, evitan el uso del término que actualmente recoge la ley, que es “persona con discapacidad”. Por supuesto que cada uno es dueño de su propia forma de hablar, pero es importante que los abogados conozcan la terminología de las leyes. Estos términos pueden cambiar con el tiempo y, de hecho, hace algunos años las denominaciones arriba citadas eran de uso frecuente y aceptado. Pero lo cierto es que en el uso del término “persona con discapacidad” hay una aceptación de la forma de denominación que generalmente propone este colectivo, a través de sus asociaciones representativas. Quizás de manera exagerada, en algunas provincias argentinas hay normas que

---

condiciones con las demás”. A través de la Ley N° 27044 se la incorporó al grupo de instrumentos internacionales a los que hace referencia el inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional.

obligan al uso del término oficial.<sup>174</sup> Pero es importante insistir en que esta nomenclatura evita los eufemismos, o sea, construcciones que buscan evitar la referencia directa disimulando una condición.

La propia Constitución Nacional incorpora la defensa de los derechos de las personas con discapacidad en el inciso 23 del artículo 75, al ordenar al Congreso que promueva medidas de acción positiva con el propósito de garantizar a su favor la igualdad real de oportunidades y de trato. En el mismo precepto se menciona a otros grupos como las mujeres, los niños y los ancianos, a los cuales se les otorga una especie de protección más intensa que equipare oportunidades. Es una discriminación positiva a favor de grupos estructuralmente discriminados, que por ejemplo se aplica para la cobertura de prestaciones en discapacidad.<sup>175</sup>

Existen muchísimas leyes a nivel nacional y provincial en diferentes temas que afectan a las personas con discapacidad (salud, previsión social, educación, transporte y otros aspectos de la vida social). Por consiguiente, la discriminación que sufren las personas con discapacidad no es un problema de falta de legislación, sino de incumplimiento de las normas existentes. Lamentablemente muchas de las leyes que enuncian estos beneficios no suelen tener efectivo cumplimiento, por lo cual las prescripciones legales se convierten en mera retórica. Por eso ha sido necesario en muchos casos hacer valer los derechos a través de reclamos judiciales, de allí que se halla forjado un paciente y largo trabajo durante muchos años. Por tal motivo prefiero analizar esto como un proceso de larga duración y no un brusco “cambio de paradigma” como muchas veces es presentado.<sup>176</sup>

---

174. En la provincia de Buenos Aires rige la Ley N° 14519 (“Revisión de las expresiones lingüísticas que se refieren a las personas con discapacidad”), publicada en el Boletín Oficial el 25 de julio de 2013.

175. La Ley N° 24901 crea un sistema de prestaciones en salud que enfatiza el concepto de cobertura integral. Esta norma tiene una íntima imbricación con las que rigen respecto de las obras sociales (Ley N° 23660 y Ley N° 23661) así como de las empresas de medicina prepaga (Ley N° 26682). Para acceder a los beneficios que las leyes otorgan se deberá tramitar y obtener el Certificado Único de Discapacidad. La Ley N° 25504 modificó el artículo 3 de la Ley N° 22431, estableciendo que el Ministerio de Salud de la Nación será el organismo encargado de expedir el Certificado Único de Discapacidad, y que tendrá el mismo alcance que los que emiten las provincias que hubieran adherido a la Ley N° 24901. Recordemos que en materia de salud son las provincias las que tienen la facultad de legislar, ya que no fue delegada tal atribución a la Nación.

176. Desarrollé en profundidad este debate en el libro *Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, Editorial

La palabra “discapacidad” tiene un uso relativamente limitado en nuestro Código Civil y Comercial e incluso con una acepción un poco diferente a la que traen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Veremos en las próximas páginas que se trata de un tema que un abogado de familia debe manejar con fluidez ya que influye en varias cuestiones, en particular en lo referente a la discapacidad mental o intelectual. Recordemos que la discapacidad es una categoría muy amplia y abarca situaciones muy diferentes. Por ejemplo, son muy distintos los obstáculos que puede tener una persona ciega con respecto a otra con discapacidad motriz. Pero la mayor distancia en este sentido y la que tiene más repercusiones en cuestiones legales se encuentra en la falta de discernimiento de las personas con discapacidad intelectual o mental, ya que nuestro ordenamiento legal requiere su consentimiento para la celebración de actos jurídicos. Por eso a continuación desarrollaremos la noción de apoyos y salvaguardias para los actos jurídicos familiares, aclarando nuevamente que nos estamos refiriendo específicamente a aquellas personas con discapacidad mental o intelectual.

El principio de igualdad no es novedoso, se halla en muchas manifestaciones políticas de la historia de la humanidad, pero de forma intensa se generaliza con las nociones liberales de los Estados modernos, constituidos en el siglo XIX. Aquellas nociones liberales estaban más orientadas a un respeto por la autonomía individual, basado en una actividad estatal mínima. Hoy en día esa omisión en sí misma no es suficiente y se requiere de algunas medidas por parte de las autoridades estatales para promover la vigencia efectiva de los derechos. Claro que tales medidas deben ser concretas y exigibles, para no convertirse en meras declaraciones testimoniales al modo de una proliferación de promesas electoralistas. El concepto clásico del contrato descansa sobre una teórica equivalencia de partes y prestaciones. El medio al que se recurría para limitar la fuerza del contrato era la nulidad, a la que podía llegarse por varias vías técnicas, como ser la lesión, la imprevisión, la causa, el enriquecimiento sin causa, la extensión del concepto de orden público o de los vicios del consentimiento.<sup>177</sup> Luego las perspectivas neocontrac-

---

Jusbaires, 2017. Allí trato de demostrar el desarrollo paulatino a través del seguimiento de la jurisprudencia de las últimas décadas, en particular desde la reforma constitucional que dio a la acción de amparo una mayor relevancia.

177. El Congreso de Derecho Civil de 1926 repudió el individualismo del Código Civil sancionado en 1869. Los dos puntos que fueron exhibidos como la expresión más cabal

tualistas intentaron sostener los tradicionales principios liberales de libertad e igualdad, pero incorporando nociones más modernas sobre cumplimiento efectivo de los derechos que reconocen los instrumentos internacionales.<sup>178</sup> Así se fue tomando distancia de la matriz universal de los derechos que construyó el Iluminismo, luego de los estatutos personales que venían de la Edad Media. La igualdad ciudadana de la Modernidad rechazaba estatutos personales, sin embargo en la actualidad regresamos un poco a tal estilo legislativo con normas orientadas a grupos específicos de la población, aunque ahora tomando en cuenta factores como la potencial vulnerabilidad.<sup>179</sup>

## APOYOS Y SALVAGUARDIAS

El ejercicio de la capacidad jurídica es fundamental en el derecho de familia. Nos referimos específicamente a la capacidad de obrar por sí mismo que tiene un individuo, ya que la capacidad jurídica es inherente a cualquier ser humano y no puede ser limitada. En cambio sí está limitado el ejercicio, por ejemplo, si quien pretende celebrar un acto jurídico no cuenta con el discernimiento necesario.<sup>180</sup> Como hemos visto en los capítulos anteriores, hay una serie de actos jurídicos trascendentes que necesitan de la expresión de la voluntad. Para nuestro Código Civil y Comercial, un acto voluntario lícito es aquel que es desarrollado con discernimiento, intención y libertad. Sin estos elementos, no hay consentimiento válido y por lo tanto el acto que se celebre podrá ser declarado nulo. Esto se aplica para cualquier acto jurídico, incluyendo por supuesto a los actos jurídicos familiares, como

---

de este individualismo retrógrado eran: la libertad de las convenciones y el régimen del dominio de la *traste romanista*. Ese año se formó una comisión reformadora, al frente de la cual se designó al Dr. Juan Antonio Bibiloni a efectos de redactar un anteproyecto que finalmente no se aprobó, pero esas morigeraciones a las soluciones clásicas llegaron finalmente en 1968, a través de la Ley N° 17711.

178. John Rawls es uno de los principales referentes de esta perspectiva que hoy goza de importante consenso y que se renueva de manera permanente con los reclamos de diversas minorías, por lo cual constituye una valiosa herramienta en el derecho de familia.

179. He desarrollado con mayor profundidad este tema en *Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit.

180. Los artículos 23 y 24 del Código Civil y Comercial se refieren a la capacidad de ejercicio.

un matrimonio, el reconocimiento de un hijo, la elección del régimen aplicable en materia patrimonial en el matrimonio y muchos otros casos en los cuales la voluntad juega un rol determinante.

No siempre es sencillo juzgar en qué medida la voluntad de los individuos es libre o no. De la conclusión a la que se arribe dependerá la responsabilidad que pueda serle atribuida al autor de una conducta. Los códigos liberales del siglo XIX siguieron la tendencia revolucionaria, articulando la libertad y la responsabilidad. Así, quien cumple un acto, quiere sus efectos y soporta sus consecuencias. Es este precisamente uno de los pilares del liberalismo político para sustentar la igualdad entre los hombres. El individuo parte de iguales condiciones que el resto de la comunidad y tiene las mismas oportunidades, razón por la cual no se puede tolerar que el Estado intervenga para favorecer a uno en desmedro del otro, que si está mejor será por haber realizado un esfuerzo extra, o planeado mejor sus movimientos.

¿Qué pasa con aquellas personas que tienen dificultades cognitivas para comprender las consecuencias de los actos? En el sistema jurídico existe un conjunto de hechos y actos jurídicos que parten de la premisa de las decisiones voluntarias del ser humano, pero sabemos que hay personas que no podrán desarrollar actos voluntarios lícitos en los términos en que los define nuestra ley. Para aquellos casos en que exista una discapacidad mental o intelectual que impida el desarrollo de un discernimiento que permita formar la voluntad del individuo, se debe buscar la forma de proteger a esa persona y que pueda existir una vía alternativa para que celebre actos jurídicos. Una forma de evitar la celebración de un acto pasible de nulidad es declarar *a priori* la restricción de la capacidad de obrar por sí misma de la persona que carece de discernimiento. No se trata de una limitación a su capacidad jurídica, la cual no puede ser limitada, sino que, por el contrario, se trata de asumir y declarar que su capacidad de obrar por sí misma está restringida por la falta de discernimiento. Por tal motivo se le brindarán los apoyos y salvaguardias que necesite para celebrar válidamente actos jurídicos.

Evidentemente, aquí también entran en juego factores relacionados con lo patrimonial, ya que quienes ejerzan la representación deberán rendir cuentas, igual que en otras instituciones que hemos visto (responsabilidad parental o tutela). Las medidas que se tomen en este sentido deben ser progresivas, con el propósito de reconocer la mayor

autonomía posible para la vida cotidiana. Pero hay que aclarar que la restricción de la capacidad de obrar no tiene que ver directamente con limitaciones ambulatorias o con la internación, medidas estas que tramitarán por otra vía. Aunque sea reiterativo, es necesario aclarar nuevamente que la discapacidad en términos genéricos es un concepto amplio y ahora nos referimos de forma expresa a las personas con discapacidad mental o intelectual. En nuestro Código Civil y Comercial se utilizan distintas terminologías para situaciones que refieren a la falta de discernimiento. Por ejemplo, para el impedimento matrimonial se hace referencia a la “falta de salud mental”. Se trata sin duda de quienes no tienen la posibilidad de discernir, es decir, de personas con discapacidad mental o intelectual. De hecho, esa prescripción se ha utilizado en varios casos para personas con síndrome de Down (que forman parte de la categoría de personas con discapacidad intelectual). Aquellas personas que sufrieran padecimientos mentales, por ejemplo la esquizofrenia, serán consideradas como personas con discapacidad mental.<sup>181</sup>

La institución jurídica que tiene como propósito la representación de las personas con discapacidad mental o intelectual para la celebración de actos jurídicos son los apoyos.<sup>182</sup> Uno de los inconvenientes del término “apoyos” en nuestra legislación es que se usa de forma amplia y en ocasiones ambigua: a veces para referir a quien va a tomar medidas de acompañamiento legal (lo que podríamos denominar “representación”) y otras veces, a quien desarrolla una ayuda para una actividad de la vida cotidiana (por ejemplo, un acompañante terapéutico), y para mayor confusión, el término “apoyo” también se usa para

---

181. La Ley N° 26657, conocida como Ley de Salud Mental, ya había traído un cambio en cuanto al procedimiento y a los requisitos para la declaración de insania o inhabilitación, y promovió la necesidad de un dictamen interdisciplinario, y no solamente médico. Con el Código Civil y Comercial se modifica la nomenclatura y hablamos ahora de restricción de la capacidad de obrar por sí misma de una persona.

182. Los artículos 100 y 101 del Código Civil y Comercial enuncian que la representación es la forma genérica para que el ejercicio de los derechos por parte de quienes no pueden ejercerlos por sí mismos. Así, los padres son los representantes de sus hijos (incluso desde su concepción y antes de nacer) y si ellos no estuvieran, lo sería un tutor. De igual manera, un curador lo es para una persona incapaz y un apoyo lo es para quienes tengan su capacidad de obrar restringida por causa de discapacidad mental o intelectual. Pero los apoyos pueden tener, además de la representación, una segunda tarea. Se trata de una función de asistencia, que cada sentencia explicitará según las circunstancias.

la propia acción. En definitiva, se debe prestar atención al contexto en el cual se usa la palabra para saber con qué sentido se la está utilizando.

Los denominados “procesos de determinación de la capacidad”<sup>183</sup> tienen como finalidad analizar las condiciones mentales o intelectuales de una persona, para saber si puede celebrar algunos actos jurídicos de forma válida. El resultado de ese juicio puede ser la restricción de la capacidad de obrar por sí mismo del sujeto del proceso. Si se declarara esa restricción, se le nombrarán uno o más apoyos, que serán preferentemente los parientes más cercanos, el o la cónyuge o el o la conviviente. Entre los requisitos para ser nombrado apoyo (o curador)<sup>184</sup> se hallan la idoneidad moral y económica, ambos conceptos un poco amplios y abiertos a la interpretación discrecional del juez. La restricción para la capacidad de obrar no afecta propiamente a la capacidad jurídica, sino que solamente limita la posibilidad de esa persona de celebrar determinados actos jurídicos, para los cuales deberá contar con los apoyos necesarios y las salvaguardias que protejan sus intereses y respeten su autonomía.

Algunos organismos internacionales han criticado la legislación argentina por causa de la restricción de la capacidad de obrar. El Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha manifestado que nuestro Código Civil y Comercial es incompatible con las prescripciones de aquella Convención.<sup>185</sup> Básicamente entiende que el derecho argentino anula la personalidad de las personas con discapacidad mental o intelectual a través del proceso de interdicción y que la representación constituye en realidad una sustitución de la voluntad. Se trata de un debate complejo, en especial porque se produce un

---

183. No es una denominación acertada, ya que la capacidad no se determina sino que es un atributo de la persona humana. En todo caso, lo que se está analizando es la posibilidad del ejercicio pleno de esa capacidad que tiene un individuo con discapacidad mental o intelectual.

184. La figura del curador se mantiene para los casos en los cuales se declarara la incapacidad, sólo si la persona se encuentra “absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo”, según lo expresa el último párrafo del artículo 32 del Código Civil y Comercial.

185. Ese Comité es un organismo técnico dependiente de la Organización de las Naciones Unidas y objeta que nuestras leyes contradicen al artículo 12 de la Convención. Esto remite a un apasionante debate sobre qué se debe entender como “las condiciones de su vigencia” en materia de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos. El texto completo de las Observaciones está disponible en: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/.../CRPD-C-ARG-CO-1\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/.../CRPD-C-ARG-CO-1_sp.doc)



deslizamiento conceptual a través del uso de las mismas palabras con diferentes sentidos. Si utilizáramos de forma integral las nociones de nuestro derecho civil, entonces sería imposible que existiera sustitución de la voluntad, ya que no hay propiamente “voluntad” sin discernimiento. Es evidente que este término (“voluntad”) se está utilizando de forma distinta por parte del Comité de la Convención y del legislador argentino.

Es posible que existan conflictos de intereses en algunas decisiones entre la persona con capacidad restringida y su apoyo, en particular cuando ejerza una representación y se requiera tomar una decisión acerca de la disposición de bienes. En tales casos se podrá convocar a otros apoyos o incluso a familiares o allegados sin necesidad de investirlos judicialmente con la calidad de apoyo. Los controles judiciales deben entonces velar para que no sean perjudicados los intereses de las personas con discapacidad mental o intelectual en estos procesos. Así sucede, por ejemplo, en el proceso sucesorio. Tales controles pueden ser considerados como salvaguardias de esos derechos. A continuación analizaremos la situación de aquellas mujeres con discapacidad mental o intelectual que tienen hijos.

## EL DERECHO A CONSTITUIR UNA FAMILIA

Tal como hemos visto en el capítulo sobre matrimonio, la falta de salud mental es uno de los impedimentos para su celebración, aunque también sabemos que el juez puede igualmente autorizarla. Para emitir tal autorización, deberá ordenar una evaluación por parte de un equipo interdisciplinario, entrevistarse personalmente con la pareja y constatar que quien tiene tal dificultad mental o intelectual puede, al menos de forma genérica, comprender los alcances y consecuencias del matrimonio. También son convocados los apoyos de los contrayentes para que brinden mejores elementos de convicción al juez. Pero el matrimonio no es la única medida que requerirá intervención judicial, ya que luego de celebrado, se deberán tener en cuenta las relaciones patrimoniales. Obviamente, también intervendrá el juez si la pareja decide divorciarse. Así como existe el derecho a constituir una familia, el individuo puede elegir no estar más casado con la persona con la que contrajo matrimonio. Esto no lo eximirá de cumplir determinadas obligaciones que hacen por ejemplo al ejercicio del rol parental.

Hay otras decisiones que también requieren de un análisis atento y minucioso, como el atinente a los pedidos de intervención quirúrgica con propósitos anticonceptivos, como es la ligadura de trompas. Se trata de un proceso irreversible y que puede ser considerado lesivo para alguien que pretende planificar una familia. El tema adquiere una dimensión valorativa más compleja cuando se trata de un pedido de interrupción de un embarazo cuando la mujer encinta tenga una discapacidad mental o intelectual. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce en su artículo 23 el derecho a constituir una familia y a planificar la cantidad de hijos que se desee tener. Claro que ello requiere de cierto grado de discernimiento y también asumir que son consentidas las relaciones sexuales de las cuales derivan los embarazos. Lamentablemente muchos embarazos son producidos por violaciones a mujeres en condición de vulnerabilidad por su discapacidad mental o intelectual. Incluso en muchos casos se trata de relaciones deseadas, pero sin una noción clara sobre la posibilidad de un embarazo. Es una cuestión compleja que no admite respuestas simplificadas.

Muchas personas con discapacidad mental o intelectual viven aún con sus progenitores, a pesar de ser adultas. Ello se debe a la dificultad de lograr autonomía para las actividades de la vida diaria, aunque se busque siempre aumentar esa autogestión a través de apoyos. El derecho a ejercer una sexualidad libre y plena no evita las consecuencias de esas relaciones sexuales en cuanto a los posibles embarazos.<sup>186</sup> De allí que la respuesta fácil que muchos progenitores dan es una especie de confinamiento que impide que sus hijos, inclusive cuando ya son adultos, tengan cercanía física con otras personas con las que puedan intimar. En la República Argentina se reconoce el derecho a la esterilización anticonceptiva.<sup>187</sup> Tal como se ha visto en el subtítulo sobre capacidad progresiva de los adolescentes, podrían existir discrepancias entre la voluntad de los progenitores y de una joven que quiera someterse a una intervención médica para acceder a un método anticonceptivo. ¿Qué pasaría si quien quiere decidir sobre su propio cuerpo tiene una discapacidad mental o

---

186. Sin mencionar también la posibilidad de enfermedades de transmisión sexual. Hay que tener en cuenta que las formas de prevención dependen de cuidados sobre el propio cuerpo que requieren de habilidades cognitivas mínimas y hay personas que no las tienen.

187. Ley N° 26130. Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica.

intelectual? ¿Acaso no tiene derecho a tener relaciones sexuales sin el riesgo de un embarazo no deseado? ¿Qué pasa si una mujer con discapacidad intelectual o mental tiene un hijo?<sup>188</sup> Por supuesto que dependerá en mucho el grado de la discapacidad y el contexto social y familiar en el cual se desenvuelve. Para muchos de estos casos, la tradicional respuesta era la declaración del estado de adoptabilidad, a partir de la consideración negativa que se tenía de esa clase de maternidad. Se ha debatido en varios procesos judiciales la tensión entre el mejor interés del niño y la continuidad en la familia de origen. Como vimos en el capítulo sobre adopción, se busca que el hijo menor de edad se críe y eduque en el marco del núcleo familiar original, siempre que ello sea posible. Si la persona con discapacidad mental o intelectual y declarada incapaz tiene un hijo menor de edad, el mismo curador de la persona incapaz será a la vez tutor del niño. Sin embargo, el juez interviniente en el proceso de determinación de la capacidad podría decidir que se debe designar como tutor a quien ejerce la guarda de ese hijo menor de edad.

La cuestión se torna dilemática cuando una madre, por causa de su discapacidad mental o intelectual, no está en condiciones cuidar de sí misma y, por lo tanto, tampoco puede asumir la tarea de criar a sus hijos. Como hemos visto en capítulos anteriores, el ejercicio de la responsabilidad parental requiere de habilidades complejas, en particular con respecto a los cuidados personales que se deben brindar al hijo menor de edad. Cuando hay otros familiares cercanos y que quieran brindar esos cuidados personales al niño o niña, la situación puede encaminarse y se puede evitar separar a esa madre con discapacidad intelectual de su hijo o hija. Incluso se puede pensar en brindar ciertos apoyos para el ejercicio de la maternidad, siempre que ello no resulte un reemplazo liso y llano, en cuyo caso no tiene sentido fingir que la madre biológica está ejerciendo un rol parental. La solución de cada caso tendrá su particularidad, pero hay principios que deben tenerse en cuenta, como el sostenimiento del vínculo con la familia de origen. En el caso en el que fuera imposible, se debería optar por el otorgamiento de una adopción simple, que permita mantener la comunicación fluida entre la madre de origen

---

188. Se trata de una situación a veces dilemática y que ha sido tratada en diferentes artículos en los últimos años, por ejemplo: Seda, Juan, "Nacidos para la adopción: hijos de personas con discapacidad intelectual y mental", en *Revista Inclusiones*, Julio - Septiembre 2014, vol. 1, N° 3, Santiago de Chile, Universidad de Los Lagos, pp. 9-18.

y su hijo. Es esta una decisión que puede no coincidir con estereotipos clásicos de familia, pero que considera que la persona con discapacidad mental o intelectual debe tener su rol en la vida de su propio hijo. Y en los casos en los cuales una madre no pueda cuidar de sí misma ni de su hijo, aunque se otorgue la adopción de ese niño, debería resguardarse el derecho de comunicación.

No es realmente posible tener una solución única para todos los casos, por la infinita variedad de escenarios que pueden presentarse. Ninguna persona es igual a otra y los contextos también varían, lo cual hace que los apoyos y los obstáculos deban analizarse en cada situación. Las discapacidades son muy diferentes entre sí y será necesario buscar soluciones legales para cada caso en particular, pero siempre con el objetivo de promover la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la mayor autonomía posible.

# CAPÍTULO 14

## EJERCICIO PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA

*Lucha. Tu deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha siempre por la justicia.*

**Eduardo Couture**  
“Decálogo del abogado”

### ASPECTOS PROCESALES EN DERECHO DE FAMILIA

Nuestra Constitución Nacional distingue atribuciones para legislar, según los temas, a las provincias o a la Nación.<sup>189</sup> Los códigos de fondo corresponden a la Nación, mientras que en materia procesal debe legislar cada jurisdicción. Sin embargo, vemos en la práctica que no es un principio tan respetado a lo largo del tiempo. Así, el Código Civil y Comercial avanza en materia procesal en muchos aspectos, seguramente sin intención de incumplir con el mandato constitucional sino para reafirmar algunos principios legislativos. Ya sabemos que la forma en que se desarrolla el proceso puede ser más trascendente que los enunciados genéricos. Uno de los objetivos en el derecho de familia es que se cumplan efectivamente aquellas prescripciones que reconocen derechos, en lo que se llama la tutela efectiva.<sup>190</sup>

---

189. El artículo 121 de la Constitución Nacional dice que las provincias conservan el poder de legislar sobre aquellas competencias que no hubieran sido expresamente delegadas al poder central de la Nación. Se trata de un tema controversial y un debate crónico, ya que es muy común que el Congreso de la Nación legisle sobre temas que exceden su competencia y luego incluya en esa ley un artículo en el cual invita a las provincias a “adherir” a esa norma. La tensión es permanente porque las provincias suelen tener menor capacidad presupuestaria que la Nación, y no adherir a algunas normas implica quedar fuera de distribuciones de partidas de fondos nacionales para la ejecución de esas políticas. Por otra parte, la articulación de políticas hace que la forma de legislación centralizada evite una fragmentación normativa.

190. La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, referido a obtener una respuesta concreta por parte de un juez competente e independiente, que garantice la prestación de justicia. Está contemplado este derecho en el artículo décimo de la Declaración

Los procesos en materia de familia deben cumplir con los principios de inmediación, tutela efectiva, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.<sup>191</sup> Estos principios a su vez deben concordar y armonizar con otras normas operativas, como la protección del interés superior del niño, su derecho a ser oído y la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes. Esto implica que los jueces deberán entrevistarse personalmente en muchos procesos donde estén en debate derechos de personas en condición de vulnerabilidad. Ya hemos visto esta obligación a lo largo de los capítulos anteriores; la inmediación se destaca como un principio que debe tenerse en cuenta como requisito para la validez de los procesos. La composición de lugar del magistrado y la necesidad de fallar de acuerdo a los principios de la sana crítica hacen que tal inmediación constituya una garantía más para las partes, así como un resguardo para el magistrado.

Los jueces de familia en muchas circunstancias tienen la obligación de impulsar el proceso y también tomar medidas de oficio. Pero es necesario aclarar que ello no exime al abogado de su propia obligación de ofrecer la prueba necesaria y producirla de acuerdo al carácter dispositivo de nuestro derecho civil. Además, hay que aclarar que ese impulso de oficio no se aplicará a los aspectos económicos de las acciones. Lo que no debe creer un abogado que ejerce en el fuero civil con competencia exclusiva en asuntos de familia es que puede ignorar el proceso y dejar todo librado al impulso que dará el juez al proceso. Aquellos abogados que van a ejercer el derecho familiar necesitan un ágil manejo de los pasos procesales, como en cualquier área del derecho. Sobre todo porque se deberá tener gran versatilidad de recursos para pensar cómo acreditar cada hecho.

---

Universal de Derechos Humanos, así como también en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVIII. Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, incorpora esta garantía en su artículo 8.1. Allí, además, amplía algunos detalles importantes del procedimiento, como el derecho a ser oído con las debidas garantías, que el proceso se desarrolle en un plazo razonable y la ya mencionada imparcialidad del juez. En materia familiar habría que agregar la importancia de la inmediación, entendiendo por tal la posibilidad de acceso a los tribunales. Con ese criterio se ha sancionado en muchos procesos la competencia del juez del domicilio de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta el criterio de su centro de vida.

191. El artículo 706 del Código Civil y Comercial menciona también a la buena fe y lealtad procesal, principios que deben aplicarse en todos los procesos.

Recordemos que en el derecho de familia rigen tres principios: la libertad de la prueba, la amplitud y la flexibilidad. La idea de una carga de la prueba dinámica obliga a cada parte a brindar al proceso los elementos que tuviere a su disposición. O sea que quien está en mejores condiciones de probar algo es quien debe hacerlo. Esto no es tan sencillo de llevar a cabo, porque es casi imposible que una parte quiera aportar prueba que le perjudique en la causa. A diferencia de otra clase de juicios civiles, en los procesos de familia pueden ser ofrecidos como testigos parientes y allegados de las partes. El motivo que suele fundar la prohibición de declarar como testigos a los parientes es la cercanía afectiva, que puede teñir un testimonio. Sin embargo, en estos casos no hay nadie en mejor posición para informar lo que sucede en el interior del hogar. Se debe entonces analizar cada caso en particular, con especial cuidado respecto de las declaraciones que se ofrecen por parte de niños, niñas o adolescentes. El juez podrá admitirlos o no como testimonios, según considere su trascendencia y también si hay motivos fundados que expresen los parientes convocados pero reticentes a declarar.

Nuestra legislación distingue, de manera recurrente, los derechos inherentes a la personalidad de aquellos de índole patrimonial. Pero debemos admitir que no siempre es tan sencillo de descifrar el límite exacto entre los derechos inherentes a la personalidad de sus derivaciones patrimoniales, ya que hay casos en los cuales precisamente uno depende del otro. Así, por ejemplo, en las acciones de filiación, donde muchas veces se desarrolla para avanzar luego (o en simultáneo) sobre derechos patrimoniales.<sup>192</sup> Hemos visto en el capítulo sobre filiación que hay reglas bastante detalladas sobre la legitimación activa y la transmisión por causa de muerte de esa posibilidad de demandar. Se entiende entonces que ambos intereses son válidos y atendibles, pero que los derechos inherentes a la personalidad tienen mayor densidad, de allí que sean irrenunciables.

Ya hemos mencionado que en los procesos en los cuales se debaten derechos de niños, niñas o adolescentes, el juez competente podrá ser tanto el del domicilio del demandado como el que corresponda al

---

192. Una manera de intentar distinguir en esos dos criterios es la que trae el artículo 712 del Código Civil y Comercial, que expresa que las acciones de estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles, mientras que sí se puede renunciar y prescriben las acciones sobre derechos patrimoniales.

domicilio del centro de vida de la persona menor de edad, a su elección. Así se hará, por ejemplo, en los procesos de filiación o de alimentos derivados de la responsabilidad parental. El objetivo de cuidar el centro de vida de los niños, niñas y adolescentes es ponerlos en el centro de las preocupaciones y tratar de perturbar lo menos posible su ritmo de vida durante la tramitación de esta clase de juicios. El juez competente para los procesos de divorcio y nulidad de matrimonio será el del último domicilio conyugal, o bien el del domicilio del demandado. La parte actora podrá elegir ante cuál de estos magistrados litigar, pero una vez entablada la demanda se mantendrá la competencia para los procesos conexos y, por supuesto, en la eventual ejecución de sentencia. El mismo criterio se utiliza para las acciones que puedan derivar de las uniones convivenciales, por ejemplo alimentos o pensiones compensatorias. En las presentaciones conjuntas pueden optar por la competencia del juez del domicilio de cualquiera de los dos. Sin embargo, cuando se tratare de cuestiones patrimoniales y el cónyuge o conviviente demandado hubiere sido declarado en concurso o quiebra, la acción deberá presentarse ante el juez que entiende en ese proceso universal.

En los procesos de familia deben tomarse medidas provisionales para que los respectivos conflictos judiciales impacten lo menos posible en la vida cotidiana de los involucrados, pero especialmente en niños, niñas y adolescentes. Evidentemente, es imposible que una disputa en sede judicial en un proceso familiar no provoque consecuencias negativas; de allí la trascendencia de un obrar prudente por parte de abogados y jueces en esos momentos.<sup>193</sup> Así, por ejemplo, una vez que se presenta de forma unilateral o conjunta una demanda de divorcio, el juez puede disponer medidas precautorias sobre el uso de la vivienda familiar y el destino de los muebles principales, a través de un inventario. Son medidas para asegurar el funcionamiento de un grupo familiar, que luego podrán modificarse incluso por la voluntad de los involucrados directamente.

Ya mencionamos aquí la contradicción inevitable que provoca esto con la atribución de competencias legislativas entre la Nación y las provincias, ya que los códigos de procedimientos son dictados por las

---

193. El artículo 721 del Código Civil y Procesal enuncia, a modo de ejemplo, algunas de las medidas que pueden tomar los magistrados. Pero no son las únicas, y cada abogado deberá analizar detenidamente cuáles son las necesidades dentro de un marco de proporcionalidad de la acción solicitada y la verosimilitud del derecho.



autoridades legislativas de cada jurisdicción. La inevitable tensión se produce porque la norma de fondo (nacional) trae aspectos procesales. Nuevamente buscando una explicación a ello, podríamos considerar que estas medidas precautorias apuntan a sostener y garantizar los derechos de fondo de los individuos y las familias. De allí que estas medidas precautorias apunten a resolver situaciones muy concretas, como las ya mencionadas sobre el uso de la vivienda, pero también la posibilidad de fijar un canon locativo por el uso exclusivo de un bien común (como en el caso ya visto de la vivienda familiar). Además, hay cuestiones urgentes que requieren de un acuerdo entre cónyuges o convivientes en proceso de divorcio o separación, como el régimen de alimentos y cuidado personal de los hijos menores de edad.

La autocomposición es un medio para el diálogo y la armonía social, significa que las propias partes involucradas deberían ser las que encuentren una solución a su problema.<sup>194</sup> Sin embargo, este principio en los conflictos familiares tiene algunas limitaciones, ya que hay casos en los cuales se requiere de intervención externa para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los más vulnerables dentro del grupo familiar. Así, por ejemplo, está totalmente prohibida la utilización de esta clase de intervenciones, como mediación, en conflictos por violencia doméstica (como ya hemos visto en el capítulo correspondiente). Se trata de un límite impuesto por el orden público, ya que son conductas que no pueden ser toleradas por la sociedad ni siquiera cuando existiere un perdón de la víctima. De igual forma sucede respecto de ciertas conductas por parte de los adultos para con niños, niñas o adolescentes. El objetivo de la autocomposición parte de una noción dialoguista, donde el Estado debe poner a disposición de estas partes los dispositivos idóneos para ese diálogo, pero no debe apropiarse del conflicto en sí. También implica una cierta inclinación a las soluciones salomónicas, en las cuales ninguna parte pierde todo ni tampoco gana todo, generando un compromiso que tendería a la armonía en la convivencia. Es necesario entonces reiterar que tal solución puede ser útil y válida en muchos casos, pero no en todos por los criterios ya planteados. Será cada profesional quien deba ponderar las diferentes situaciones y evaluar con mucha responsabili-

---

194. El artículo 706 del Código Civil y Comercial utiliza una expresión desafortunada: “resolución pacífica de los conflictos”, como si hubiera en el sistema legal otra manera de resolver conflictos entre los habitantes.

dad y prudencia cuándo corresponde una salida conciliadora y cuándo ello no es posible, justo o conveniente.

Uno de los principios procesales más importantes en derecho de familia es la intermediación, ya que el legislador ha considerado que el involucramiento de los jueces con las personas puede promover un mejor conocimiento de las causas, lo cual derivaría en una solución más justa. En algunos procesos se ha definido en la propia norma de fondo, por ejemplo en lo que respecta a la determinación de la capacidad de una persona para ejercer por sí misma sus derechos.<sup>195</sup> Pero también en otros procesos se exige esta entrevista personal, como por ejemplo en aquellos en los cuales se dispensará de un impedimento para celebrar matrimonio, esto ya sea respecto de las personas con “falta de salud mental”, como también para quienes no tengan la edad legal para casarse. Junto con esta intermediación vendrá la necesidad de expresar personalmente los fundamentos para las pretensiones, lo cual obliga a que los abogados aprendan a expresar de manera oral sus puntos de vista. Ello requerirá un manejo claro y conciso de la palabra, algo que no suele ser entrenado en los primeros tramos del mundo académico.

En muchos casos el acceso a la justicia está condicionado por las dificultades económicas de quien necesita litigar. En primer lugar, por la dificultad para obtener asistencia jurídica y patrocinio, algo que no es fácil de obtener; no obstante, en varias jurisdicciones existen alternativas a través de instituciones sin fines de lucro y de universidades que tienen prácticas profesionales. Además de estos costos, hay gastos propios del litigio, para lo cual puede solicitarse el beneficio de litigar sin gastos. Para que sea concedido tal beneficio hay que acreditar que no se cuenta con recursos suficientes para afrontar esos gastos, sin necesidad de llegar al punto de tener que demostrar una extrema pobreza o el estado de indigencia.<sup>196</sup> El objetivo que se enuncia en la legislación argentina en esta materia es asegurar el acceso a la justicia de las personas con condición de vulnerabilidad, un propósito que también ha sido expresado en la Declaración de Brasilia, que se aprobó en la XIV Cumbre Judicial Ibe-

---

195. Algunos jueces han cuestionado la obligatoriedad de esta entrevista, ya que hay otras instancias técnicas que pueden reemplazarla.

196. El beneficio que en el Código Procesal Civil y Comercial está en el artículo 78 puede ser otorgado por el total de los gastos o por un porcentaje menor.

roamericana en 2008.<sup>197</sup> Se trata de un texto que los jueces deberían tener en cuenta al momento de ejercer su función jurisdiccional, y resalta pautas de actuación como la tutela judicial efectiva, la intermediación, la buena fe y lealtad procesal, la oficiosidad, la oralidad, el acceso limitado al expediente, la especialización de quienes actúan en este campo y la resolución pacífica de los conflictos.

Los expedientes judiciales sobre asuntos de familia son reservados, y solamente los pueden consultar los abogados que litigan en ese proceso, las propias partes y sus representantes y, por supuesto, los auxiliares de la justicia que intervienen en la causa. Las limitaciones al expediente se fundan en que los temas tratados en derecho familiar brindan información sobre la intimidad de las personas y los grupos familiares; de allí que esta reserva se deba asegurar en la órbita judicial, incluso si el expediente se remite temporalmente a otro juzgado como prueba en otro proceso. Estas precauciones también nos obligan como profesionales a sostener esa discreción en todas las instancias. Tal cuidado por la privacidad e intimidad abarca la información que el profesional reciba de parte del cliente sobre el caso. Recordemos que estamos manejando datos sobre la vida íntima de las personas y esa responsabilidad atraviesa todas las instancias de actuación profesional, comenzando por la primera entrevista.

## RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

La prohibición de no dañar rige para cualquier actividad, mucho más para aquellas que requieren de una capacitación técnica muy específica. Esta responsabilidad profesional tiene raíces históricas muy profundas, que se remontan al Código de Hammurabi.<sup>198</sup> En diferentes legislaciones se ha resaltado la jerarquía de la abogacía como profesión, pero también la responsabilidad que conlleva su ejercicio. Por ese motivo nadie debe

---

197. No se trata propiamente de una norma, sino de una declaración, pero en nuestro país la Corte Suprema de Justicia de la Nación la aprobó como Acordada N° 5/2009.

198. Se trata de un conjunto de prescripciones talladas sobre piedra, escritas en babilonio antiguo y que datan de casi dos mil años antes de Cristo. Es un interesante cuerpo normativo porque trae una idea de justicia retributiva (la conocida Ley del Tali6n) pero tambi6n incorpora garant6as que luego tomar6an los sistemas jur6dicos modernos, como la presunci6n de inocencia.

sentirse relevado del cumplimiento de sus deberes, cuidando expresamente cada movimiento procesal en un conflicto familiar, en atención a la trascendencia que puede tener en la vida de otras personas.

Uno de los deberes claves del abogado es ejercer la defensa técnica de su cliente de manera idónea, lo cual no solamente requiere de un fluido conocimiento de los derechos, sino también de cómo hacerlos valer. Así, el abogado de familia no debería creer que por el sólo hecho de considerar que tiene el derecho logrará la pretensión. Es fundamental que sepa alegar y probar cada hecho de manera clara y concisa. En este punto es clave que el profesional maneje los principios que hacen a la producción y ponderación de la prueba, ya que en el ámbito familiar hay mayor libertad, amplitud y flexibilidad. Incluso debe saber que el juez puede recurrir a medios de prueba que no fueron solicitados por las partes, bajo el amplio fundamento de las medidas para mejor proveer. Esto no significa que el letrado a quien le resulten favorables esas medidas se relaje en la convicción de que será el juez quien enmiende una posible omisión de su parte. Tampoco significa que el letrado a quien, por el contrario, aquella participación activa del juez le resultare perjudicial, permita tal intromisión exorbitante sin protestar. Además, el letrado debe saber que rige una obligación de brindar la prueba a la cual se tenga acceso, sobre la base de los principios de buena fe en el proceso y a la carga dinámica de la prueba.

Como en cualquier otra rama del derecho, el abogado que ejerce en materia de familia es responsable por mala praxis. Uno de los principales riesgos en esta materia es la pérdida de oportunidad para oponer defensas en los casos en que el abogado dejó pasar los plazos. Una presentación extemporánea puede provocar un daño al cliente, que tendrá entonces derecho a pedir un resarcimiento a su letrado por falta de diligencia en la tramitación de la causa. El ejercicio profesional requiere, entonces, de un alto nivel de atención a cada proceso, sin confiarnos en que hay procesos de familia que tienen parámetros procesales más flexibles.

Algunas críticas vulgares a los abogados en materia de familia apuntan a la frialdad por lucrar ante una situación dolorosa para otros (como un divorcio o un régimen de alimentos, por citar sólo dos ejemplos pertinentes). Pero es importante asumir e informar que el abogado que litiga judicialmente trabaja por honorarios, que tienen un carácter alimentario

para los profesionales. Se trata de una conversación quizás incómoda al inicio con el cliente, pero inevitable. Cuanto más claros sean los términos, más previsible será esa relación de contratación profesional.

Los honorarios pueden ser pactados de antemano, aunque también pueden dejarse librados a la regulación del juez. Esta forma de retribución tiene pautas que surgen de las correspondientes normas de cada jurisdicción y, si bien las leyes de honorarios son locales y pueden ser modificadas periódicamente, en general en las últimas décadas se han mantenido estables los criterios centrales para la regulación.<sup>199</sup> El acuerdo previo con el cliente o pacto de cuota litis es una buena forma de dar certeza sobre los costos en el litigio, aunque hay que aclarar bien al cliente que los honorarios no son la única erogación que conlleva una causa judicial. Estos acuerdos pueden ser instrumentados y homologados para evitar cualquier malentendido, pero también hay que señalar que hay limitaciones específicas a las cláusulas que pueden ser incluidas en estos pactos. Así, no tendrá validez un pacto de cuota litis que exceda el treinta por ciento. Se puede elevar ese porcentaje al cuarenta por ciento cuando el abogado asume anticipadamente los costos de una eventual derrota, pero se reduce al veinte por ciento cuando se trata de procesos en los cuales haya niños, niñas o adolescentes o juicio de alimentos.

Además, se puede pactar con el cliente un monto en concepto de honorarios, a lo que se puede sumar lo que se regule como honorarios a cargo de la otra parte. La regulación de honorarios por parte del juez brinda la seguridad al cliente de haber sido emitida por la autoridad judicial sobre la base de criterios vigentes en la ley. En estos casos también corresponde al abogado señalar al cliente el rango en el cual se podrá realizar tal regulación.<sup>200</sup> Cuando un letrado que ha intervenido

---

199. En la Capital Federal rigieron distintas leyes sobre este tema, como la Ley N° 21839 y actualmente la Ley N° 24432, que creó las Unidades de Medida Arancelaria (UMA). El precio de cada UMA fue atado a otro valor de referencia, un porcentaje (1,5%) del salario de un juez nacional de primera instancia. En muchas provincias se utiliza este método, con diferentes denominaciones, para dar más agilidad a las actualizaciones que se requieren por causa de la inflación en los precios. Así, por ejemplo, en Córdoba se utiliza el *jus* como medida para regular honorarios.

200. El artículo 20 de la Ley N° 24432 establece cuántas UMA corresponden a los honorarios en procesos que no son susceptibles de apreciación pecuniaria. Así dispone, por ejemplo que la regulación mínima para un abogado en un proceso de adopción será de 30 UMA.

en un proceso no está conforme con la regulación que se le ha fijado puede apelar, señalando cuáles han sido las labores que ha desarrollado. En los proyectos de ley que se debaten en los últimos años se ha destacado el carácter alimentario de los honorarios, lo cual se vincula también con la necesidad de asegurar un monto mínimo para aquellos procesos en los cuales se torna más discrecional la regulación por no ser susceptible de apreciación pecuniaria.

El criterio legal en materia de honorarios (y costas del proceso en general) es el principio objetivo de la derrota, o sea que corresponde pagarlos a la parte que resultó vencida. Sin embargo, en algunos casos muy excepcionales, los magistrados pueden apartarse de esa pauta.<sup>201</sup> Remarcamos la excepcionalidad del apartamiento de tal pauta porque para ello el magistrado deberá fundar muy claramente la decisión y explicar por qué aplica otro criterio para esa situación particular. El fundamento del criterio general es evitar que sufra menoscabo quien fue llevado a los estrados judiciales por quien no tenía razones valederas para hacerlo. Por lo tanto, quien tenía el derecho de su parte merece también ser reparado al momento de la imposición de costas, salvo que –como ya se destacó– hubiera causas muy fundadas que justifiquen que se ordene afrontar las costas en el orden causado o bien fijando porcentajes diferenciados para que pague cada una de las partes.

Además, hay que decir que en materia de derecho de familia rigen algunas normas que se apartan del ya mencionado principio objetivo de la derrota, atendiendo a otros principios, como el de la solidaridad familiar. Así, por ejemplo, en los procesos de alimentos corresponde siempre que los honorarios sean soportados por quien tiene a su cargo la obligación alimentaria. En los procesos susceptibles de apreciación pecuniaria se regulará el honorario en un porcentaje que va desde el once hasta el veinticinco por ciento del monto del proceso. Los criterios para regular los honorarios del abogado son el monto del proceso y las tareas realizadas en cada etapa, según su complejidad. En materia de familia tenemos procesos en los cuales hay intereses patrimoniales en discusión, y otros en los cuales no. Por ejemplo, un divorcio o nulidad de un matrimonio es

---

201. El artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial impone como pauta general el principio objetivo de la derrota, pero en su segundo párrafo permite que los jueces eximan total o parcialmente al vencido de esa responsabilidad, siempre que hubiera mérito para ello, expresándose en la sentencia bajo pena de nulidad.

una petición extrapatrimonial; sin embargo, ese proceso está vinculado con liquidación y disolución de la sociedad conyugal, que puede hacerse en simultáneo o con posterioridad, como ya hemos visto.

El cliente debe poder anticipar cuáles serán los costos a los que deberá hacer frente por su proceso judicial familiar. Además de los honorarios, hay cargas que deben afrontarse, tales como pago de sellado, tasas y depósitos, y el abogado debe ser claro respecto de estos gastos. Por supuesto que los procesos de familia tienen algunas particularidades y muchos no pagan esos costos (por ejemplo, los procesos sobre violencia doméstica). La regulación de honorarios se hace al finalizar el proceso, incluso cuando no hubiera petición de parte. Si por cualquier motivo se demorara la percepción de esos honorarios regulados, y tal resolución se hallara firme, se acumularán intereses. La ley de honorarios considera una falta de ética la renuncia anticipada a honorarios, o aun a convenir un monto inferior o superior a lo que la norma fija.

En esta rama del derecho se debería apartar por un momento la noción antigua de ganar o perder un juicio. No significa dejar de lado las pautas procesales, que se deben propiamente, y sabiendo cada paso y sus consecuencias, para obtener el mejor resultado posible. Incluso teniendo en cuenta que no hay ganadores y perdedores reales en los procesos de familia, es necesario insistir en que ello no significa dejar de lado los pasos procesales, ya que no desarrollar de forma diligente cada paso procesal puede dejar en estado de indefensión a nuestro cliente. Cada persona que participe del proceso debe adaptar su comportamiento a criterios éticos; no se puede ganar un juicio a cualquier costo, ya que el fin no justifica los medios.

Además de los abogados particulares, hay un rol fundamental de los funcionarios judiciales en la tramitación de las causas. ¿Cuál debería ser el rol de los jueces en los procesos de familia? Existe un debate recurrente en la doctrina procesalista civil entre dos posturas que genéricamente se podrían llamar garantismo y activismo, según el rol que toma el juez.<sup>202</sup> Para el garantismo procesal civil, el juez debe mantener su independencia e imparcialidad, garantizando la posibilidad de cada una de las partes de ejercer en tiempo y forma su derecho de defensa en juicio.

---

202. No debe confundirse esto con el debate que existe en el derecho penal, que suele tener repercusiones mediáticas. Aquí se utiliza el término “garantismo” en otro sentido, conforme a la acepción que tiene en el derecho procesal civil.

A diferencia de este, el activismo asume como premisa que existen partes más desfavorecidas socialmente y que para lograr una tutela efectiva de los derechos consagrados por las normas de fondo, los magistrados deben tener un rol activo y protagónico en los procesos. La crítica que se formula desde el garantismo es que ese no es el rol que la Constitución Nacional dio a los jueces, ya que es el legislador quien sanciona derechos e incluso derechos más intensos para algunos grupos de la población. Es decir que no es el juez el que debe otorgar derechos, sino el legislador.

¿Es el juez quien debe asumir la defensa de quien está en condición de vulnerabilidad social? Tal sería una postura alineada con el denominado activismo judicial. Sin embargo, se puede oponer a esa noción que las normas sobre protección especial a grupos vulnerables o minorías deben provenir de la ley y el juez se debe concentrar en su aplicación, sin necesidad de perder la imparcialidad en el proceso, y mucho menos corrigiendo defectos en la defensa técnica de una de las partes. Por supuesto, no es tan sencillo discernir algunas situaciones, ya que las normas de fondo dan al juez la responsabilidad de dirigir el proceso y ejercer sus poderes y deberes de forma activa, a través del principio de oficiosidad.<sup>203</sup> Ahora bien, el principio de congruencia hará que bajo ningún concepto pueda fallarse *ultra petita*, es decir, dando algo que no fue peticionado por la parte.

Vemos a lo largo de las distintas instituciones del derecho de familia que el legislador le otorgó al magistrado un poder de intervención más intensa, lo cual hace que los jueces ya no sean meros garantes de la igualdad de las partes. En este nuevo rol parecería que deben intervenir más activamente para hallar soluciones que sean satisfactorias para algunos principios que surgen de la legislación de fondo, ya sea nacional como internacional. Podríamos ver esto en el impulso procesal de oficio, incluso solucionando la inacción de una de las partes bajo el pretexto del interés social por encima de las peticiones específicas

---

203. ¿Qué significa este activismo que se le pide al juez de familia? Podríamos interpretar que tome partido e intervenga de manera directa en cuanto a la producción de prueba, pero entonces se podría diluir su carácter de figura imparcial y se pondría en riesgo uno de los pilares del sistema republicano, como es la garantía de todos los habitantes de ser juzgados por un juez independiente. Hay que buscar los puntos de equilibrio en distintos temas, especialmente en aquellos en los cuales se debaten derechos de personas menores de edad o personas con discapacidad mental o intelectual, en ambos casos por su condición de vulnerabilidad.



de las partes. Aunque suena bien que los jueces tomen el rol de justicieros, puede ser riesgoso que nociones vagas y ambiguas como el “orden público”, la “paz social” o el “interés de la comunidad” interfieran con el debido proceso, que es mucho más que una mera formalidad: es la esencia del sistema democrático y republicano, ya que protege al individuo de la arbitrariedad de la que el Estado puede ser capaz.

## PRINCIPIOS ÉTICOS

La tarea profesional del abogado está sujeta a distintos tipos de normas, entre las cuales no debemos omitir las pautas éticas. No se trata de una perspectiva moral sobre cómo ser en su vida privada, qué pensar o qué valores defender, todos temas que hacen al fuero íntimo de cada individuo. Por el contrario, los principios éticos profesionales son pautas a las cuales ajustar la actividad para una convivencia armónica. Todos los abogados deben ejercer su profesión de manera decorosa y bajo los principios de buena fe y lealtad procesal. Por un lado, ello se trasunta en evitar conductas que puedan ser temerarias o maliciosas, pero también se traduce en una postura colaborativa, incluso con la otra parte.

El abogado debe comportarse con lealtad, probidad y buena fe ante su cliente, manteniendo el secreto profesional. No hace falta aclarar que esto se vuelve trascendente en aspectos familiares, donde nuestros clientes en muchos casos deberán relatarnos aspectos de su vida íntima. En este punto es necesario recomendar máxima prudencia acerca de qué información se requiere, evitando detalles innecesarios para la defensa legal. El abogado no debe intentar obtener ventajas indebidas o faltar a la verdad u omitir la información de la que dispone. Más aun quienes ejerzan en casos de derecho familiar, ya que los vínculos familiares suelen perdurar más allá de los conflictos, aunque a veces en otra dimensión. En un divorcio con niños, por ejemplo, los excónyuges deberán verse o hablar para las decisiones sobre los hijos en común.

El deber de confidencialidad exime al abogado de dar información en cualquier caso acerca de situaciones que hubiere conocido por el cumplimiento de su labor profesional. Así también es inviolable su estudio profesional, ya que así se resguarda la garantía constitucional de la defensa en juicio. En materia familiar se trata de un resguardo

prioritario y mucho más cuando se trata de niños, niñas o adolescentes, que no deben sufrir menoscabo en su intimidad por causa de un proceso judicial. Entonces el abogado deberá velar también para que se cumpla con todos los recaudos necesarios en el respectivo tribunal para el cuidado de esa confidencialidad.

Un mismo profesional no puede representar, patrocinar o asesorar de forma simultánea en una causa a intereses opuestos. Esta clase de situación se puede plantear en un divorcio, en el cual las partes se presentan conjuntamente, pero sin tener posiciones acordadas respecto a los convenios sobre alimentos o al plan de parentalidad. Si bien al inicio del proceso no aparecen los conflictos, pueden emerger más adelante y cada parte necesitará de su propio letrado. De allí que sea más prudente evitar patrocinar a ambas partes desde el inicio.

Aquellos funcionarios judiciales que dejaran su cargo y con posterioridad se volcaran al ejercicio de la profesión, deberán evitar intervenir como abogados patrocinantes o apoderados en causas en las cuales ya hubieran tenido intervención como jueces, secretarios o representantes del Ministerio Público. De igual manera se debería evitar la participación en una causa si la trayectoria laboral del abogado fuera inversa e ingresara con un cargo en el Poder Judicial.

Ejercer el derecho familiar conlleva una clara responsabilidad sobre asuntos muy delicados de los clientes, muchas veces íntimos. Para esas comunicaciones se requiere de un resguardo garantizado de la información, de una discreción absoluta. Los abogados no pueden comentar los detalles de sus clientes, ni siquiera con su círculo más íntimo; como ya dijimos, la discreción es un requisito esencial y se debe aprender a guardar secretos. La empatía que se necesita con el cliente para que pueda relatar los hechos e incluso sus pretensiones (ligadas a sus sentimientos) forma parte de las habilidades que debe tener un profesional del derecho de familia. Pero hay que aclarar que esto no nos habilita a considerar que tenemos competencias profesionales en otros campos del conocimiento humano o social.<sup>204</sup>

---

204. Cuando algunos colegas dicen que son “medio psicólogos” cometen un grave error. Es cierto que escuchamos situaciones de índole muy íntima, pero definitivamente no somos psicólogos (ni medio, ni un cuarto). Para ejercer la psicología se debe estudiar esa carrera. Aun con buena intención, tales deslizamientos conceptuales pueden provocar daños y por eso nuestra obligación es aconsejar el tratamiento ante aquellos profesionales de campos idóneos (psicólogos o psiquiatras, según cada caso).

La titulación y posterior matriculación otorgan al abogado una autorización para determinadas gestiones que no pueden ser delegadas a empleados ni tampoco a gestores. El que no es abogado, no puede presentarse como tal ni tampoco dejar que un cliente tenga esa falsa creencia. Esa línea de diferenciación está planteada en las leyes de ejercicio profesional de la abogacía, al prohibirles a quienes no sean abogados presentarse como tales o desarrollar tareas que quedan vedadas para quien no tenga la correspondiente matriculación. Esta prohibición también atañe a los propios abogados, quienes no deben firmar ningún escrito judicial que no hayan realizado por sí o bien que no revisaran previamente y hayan aprobado en todos sus términos.

El abogado que lleva adelante la gestión de una causa sin la debida diligencia está faltando a la ética profesional, ya que asumió un compromiso con su cliente. La negligencia en la forma de llevar una causa se puede expresar de diferentes maneras, por distracción o por falta de preparación para un tema específico. Esta limitación debe conocerla muy bien el abogado que toma un caso y saber si podrá o no afrontar el desafío que se le presenta. Si el letrado se diera cuenta de su falta de preparación suficiente para el caso que tomó, ante esta situación podrá presentar su renuncia siempre que no resultara extemporánea y perjudicial para su cliente.

El cliente que se siente defraudado por su abogado puede denunciarlo ante el propio juzgado o ante el Colegio de Abogados de la respectiva jurisdicción, ya que estas entidades fiscalizan el ejercicio de la profesión. Para ello hay comisiones permanentes que analizan casos que les son presentados por particulares, por otros colegas, por los juzgados o bien por funcionarios administrativos. Para aquellos letrados que hubieran infringido el código de ética o la ley local de ejercicio profesional, se dictarán sanciones, luego de un proceso sumario en el cual debe haber derecho a la defensa por parte del abogado acusado.<sup>205</sup> Las sanciones pueden ser de diverso orden, ya sea económico, con multas o bien una suspensión para el ejercicio. En una situación extremada-

---

205. Para los abogados que ejercen en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige aún la Ley N° 23187, promulgada el 25 de junio de 1985 y que establece la colegiación obligatoria y el acatamiento de reglas sobre el ejercicio de la profesión. Los dos requisitos básicos para ejercer la profesión de la abogacía en dicha ciudad son: tener el título expedido por la universidad y matricularse en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

mente grave se podría llegar a la exclusión de la matrícula, con la prohibición para el ejercicio de la abogacía.

La atención a cada paso procesal y por supuesto también a las notificaciones debe ser un requisito indispensable para ejercer la profesión de manera idónea. Ningún abogado puede prometer el éxito en un proceso controvertido, pero sí debe garantizar la debida diligencia en su tramitación. La existencia de una estrategia procesal debe ser comunicada al cliente, a quien debe mantenerse informado de los avatares de su causa. Hay que saber que el ejercicio negligente puede ameritar una denuncia al Tribunal de Disciplina del respectivo colegio de abogados, e incluso si se produjera un perjuicio puede dar lugar a un juicio de mala praxis profesional. En derecho familiar es muy relevante el cuidado que hay que tener con la documentación personal que puedan traer los clientes o consultantes. Debemos evitar cualquier clase de retención indebida de esos documentos, que pertenecen a nuestros mandantes, representados o asistidos.

Por último, hay que decir que la exposición mediática de los abogados es uno de los puntos más controvertidos en esta materia. Existe la libertad de expresión y por supuesto que un profesional tiene derecho a utilizar los medios masivos de difusión para promocionar su labor. Pero en ningún caso se justifica exponer públicamente conflictos privados, ni banalizar situaciones de la intimidad familiar. El abogado no es el protagonista nunca, por el contrario, debe ser un discreto agente de paz en cada proceso, promoviendo la justicia para cada conflicto. Este principio ético vale para todos los abogados, pero en derecho de familia tiene una directa aplicación ya que tenemos la oportunidad de acercar a las partes en lo que correspondiere, sin dejar de denunciar situaciones de abuso de cualquier índole. Este límite es importante porque muchas veces, con la intención de salvaguardar la aparente armonía familiar, se han pasado por alto situaciones incompatibles con la dignidad de los sujetos.<sup>206</sup>

---

206. Juega aquí el principio de indisponibilidad de algunos derechos, por ejemplo cuando un integrante del grupo familiar intenta que una conducta de abuso sexual no se lleve al ámbito judicial para no comprometer a otro familiar.

# EPÍLOGO

*El aprendizaje es un simple apéndice de nosotros mismos; dondequiera que estemos, está también nuestro aprendizaje.*

**William Shakespeare**

## LO QUE HAY QUE SABER

¿Qué es, en esencia, lo que un futuro abogado debe saber sobre el derecho de familia? Los profesores seleccionamos contenidos para la enseñanza y ello implica tomar decisiones sobre qué incluir y cómo hacerlo. Una decisión inicial en este texto fue no enfocarlo como un compendio de jurisprudencia, ya que no contamos aún con una tendencia clara en muchos aspectos. Además, los redactores del Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015 se han encargado de cristalizar las soluciones jurisprudenciales que predominaron en las últimas décadas. También evité la transcripción de normas, que es un recurso muy utilizado en otros manuales y sin dudas válido, pero que quizás le quitaba fluidez a la lectura. No niego el valor de transcribir algunos artículos, pero pretendo que de manera simultánea o concluyente con este texto, los alumnos también lean directamente las fuentes normativas.

¿Es la universidad una instancia meramente profesional? No lo creo, es mucho más que eso: es un espacio de formación integral, de pensamiento original y riguroso. Pero por otra parte, los profesores de una universidad que otorga el título de abogado, tenemos la responsabilidad de enseñar bien el ejercicio de esta profesión. O sea que luego de cursar una materia como “Derecho de Familia”, el estudiante debe saber explorar soluciones procesales, identificar normas aplicables y proyectar posibles vías de solución y elaboración de estrategias. Esta exploración sobre los conflictos y la actuación del abogado está presente en cada uno de los núcleos curriculares de las facultades de derecho del mundo. También se encuentra este tema en todos los debates académicos de nuestro campo: la tensión entre una perspectiva de ejercicio profesional y otra más académica. De allí que aun dentro

del propio campo del derecho de familia podríamos encontrar intereses divergentes con relación a su análisis.

Las escuelas de leyes de todo el mundo han ampliado su mirada a partir de saber que no solamente están entrenando a los futuros litigantes. Hay alumnos que suelen objetar el aprendizaje de algunas normas porque sostienen que en el futuro ellos “no van a ejercer como abogados”. Muchos de ellos quieren dedicarse a la investigación o a la docencia, vocaciones valiosas y que debemos sin duda promover. Pero aun en esta perspectiva es necesario pensar las posibles actuaciones, aunque no fuera ese pensador quien litigue. Por otra parte, hay que aclarar a nuestros alumnos que el derecho no es una ciencia de la observación que les permita entender el mundo como la sociología o la antropología social.

En este texto intenté evitar las fórmulas reiterativas o los latiguillos y la clase de afirmaciones que suenan tan convincentes pero que no dicen mucho, con la esperanza de obtener de los futuros abogados un pensamiento más sofisticado y menos binario. El vínculo entre el derecho y el sentido común también conlleva una dificultad para la precisión en el lenguaje. No hay palabra que no sea susceptible de una contaminación teórica en su interpretación, lo cual nos obliga a una vigilancia epistemológica respecto al marco conceptual general en el cual se está utilizando cada término. ¿Vale la pena detenernos demasiado entonces en la corrección política del lenguaje? Por supuesto que sí hay que tenerla en cuenta, pero sin perder de vista las características descriptivas ni tampoco las reglas generales del lenguaje. Es fundamental la precisión en el lenguaje jurídico, por eso en muchos casos será necesario aclarar en qué sentido se usa un término. De allí que esta obra ha buscado insistir en la calidad del lenguaje técnico, en un campo donde la legislación no valora tanto la precisión.

También es importante saber que las palabras no constituyen en sí mismas a la realidad. La etimología tiene límites muy escuetos para describir o representar, ya que el antiguo (ni siquiera el original) significado de las palabras no puede guiar la comprensión del mundo. ¿Acaso sabemos el origen etimológico de cada palabra que utilizamos? ¿No es absurdo llevar esta etimología a la condición de una ciencia de las intenciones del hablante?

Considero aquí necesario reconocer que se podrían haber incluido otros contenidos que en este libro no están. Pero, por otro lado, sabemos

que es imposible compendiar la totalidad de la información en un campo del conocimiento; hay que seleccionar contenidos. Esta permanente sensación de insuficiencia, de incompletud, está expresada en la paradoja de Zenón, que demuestra que nunca se llega a recorrer el camino completo de un punto a otro. Por eso, en la parábola Aquiles no alcanza a la tortuga. En el plano educativo, siempre debemos seguir aprendiendo, aun sabiendo que no lograremos la certeza ni la universalidad.

## CONVIVIR CON LA INCERTIDUMBRE

Confío en que este texto servirá a quien estudie derecho de familia sin apego a dogmas de ningún tipo y promueva una reflexión dinámica y creativa, pero asociada al pensamiento riguroso, o sea sujeto siempre a una posible refutación. No pretendo desconocer que hay debates ideológicos en cada uno de los puntos que abarca el derecho de familia. Asumo una postura de respeto por los valores de libertad e igualdad, en la cual cada individuo tiene el derecho a decidir sobre su vida y su persona sin injerencias arbitrarias de terceros ni tampoco del Estado.

Las posturas ideológicas son bienvenidas siempre que se apoyen en consideraciones técnicas suficientes y que no se prive al derecho de familia de su pertenencia a debates que superan fronteras nacionales. Una tarea ardua y vital que debe realizar el abogado es interpretar la ley y defender los derechos de sus clientes, pero siempre bajo el respeto de pautas legales y éticas. El derecho es un fenómeno complejo, mucho más rico que una mera lucha de poder entre tendencias binarias, y en este libro hago un intento de dar mayor densidad a las paradojas, las dudas, la curiosidad y la incertidumbre como principios del conocimiento. Desde esta perspectiva, el sentido común dista del criterio de sensatez. Más bien ese sentido común es una construcción que se presenta como natural o intuitiva, generalmente de carácter conservador. Ello es contrario a la curiosidad intelectual y la originalidad del pensamiento.

Los debates en este campo estuvieron demasiado influenciados por posiciones políticas que son válidas, pero que durante el debate del Código Civil y Comercial adquirieron un exceso de intensidad. En nuestro pensamiento jurídico ha calado profundo el concepto de derecho subjetivo como sinónimo de “bien” en términos religiosos. Cuando se

utiliza la noción de derecho como abrigo ante una necesidad se aplican nociones de justicia distributiva muy valiosas en lo moral, eso no puede negarse. Pero también se pierde de vista la noción de derecho como privilegio individual, o sea que a un individuo le corresponde algo con exclusividad. Esta tensión entre lo individual y lo comunitario está presente en todos los aspectos de la vida, por qué no lo estaría en el derecho de familia. Quizás el legislador debe intentar proveer soluciones normativas a largo plazo y no dejarse llevar mansamente por el clima de época o las modas transitorias en materia de discurso político. No puedo dejar de señalar los excesos de paternalismo en que incurre el Código Civil y Comercial, algo que será difícil de superar ya que la mayoría de nuestros jueces comparte esa postura y se encuentran cómodos en el rol de proveedores. El activismo judicial actúa en muchos casos como un remedio ante situaciones ambivalentes o directamente inequitativas, aunque también puede convertirse en una forma de violar la división de poderes del Estado republicano. Pero los jueces no fueron designados para ocupar el lugar del Poder Ejecutivo.

Como profesores, debemos evitar el pensamiento mágico en nuestros alumnos, una tendencia que ha crecido de forma alarmante en la propia doctrina del derecho de familia. Considerar el derecho como una “batalla cultural” entre dos posturas polarizadas no es más que una simplificación absurda. Pero esta falsa opción entre dos posturas pesa como una losa al momento de emitir opiniones jurídicas originales, por temor al etiquetamiento superficial y a veces también malintencionado. Ese pensamiento mágico se nutre de la exaltación política, pero no contribuye al florecimiento de un derecho de familia basado en criterios acordes a la formación del pensamiento científico.

Los profesores intentamos que los estudiantes adquieran valores como la solidaridad y el trabajo en equipo, que exista vida en el aula y que cursar no sea lo mismo que leer un apunte en las redes informáticas. Este es un libro que pretende que se lean ideas de corrido y se puedan compartir o refutar, pero siempre con una ilación argumental. La objeción es el inicio de un proceso cognitivo que puede mejorar la forma de pensar, al modo de la eléntica socrática. Me refiero a esa refutación que hacemos ante una proposición y que encadena un proceso dialéctico de argumentos a favor y en contra de una idea. Un profesor universitario tiene el deber de fomentar esa clase de pensamiento versátil e



independiente y espero que este libro sea una contribución en ese sentido. Para mí hubiera sido imposible escribir este texto sin las charlas y discusiones con los alumnos durante los últimos veinte años. La necesidad de explicar con claridad lleva a que agudicemos nuestros argumentos y por lo tanto, nuestra forma de pensar. Por todo ello, insto al futuro abogado a amar la justicia pero no encegucerse con la literalidad de las leyes, ya que las normas formales comúnmente están plagadas de desaciertos. ¿Es una irreverencia mencionar acaso el exceso retórico que tienen muchas normas argentinas? El apego a un credo no es reprochable en sí mismo, pero está lejos de constituir un pensamiento crítico, que es por naturaleza irreverente ante el poder estatal.

## AGRADECIMIENTOS

Llevamos a todas partes nuestras ideas, nuestra forma de ser y esto sucede de forma muy intensa en la docencia. Es una profesión que nos constituye como individuos, nos obliga a pensar el mundo de una forma creativa y a estar siempre en la búsqueda de explicaciones. En cofradía, por supuesto, con otros colegas, compartiendo esta noble vocación. Como planteé al inicio de este libro, el objetivo que aquí me propuse fue desarrollar una estructura lo más clara posible sobre cómo funcionan las principales instituciones del derecho de familia, pensando básicamente en la enseñanza universitaria. La docencia es la tarea que elegí como eje de mi vida laboral y que hoy, luego de casi veinticinco años, volvería a elegir sin ninguna duda. Pero enseñar es una actividad colectiva y ninguno de nosotros sería lo que es sin integrarse en grupos humanos idóneos y comprometidos.

El trabajo docente en equipo permite evaluarnos a nosotros mismos con una perspectiva más desapegada y así establecer filtros para evitar que la vanidad se apodere de esa noble tarea de enseñar. He visto pasar a muchos ayudantes en estos años por mis cursos y me sigue causando sorpresa y entusiasmo que tanta gente abrace la vocación docente. Quiero reconocer, agradecer y destacar la labor de los auxiliares docentes que colaboran o han colaborado conmigo en estos años. Son muchos y espero no haber omitido a ninguno de mis colegas.

Por todo ello, no puedo ni debo finalizar esta obra sin expresar públicamente mi gratitud hacia cada uno de los auxiliares docentes

con los que trabajé (y con muchos de ellos aún trabajo) en los cursos que me tocó dirigir desde 2002. Todos aportaron mucho: Horacio Izarrualde, Viviana Damiani, Natalia Menéndez Ebrecht, Natalia Llanos Herrera, Federico Furlan, Ariel Delgado, Pedro Gronberger, Yamila Cohen, Agostina Robetto, Macarena Vivas, Sebastián Bártoli, Santiago Azcarraga, Verónica Garbe, Andrés Gitter, Sabrina Coronel, Damián Bagnasco, Karina Coloritto, Constanza Navarro, Cynthia Palacios, Fernando Ratis, Ingrid Mariela Maciel, Martín Rivero, Juan Domingo García, Sandra Ávila, Luis Emilio Martín, Liliana V. Arias, Mariana Kuczynski, Ignacio González Magaña, Omar Heffes, Cynthia Britez, Rodrigo Aranges, Diego Botbol, Julieta Asato, Hernán Regueral, Paloma Regueral, Mariana Nadia Pérez, Alejandra Rijter, Yanina Palmeyro, Javier Bassi, Julieta Bassi, Mariela Fortunato, María del Mar Romero, Rodrigo Coto Araujo, Cecilia Lavrencic, Marcelo Piccardi, Florencia Gómez, Carla Priano, Pamela Palmucci, Florencia Ramos, Mariano Galani, Soledad Briozzo, Federico Clavijo, Juan Roca, Jorge Burgos, Natalia Bitar, Alejandro Jiménez, Sebastián Vázquez Gariboto, Sergio Olcelli, Sergio A. Patiño, Victoria Matilla, Sandra Gioia, Verónica Imas, José María Bielsa Ros, María Belén Bozza y Ayelén González.

A todos ellos, mi gratitud y mi humilde homenaje.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1981.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1ª reimpresión, 1987.

ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto y ROSENKRANTZ, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

ALEGRE, Marcelo, “A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del derecho privado”, en *Revista Pensar el Derecho*, N° 0, Buenos Aires, publicación digital de la Facultad de Derecho, 2012.

ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Revista Doxa*, N° 5, 1988.

—————, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AZPIRI, Jorge, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2006, T. II.

BALANDIER, Georges, *Antropología política*, Barcelona, Ediciones Península, 1969.

BARBAROSCH, Eduardo, “El constructivismo moral a propósito de Nino y Rawls”, en Alegre, Marcelo; Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

BARNA CINGOLANI, Agustín L., “Una mirada antropológica en torno al discurso de los derechos del niño” en Seda, Juan (comp.), *Difusión de derechos y ciudadanía en la escuela*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2012.

BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 7ª ed., 1ª reimpresión, 2004.

BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

\_\_\_\_\_, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

BUERES, Alberto y HIGHTON DE NOLASCO, Elena, *Código Civil comentado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Buenos Aires, Astrea, 1990.

BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Siglo XX, 1987.

CALVINHO, Gustavo, “Los derechos humanos en la teoría del proceso”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*. Disponible en: <http://gustavocalvinho.blogspot.com.ar/2013/03/los-derechos-humanos-en-la-teoria-del.html>, 2013. Consulta: 30/3/2015.

CÁRCOVA, Carlos M., *Teorías jurídicas alternativas*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1993.

CARRIÓ, Genaro, “Sobre las creencias de los juristas y la Ciencia del Derecho”, *Lecciones y Ensayos*, vol. VI, Buenos Aires, Facultad de Derecho (UBA), 1957.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, Reus, 1980.

CASTORIADIS, Cornelius, “Reflexiones sobre el racismo”, *El mundo fragmentado*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1993.

Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Buenos Aires, La Ley, 1997.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía trialista del derecho de la salud”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, N° 28, 2004.

COPI, Irving M., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1962.

COUTURE, Eduardo, “El debido proceso como tutela de los derechos humanos”, en *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, N° 8/10, agosto-octubre, 1952.

DALLA VIA, Alberto, “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, LL 2014-B-913.

DEVOTO, Fernando y MADERO, Marta (dir.), *Historia de la vida privada en la Argentina*, Buenos Aires, Taurus, 2006, T. 2.

DURKHEIM, Emilio, *La educación moral*, Buenos Aires, Schapire Editor, 1972.

DWORKIN, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993.

ECO, Umberto, *Cómo se hace una tesis*, Barcelona, Gedisa, 2003.

ELÍAS, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

FARRELL, Martín, “Nino, la democracia y el utilitarismo”, en Alegre, Marcelo; Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

FLEITAS, Abel, *Derecho de familia. Método de enseñanza. Casos y otras variantes*, Buenos Aires, Astrea, 1994.

FOUCAULT, Michel, *Los anormales*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001.

FREUD, Sigmund, *Totem y tabú*, Buenos Aires, Amorrortu, 1986, T. 13.

GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Culturas híbridas: estrategias para entrar y salir de la modernidad*, México, Grijalbo, 1989.

GARCÍA LEMA, Alberto M., “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”, Buenos Aires, LL 2014-C-915.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

GIAVARINO, Magdalena B., “El discernimiento de la curatela. La idoneidad del curador”, Buenos Aires, LL 2008-E-486.

GOFFMAN, Erving, *Estigma: la identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 2001.

GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos*, Madrid, Editorial Civitas, 1988, T. II.

HOLMES, Oliver W. Jr, *The Common Law*, University of Toronto Law School, 2011.

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1973.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las acciones positivas”, en *Asociación de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2001.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, “Familia de origen vs. Familia adoptiva: de las difíciles disyuntivas que involucra la adopción”, comentario a fallo de la Cámara de Apelaciones, Trelew, Sala A, 08/07/2011 “C.L., C.E.”, Buenos Aires, LL 2011-F-225.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina: ¿hacia un derecho de la ancianidad?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 1, abril de 2006.

KORN, Francis, “Variables”, en Korn, F. y Asúa, M. de, *Investigación social. Errores eruditos y otras consideraciones*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias, 2004.

KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1978.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1995.

LÉVI-STRAUSS, Claude, *Las estructuras elementales del parentesco*, Barcelona, Planeta, 1985.

LORENZETTI, Ricardo, “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, LL 2012-C-581.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 17ª ed., 1997, T. I.

LLEWELLYN, Karl N., “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, *Law Review*, vol. 3, Columbia, 1930.

MEAD, Margaret, *Adolescencia y cultura en Samoa*, Madrid, Paidós Ibérica, 1990.

MAGEE, Brian, *Popper*, Barcelona, Grijalbo, 1974.

MEDINA, Graciela, “La adaptación de la sociedad al envejecimiento”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016.

MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2016.

MORENO, Gustavo, “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 35, Buenos Aires, Abeledo Perrot/Lexis Nexis, 2007.

NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

—————, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

PITRAU, Osvaldo, “Técnicas pedagógicas y Derecho de Familia”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 11, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico*, Madrid, Ediciones Paidós Ibérica, 1994.

—————, *La miseria del historicismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

—————, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1980.

POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, Aspen, 7ª ed., 2007.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

—————, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

RECALDE, Héctor, *Matrimonio civil y divorcio*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1986.

RIVERA, Julio C., “El Derecho Privado Constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

—————, *Instituciones de Derecho Civil Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2004.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974.

SAGÜÉS, Néstor P., “Los tratados internacionales en la Reforma constitucional argentina de 1994,” *LL 1994-E-sec. Doctrina-1036*.

—————, “Obligaciones internacionales y control de constitucionalidad”, en *Estudios constitucionales*, Año 8, N° 1, Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2010.

—————, “Los tratados internacionales en la Reforma constitucional argentina de 1994”, *LL 1994-E -sec. Doctrina-1036*.



SEDA, Juan A., Comentario a fallo sobre inhabilitación, “B. L. s/ inhabilitación”, Tribunal de Familia N° 1 Mar del Plata, 9 de mayo de 2009, en *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Abeledo Perrot, 2010.

—————, “Inhabilitación de personas con deterioro cognitivo leve” Comentario a fallo “Recurso de hecho deducido por J.P.B. en la causa B., J.M. s/insania” CSJN, 12 de junio de 2012, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, enero-febrero, 2013.

—————, “Nacidos para la adopción: hijos de personas con discapacidad intelectual y mental”, en *Revista Inclusiones*, Campus Santiago de Chile, Universidad de Los Lagos, 2014.

—————, “Adopción de hijos de personas con discapacidad mental o intelectual”, en Bagdassarián, D. e Yglesias, Arturo (coords.), *Cuestiones relativas al Derecho de Familia*, Montevideo, Centro de Estudios de Derecho Comparado en el Mercosur, 2014.

—————, “Aspectos procesales y acceso a la justicia de personas con discapacidad. Análisis crítico de las Cien Reglas de Brasilia”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, N° 3, 2015.

—————, “Juez competente para los casos de discapacidad mental o intelectual”, *La Ley*, Buenos Aires, 2015.

—————, “Fundamento asistencial de los alimentos al ex cónyuge con discapacidad”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Año 1, N° 5, Buenos Aires, La Ley, noviembre de 2015.

SEDA, Juan A. (comp.), *La Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación en el ámbito educativo*, Rosario, Homo Sapiens, 2008.

—————, *Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada etnográfica sobre la Colonia Montes de Oca*, Buenos Aires, Noveduc, 2011.

—————, *Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2017.

SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SEN, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y "La política del reconocimiento"*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

TOBÍAS, José W., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar", *LL 2007-C*, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_, "La persona humana en el proyecto", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año IV, N° 6, Buenos Aires, La Ley, 2012.